Laura Miraut Martín
Emilia Mª Santana Ramos
Antonio Tirso Ester Sánchez
(Directores)

Fábio da Silva Veiga
Rubén Miranda Gonçalves
(Coordinadores)

LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO IBEROAMERICANO

La Casa del Abogado

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

Los Directores y los Coordinadores no son responsables de las opiniones, comentarios o manifestaciones de los autores.

Dirección:

© Laura Miraut Martín

© Emilia Mª Santana Ramos

© Antonio Tirso Ester Sánchez

Coordinación

© Rubén Miranda Gonçalves

© Fábio da Silva Veiga

1ª edición, 2018

Libro ebook

ISBN: 978-84-697-5823-6

Editorial: © La Casa del Abogado

Calle Alcalde Francisco Hernández González,

nº. 9, CP: 35001 Las Palmas de Gran Canaria

La Casa del Abogado
Librería Jurídica

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Facultad de Ciencias Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO

Angelo Viglianisi Ferraro
U. Mediterranea di Reggio Calabria

Antonio Tirso Ester Sánchez
U. de Las Palmas de Gran Canaria

Armando Luiz Rovai
U. Presbiteriana Mackenzie/PUC-SP

Augusto Jobim do Amaral
PUCRS, Brasil

Catarina Santos Botelho
U. Católica Portuguesa

Catherine Maia
U. Lusófona do Porto

Emilia Santana Ramos
U. de Las Palmas de Gran Canaria

Érica Guerra da Silva
U. Federal Rural do Rio de Janeiro

Fábio da Silva Veiga
U. Europea de Madrid

Fernando Aith
U. de São Paulo

Fernando de Brito Alves
U. Estadual do Norte do Paraná

Fernando G. Knoerr
Unicuritiba

Flávio Martins Jr.
Damásio Educacional

Floriano de Azevedo Marques Neto
U. de São Paulo

Gabriel Martín Rodríguez
U. Europea de Madrid

Gianpaolo Poggio Smanio
U. Presbiteriana Mackenzie

Gilberto Atencio Valladares
U. de Salamanca

Heron Gordilho
U. Federal da Bahia

Irene Patrícia Nohara
U. Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Jaime Aneiros Pereira
U. de Vigo

João Proença Xavier
U. de Coimbra

Laura Miraut Martín
U. de Las Palmas de Gran Canaria

Lorenzo Cotino Hueso
U. de Valencia

Lorenzo Mateo Bujosa
U. de Salamanca

Marco Aurélio Gumieri Valério
U. de São Paulo

Marcos Augusto Perez
U. de São Paulo

Maria Manuela Magalhães
U. Portucalense

Maria Pilar Canedo
U. de Deusto

Marta Chantal Ribeiro
U. do Porto

Pablo Fernández Carballo-Calero
U. de Vigo

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel
U. Federal Fluminense, Brasil

Renato Leite Monteiro
U. Presbiteriana Mackenzie

COMITÉ CIENTÍFICO

Ricardo Gavilán
U. Nacional de Asunción

Rubén Miranda Gonçalves
U. de Santiago de Compostela

Rufina Hernández Rodríguez
U. de la Habana, Cuba

Salvador Tomás Tomás
U. de Murcia

Samuel Rodríguez Ferrández
U. de Murcia

Sebastién Kiwonghi Bizawu
Escola de Direito Dom Helder

Sheila Neder Cerezetti
U. de São Paulo

Vânia Aieta
U. Estadual do Rio de Janeiro

Viviane Côelho de Séllos Knoerr
Unicuritiba

Wagner Menezes
U. de São Paulo

Wilson Engelmann
U. do Vale do Rio dos Sinos

Zélia Luiza Pierdoná
U. Presbiteriana Mackenzie

PRÓLOGO

La sociedad actual evoluciona a una velocidad impensable hace tan solo unas décadas. La revolución tecnológica ha provocado una mayor comunicación entre grupos cultural y geográficamente distantes, haciendo cada vez más visibles las diferencias existentes entre ellos. Son diferencias que afectan desde luego a las oportunidades y al nivel de vida de los individuos.

Esta es la causa fundamental de los movimientos migratorios, que constituyen una característica definitoria de nuestro tiempo. Siendo tan distintos las condiciones de vida y los problemas sociales que por ello mismo proliferan en las distintas áreas geográficas, el derecho habrá de ofrecer respuestas igualmente distintas.

Cabría imaginar una diferenciación jurídica paralela a la diferenciación social que se hace cada vez más transparente. Sin embargo, asistimos también a un cierto proceso de uniformización jurídica provocado en gran medida por la necesidad de ofrecer respuestas jurídicas aceptables por todos los participantes a los problemas que genera el movimiento de relaciones e intercambios transnacionales.

La globalización social implicara así una creciente globalización jurídica. El modelo de la universalización de los derechos humanos proporciona la apariencia de legitimidad necesaria al fenómeno en cuestión.

La realidad contrasta directamente con esta idílica visión, porque son muchos los incumplimientos de ese principio de universalidad de los derechos. Y esos incumplimientos se hacen tanto más flagrantes en ámbitos sociales concretos en los que la situación de los individuos resulta especialmente precaria.

La uniformización jurídica puede en este punto representar un inconveniente para la necesidad de ofrecer respuestas concretas adecuadas a la peculiaridad de los problemas típicos que surgen en el grupo social. Porque son distintos los problemas a tratar habrán de ser también diferentes las respuestas jurídicas que los afrontan.

La adaptación del sistema jurídico a los problemas y exigencias específicos de los distintas áreas geográficas es un desafío al que no puede ser ajeno el legislador, ni en general los poderes públicos en su conjunto.

Este libro analiza las exigencias jurídicas que plantean una buena parte de esos problemas específicos situados básicamente en el ámbito latinoamericano. Por contraste se estudian también algunas cuestiones de actualidad en el ámbito español, poniendo en evidencia los determinantes sociales de gran parte de los problemas que reclaman la atención del derecho. Se ofrece así una visión general de los desafíos que afronta el derecho en un ámbito regional concreto, que representa también una llamada de atención acerca de la necesidad de impulsar un movimiento decidido en favor de la igualdad de oportunidades en los distintos ámbitos geográficos que hiciera innecesario

prestar tanta atención a los desafíos jurídicos singulares de cada uno de ellos.

Evidentemente, mientras ese objetivo no se alcance un libro como este, que recoge valiosas aportaciones teóricas referidas a cuestiones de indiscutible trascendencia, tanto desde el punto de vista técnico como humanitario, resulta especialmente oportuno.

Laura Miraut Martín

ÍNDICE GENERAL

O DIREITO HUMANO À ÁGUA: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Deilton Ribeiro Brasil e Carolina Rezende Torga 13

O ESTADO DE EXCEÇÃO, O TRÁFICO DE DROGAS E O TERRORISMO. BREVE ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN E SUA RELAÇÃO COM ALGUMAS MEDIDAS PROPOSTAS PELO PARADIGMA GOVERNAMENTAL CONTEMPORÂNEO

Tracy Joseph Reinaldet dos Santos e André Luis Pontarolli 29

OS DEVERES ESTATAIS DE TUTELA DO DIREITO À VIDA NO CONTEXTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REFLEXO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – QUE EFETIVIDADE?

Daniela Martins Pereira da Silva 41

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU DE GÊNERO? A LEI MARIA DA PENHA, O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DE SITUAÇÕES SIMILARES

Gabriel H. A. Centenaro e Weder Lacerda 59

FENÓMENO FINTECH. EJEMPLO DE ALIANZA IBEROAMERICANA PARA LA COOPERACIÓN

María Jesús Blanco Sánchez 73

JUSTIÇA NEGOCIADA: A DELAÇÃO PREMIADA NA ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS E SEUS IMPACTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO CASO CONCRETO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Caroline Buarque Leite de Oliveira 83

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DEVER FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL

Suzana Maria Fernandes Mendonça 93

CATHARINE A. MACKINNON: PORNOGRAFIA, DIREITO E ESTADO

Fernando R. M. Bertoncello 107

LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Washington Luiz Testa Junior 123

O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO MAR E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Milena Barbosa de Melo e Raissa Maria dos Santos 137

A DIGNIDADE HUMANA E A CRISE HUMANITÁRIA DOS REFUGIADOS NAS REGIÕES IBERO-AMERICANAS

Kymberly Vitória dos Reis Alcântara e André Augusto de Souza Augustinho 151

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDENCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Deilton Ribeiro Brasil e Isabella Cristina Silva Paiva 163

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Hélintha Coeto Neitzke e Celso Hiroshi Iocohama 177

A PARTICIPAÇÃO DA GOVERNANÇA NA ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EDUCAÇÃO

Maykel Ponçoni 191

A PROTEÇÃO DA PESSOA QUE ATUA COMO AGENTE INFILTRADO NA LEI 12.850/13

Thaylize Rodrigues Orsi 207

A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DA PROSTITUIÇÃO COMO DEBATE PENDENTE AO DISCURSO SOBRE A SEXUALIDADE FEMININA

Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso e Carlos Jair de Oliveira Jardim 221

"VALEU BOI": VAQUEJADA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NO BRASIL, ATIVISMO CONGRESSUAL E EFEITO *BACKLASH*

Vivianne Rodrigues de Melo 233

CRIMINALIZAÇÃO DE DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS

Valdênia Brito Monteiro 249

CUIDAR É DEVER: O ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E DE IDOSOS

Helena do Passo Neves e Ana Cristina Pinheiro 265

ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E A ATUAÇÃO NEGOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Margareth Vetis Zaganelli e Matheus Belei Silva De Lorenci 279

"NÃO EXISTE PECADO DO LADO DE BAIXO DO EQUADOR?" TURISMO SEXUAL EM GRANDES EVENTOS DESPORTIVOS: DESAFIOS SOCIAIS E JURÍDICOS – O CASO BRASILEIRO

Andrea Almeida Campos 293

OS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Jorge Filipe Soares Rafael e José de Campos Amorim 303

A CRIMINALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA HERANÇA AUTORITÁRIA

Augusto Jobim do Amaral e Cássia Zimmermann Fiedler 317

CONSTITUIÇÃO, DIÁLOGO E DIREITO À SAÚDE: TRÊS PROPOSTAS

Felipe Dutra Asensi e Diego Machado Monnerat 331

NOVOS MODOS DE CONTROLE SOCIAL NO BRASIL: A UTILIZAÇÃO DE "DRONES" COMO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Augusto Jobim do Amaral e Roberta da Silva Medina 345

A CONTRIBUIÇÃO DE A. A. CANÇADO TRINDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Jeison B. de Almeida 355

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FISCAL E A DIFICULDADE NA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Naila Fortes e Silva, e George de Freitas Lima Barbalho 369

O INSTITUTO DOS ALIMENTOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aline Cristina Moura e Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa 383

A REPARAÇÃO DO DANO AO AMBIENTE NO SISTEMA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Roberta Fernandes de Faria 397

O BRASIL E OS REFUGIADOS DA SÍRIA: DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO

Renato Souza Dellova e Thiago Visnadi 409

DA IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO LEGISLAR: DA CRIAÇÃO DE NORMAS SOBRE PRESCRIÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Wallace Martins do Carmo Dutra e Murilo Couto Lacerda 421

ACCESO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ¿EFICAZ O UTÓPICO?

Antonio Sorela Castillo 435

RECEPÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO COMPARADO NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Ingrid Zanella Andrade Campos e Charles de Sousa Trigueiro 451

PROTEÇÃO UNITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Orly Kibrit 467

A CLIENTELA FEMININA DO DIREITO PENAL: UM DEBATE ENTRE GÊNERO E SUBALTERNIDADE

Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa e Aline Cristina Moura 481

REFLEXOS DO SISTEMA CONSTITUCIONAL FRANCÊS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Renato Souza Dellova e Bruna Martins Gomes 497

O ACESSO DO INDIVÍDUO AO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM DIÁLOGO A PARTIR DA FUNÇÃO CONTENCIOSA DAS CORTES

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento e Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento ... 509

LA RELACIÓN ENTRE EL AUMENTO DE LA COMPLEJIDAD EMPRESARIAL Y EL DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE (AGENDA 2030): EL CASO DE LA EMBRAPA Y LAS NANOTECNOLOGÍAS

Daniela Pelin, Wilson Engelmann e Fábio S. Veiga 525

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DO "PORVIR"

José Wilson Reis Filho e Fernando de Brito Alves 541

INFIDELIDADE CONJUGAL, PROVAS (I)LÍCITAS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Karenina Carvalho Tito 557

IGUALDADE DE CAPACIDADE E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A TEORIA DE AMARTYA SEN NO PROCESSO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Durcelania da Silva Soares e Tauã Lima Verdan Rangel 575

O ECOCENTRISMO E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA

André Augusto de Souza Augustinho e Raphael Matheus dos Santos Capeleto 591

CRISE ECONÔMICA E JURÍDICA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE. UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

João Pedro Leite Barros 603

CONTROVERSIAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA* COMO FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL

Dennis José Almanza Torres 619

MEDIAÇÃO NA COMUNIDADE: PRÁTICAS DIALÓGICAS NO PROCESSO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Tauã Lima Verdan Rangel e Luciane Mara Corrêa Gomes 635

O EMPREGO DA CONVENÇÃO DA APOSTILA DE HAIA NOS CONTRATOS AGRONEGOCIAIS FIRMADOS COM ESTRANGEIROS PARA EXPLORAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

Carolina Merida e Marília de Abreu Oliveira 649

TECNOLOGIA, CRISE E REFORMA TRABALHISTA: O CASE BRASILEIRO

Denise Fincato 663

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA. UNA PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA

Santiago Santana Trujillo 679

EL ALQUILER PARA USO VACACIONAL EN CANARIAS. CUANDO LAS RAZONES IMPERIOSAS DE INTERES GENERAL PUEDEN LIMITAR EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Maddalena Colao 695

PLANEJAMENTO ESTATAL NO FOMENTO LICITATÓRIO BRASILEIRO

Anna Beatriz Savioli 711

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Ana Cláudia Augusto Pinheiro 721

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL. NECESIDAD PARA CUBA

Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez 735

EL SISTEMA DE PENSIONES COMO GARANTÍA SUBSISTENCIAL DEL ESTADO DE BIENESTAR

Hortensia Rodríguez Morales 755

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO PENAL.

Vicente Santana Rivero 769

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ESPACIO JURÍDICO INTERNACIONAL

Maria Candelaria del Pino Padrón 779

O DIREITO HUMANO À ÁGUA: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS[1]

Deilton Ribeiro Brasil [2]
Carolina Rezende Torga [3]

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia Utilizada. 3. Direitos Fundamentais no âmbito da proteção socioambiental. 4. A Água no contexto da crise. 5. O direito humano de acesso à água. 6. Conclusões.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a água, ainda que implicitamente, como direito fundamental da terceira geração, no artigo 225, que os recursos ambientais, de uma maneira geral, são bens de uso comum do povo indispensáveis à garantia da qualidade de vida. Nesse sentido, a ONU, ratificando toda discussão acerca do direito à água como direito fundamental, reconheceu o direito humano de acesso à água e ao saneamento básico, uma vez que indispensáveis ao gozo pleno do direito à vida (SOUZA, 2011), (BRASIL, 1988).

Esse recurso tão indispensável à sobrevivência humana tem valor ambiental, turístico, educacional, paisagístico, espeleológico, terapêutico, dentre outros. Quanto ao valor econômico, toda água, seja interna ou externa, superficial ou subterrânea, possui valor econômico (MACHADO, 2013).

A água tem, portanto, importância ecológica, econômica e social. Há uma cultura relacionada com a água e um ciclo hidrossocial na interrelação da população humana com as águas continentais e costeiras. Sem água de qualidade adequada, o desenvolvimento econômico-social e a qualidade da vida da população humana ficam comprometidas (TUNDISI; TUNDISI, 2009, p. 8-9).

O nosso comportamento exerce grandes pressões sobre o planeta. Ao longo do século XX, registrou-se um aumento sem precedentes na utilização de combustíveis

---

[1] Este artigo é proveniente do Projeto de pesquisa "Direitos fundamentais e o acesso à água potável: a dignidade humana na construção de um Estado de Direito Ambiental" que obteve apoio financeiro do UNIPTAN/FUNADESP/FAPEMIG.

[2]Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi de Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG e do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (período 02/2014 a 08/2017). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

[3]Acadêmica de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN. Bolsista da FAPEMIG. E-mail: caroltorga@yahoo.com.br

fósseis e na extração de recursos materiais (respectivamente, 12 e 34 vezes mais). Até 2050, a procura de alimentos para consumo humano e animal e de fibras poderá aumentar 70%. Se continuarmos a utilizar os recursos naturais ao ritmo atual, serão necessários mais de dois planetas para garantir a nossa subsistência. Dessa forma, é fundamental produzir mais com menos, utilizar os recursos de uma forma sustentável e geri-los mais eficazmente ao longo do seu ciclo de vida. (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, p. 3-8).

Para Carson (2010, p. 47), de todos os nossos recursos naturais, a água tornou-se o mais precioso. A maior parte da superfície da Terra é coberta por mares que a envolvem; no entanto, em meio a toda essa fartura, ainda queremos mais. Por um estranho paradoxo, a maior parte da abundante água da Terra não pode ser utilizada para a agricultura, indústria ou para o consumo humano em virtude da elevada quantidade de sais marinhos; dessa forma, a maioria da população mundial passa ou é ameaçada por uma escassez crítica. Em uma era em que o ser humano esqueceu suas origens e está cego até mesmo para suas necessidades mais básicas de sobrevivência, a água, assim como outros recursos, tornou-se uma vítima da indiferença humana.

Viola (2010, p. 47) ainda acrescenta que, a combinação de crescimento da população mundial, o consumo generalizado de energia fóssil e o desenvolvimento tecnológico dentro de um paradigma do carbono intensivo tem sido a causa principal do processo de aquecimento global. As principais manifestações das mudanças climáticas são os fenômenos climáticos extremos – ondas de calor e frio mais intensas e prolongadas, secas, inundações, tormentas e furacões mais severos – e a retração de geleiras das montanhas, do Ártico e da Antártida, com impacto sobre o nível do mar imbricam-se em situações de vulnerabilidade ambiental.

Para Fachin e Silva (2010, p. 6), dentre os principais problemas ambientais existentes no mundo, o mais preocupante, ou pelo menos um deles, é a escassez da água. Também Pinto (2007, p. 125) salienta que a crise da água é a mais grave prevista para o século XXI, atingindo de alguma forma todos os países e todas as pessoas.

Por seu turno, Graf (2008, p. 58) acrescenta ainda que essa crise da água caracteriza-se por não se relacionar, exclusivamente, com a quantidade dos recursos hídricos disponíveis para consumo, mas por se referir também à qualidade de tais recursos e ao modo de utilização.

Assim, a crise global da água em seu aspecto quantitativo, relaciona-se com a escassez de recursos hídricos em decorrência da sua distribuição irregular na superfície terrestre, bem como em razão da sua falta de qualidade. Dessa forma, pode-se possuir uma disponibilidade hídrica sustentável, mas, em razão da ausência de condições de potabilidade, a quantidade de água acessível para o consumo restará diminuída. Quanto à crise da água em seu prisma qualitativo, refere-se à degradação dos recursos hídricos, a qual ocorre por diversos motivos, sendo o principal deles a poluição ambiental (VIEGAS, 2012, p. 26-27).

Santin; Dalla Corte (2013, p. 24-29) também registram que a poluição das águas acarreta maiores investimentos públicos no tratamento de sua qualidade e em saneamento básico, pois os recursos hídricos contaminados causam, diretamente, malefícios à saúde das pessoas. Assim, os níveis atuais de poluição, principalmente no que tange aos recursos hídricos, estão muito concentrados, em especial nos centros urbanos em razão da falta de saneamento básico, infraestrutura e ocupação de áreas irregulares.

2. Da metodologia utilizada

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3. Direitos fundamentais no âmbito da proteção socioambiental

Ost (1997, p. 355) argumenta sobre a necessidade de uma compreensão mais global no que se refere à questão ambiental e à sua regulação, preceituando que:

> [...] do local (a "minha" propriedade, a "minha" herança) conduz ao global (o patrimônio comum do grupo, da nação, da humanidade); do simples (tal espaço, tal indivíduo, tal facto físico), conduz ao completo (o ecossistema, a espécie, o ciclo); de um regime jurídico ligado em direitos e obrigações individuais (direitos subjectivos de apropriação e obrigações correspondentes), conduz a um regime que toma em consideração os interesses difusos (os interesses de todos, incluindo os das gerações futuras) e as responsabilidades colectivas; [...]

No mesmo sentido, Canotilho (2011, p. 21-31) defende que:

> [...] o Estado de Direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de Direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à atuação dos poderes públicos.

Portanto, a proteção socioambiental impõe, sob todos seus prismas, um tratamento inovador, o que repercute também na perspectiva das políticas e das práticas do Estado e para além do Estado, visto que não se submetem aos limites territoriais da

ordem jurídica moderna e às suas estratégias (GLASENAPP; CRUZ, 2011, p. 75). Nessa perspectiva, a Constituição propõe um novo significado para a já clássica noção de Constituição Econômica, atribuindo outros objetivos, cuja concretização é agora considerada relevante para o desenvolvimento de um significado diferenciado de ordem econômica, conforme atesta Ayala (2012, p. 297). Esse novo significado proposto pela Constituição à ordem econômica a define nos termos de uma "economia social e ecológica de mercado" (HÄBERLE, 2003, p. 240-244).

A Constituição da República Federativa do Brasil contemplou o novo significado. Os atributos econômicos e ecológicos estão reunidos pela Constituição Brasileira na condição de princípios gerais da atividade econômica (artigo 170, incisos II e VI, Constituição Federal), admitindo que todos são relevantes para a finalidade de se atribuir valor a determinado bem, *in verbis:*

> Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> II - propriedade privada;
> (...)
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003), (BRASIL, 1988).

A proteção da utilidade econômica dos recursos naturais por intermédio da propriedade privada constitui apenas uma das referências que fundamentam a ordem econômica nacional. Não é a única e, tampouco, a principal. A obrigação de defesa do meio ambiente e a função social da propriedade condicionam a forma de valoração dos bens para a finalidade de apropriação. Definem uma nova modalidade de apropriação de bens, que complementa o sentido econômico, fazendo com que seja integrada à dimensão econômica uma dimensão que poderia ser chamada de dimensão de apropriação social. Qualquer relação de apropriação deve permitir o cumprimento de duas funções distintas: uma individual (dimensão econômica da propriedade) e uma coletiva (dimensão socioambiental da propriedade).

Em suma, somente a propriedade privada que cumpra a sua função social possui proteção constitucional, seu descumprimento importa a imposição de uma sanção: a expropriação compulsória (artigo 182, § 4º, III e artigo 184, *caput*, Constituição Federal). Esta é suportada pelo proprietário exatamente em razão do exercício irresponsável do direito e da gestão inadequada dos recursos naturais (AYALA, 2012, p. 299-300), (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, emerge o paradigma do Estado de Direito Ambiental. Ele incorpora uma nova dimensão para contemplar o elenco dos objetivos fundamentais do Estado de Direito contemporâneo: a proteção do meio ambiente, que se articula

dialeticamente com as demais dimensões consagradas no decurso do processo do Estado de Direito (PUREZA, 1996, p. 27).

4. A água no contexto da crise

Sendo assim, a escassez e o mau uso da água doce são fatores de grande e crescente risco ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. A água doce é um recurso finito e essencial para sustentar a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente. Já que a água sustenta a vida, o gerenciamento efetivo dos recursos hídricos demanda uma abordagem holística, ligando desenvolvimento social com o econômico e proteção dos ecossistemas naturais. Gerenciamento efetivo liga os usos da terra aos da água nas áreas de drenagem ou aquífero de águas subterrâneas (Declaração de Dublin, princípio 1º).

A água tem valor econômico em todos os usos competitivos e deve ser reconhecida como um bem econômico. No contexto deste princípio, é vital reconhecer inicialmente o direito básico de todos os seres humanos do acesso ao abastecimento e saneamento a custos razoáveis. O erro no passado de não reconhecer o valor econômico da água tem levado ao desperdício e usos deste recurso de forma destrutiva ao meio ambiente. O gerenciamento da água como bem de valor econômico é um meio importante para atingir o uso eficiente e equitativo, e o incentivo à conservação e proteção dos recursos hídricos (Declaração de Dublin, princípio 4º).

No âmbito do direito brasileiro, a água passou a ser considerada como bem de domínio público dotado de valor econômico, nos termos do artigo 1º, I e II da Lei n º 9.433/97 (Lei dos recursos hídricos). Por sua vez, o Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934 que decretou o Código de Águas, no Livro II que se refere ao aproveitamento das águas em seu artigo 34 preceitua que "é assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível". E o artigo 35 ressalva que "se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios" (BRASIL, 1934, 1997).

Também o artigo 109 preceitua que "a ninguém é licito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros". E como consequência, "os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos" (artigo 110). Esse dispositivo foi complementado pelo artigo 54, inciso III da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, *in verbis*:

> Artigo 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
> § 2º Se o crime:
> III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade.
> Pena - reclusão, de um a cinco anos (BRASIL, 1998).

Ainda dentro desse arcabouço legislativo, destacam-se a Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000 que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza que tem como objetivos enumerados no seu artigo 4º "proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos"; a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) que tem determina a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a poluição e a degradação ambiental (artigo 2º, VI, alínea g), (BRASIL, 2000, 2001).

O Código Civil de 2002, no seu artigo 1.228, § 1º, bem como o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), no artigo 1º, parágrafo único, também fortalecem o princípio da função ecológica da propriedade, vez que:

> Artigo 1228.
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002)
> Artigo 1º, Lei nº 10.257/01. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.
> Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (BRASIL, 1988, 2001).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1109778/SC, 2ª Turma, DJ 04.05.2011 reconheceu a função ecológica da propriedade, em julgamento paradigmático, como se extrai de trecho do voto do Relator, Ministro Herman Benjamin:

> A faculdade de "usar, gozar e dispor da coisa" (artigo 1.228, *caput)*, núcleo econômico do direito de propriedade, está condicionada à estrita observância, pelo proprietário atual, da obrigação *propter rem* de proteger a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas" (parágrafo único do mesmo artigo 1.228).
> Trata-se, a toda evidência, de exigência que, nos regimes jurídicos contemporâneos, incide sobre os imóveis rurais ou urbanos, que passam a transportar *finalidades múltiplas* (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em *um único uso*, no *melhor uso* e, muito menos, no *mais lucrativo uso*.

> Na verdade, a ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o *máximo retorno financeiro possível* dos bens privados e das atividades exercidas. Exigências de sustentabilidade ecológica na ocupação e utilização de bens econômicos privados não evidenciam apossamento, esvaziamento ou injustificada intervenção pública. Prescrever que indivíduos cumpram certas cautelas ambientais na exploração de seus pertences não é atitude discriminatória, tampouco rompe com o *princípio da isonomia*, mormente porque ninguém é confiscado do que não lhe cabe no título ou senhorio.

> Se o proprietário ou possuidor se sujeita à função social e à função ecológica da propriedade, despropositado alegar perda indevida daquilo que, no regime constitucional e legal vigente, nunca deteve, isto é, a possibilidade de utilização completa, absoluta, ao estilo da terra arrasada, da coisa e de suas virtudes naturais. Ao revés, quem assim proceder estará se apoderando ilicitamente (uso nocivo ou anormal da propriedade) de *atributos públicos* do patrimônio privado (serviços e processos ecológicos essenciais), que são "bem de uso comum do povo", nos termos do artigo 225, *caput*, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, 2002).

Assim, os mencionados dispositivos do Código Civil e do Estatuto da Cidade consagram o princípio da solidariedade, englobando, também, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos. Notadamente, são direitos que transcendem o individual e o coletivo, na medida em que os interesses individuais ou privados se subordinam a interesses da maioria em prol do bem-estar social (LEITE e BELCHIOR, 2014, p. 13).

Por essa razão, consoante Farias (2005, p. 396-403), o valor econômico declarado à água pela legislação de recursos hídricos, torna-a uma mercadoria, embora seja um mecanismo para sua proteção. Esse debate ganhou força no século XXI, quando se aventou sobre a possibilidade de sua equiparação a uma *commodity*. Destaca-se que o mercado das águas não se refere, exclusivamente, à exploração da água mineral (envasada), mas, também, à água tratada no que tange ao seu modelo de gerenciamento, abastecimento, saneamento, irrigação, geração de energia, entre outros (DALLA CORTE; PORTANOVA, 2013, p. 106).

Segundo Ferreira (2011, p. 56-57), embora esse princípio aparentemente condicione o acesso à água ao pagamento de um preço razoável, isso não implica que os desprovidos de condições de pagar tal valor, previamente estipulado, ficariam impedidos de usufruir desse recurso. Considerando que o acesso à água potável e ao saneamento constitui direitos humanos, a segurança do abastecimento de água é um aspecto chave na redução da pobreza.

E ainda, pelo disposto na Constituição Federal, as águas passaram a ser consideradas bens dos Estados e da União, pela sua titularidade no artigo 20, inciso III

e do artigo 26, inciso I evidenciando que o legislador constitucional não inseriu o direito ao acesso a água potável no catálogo específico de direitos e garantias individuais embora seja possível aplicar analogicamente ou implicitamente o artigo 225 da Constituição Federal em matéria de água. Nesse mesmo raciocínio, Steigleder (2002, p. 271), preleciona que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, *caput*, alçou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental da pessoa humana, assim entendido como pressuposto para os igualmente fundamentais direitos à vida e à saúde. O artigo 225 também impõe ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que também vem reforçado na Carta Constitucional no artigo 23, que trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer das suas formas (inciso V) e preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII), (BRASIL, 1988).

No âmbito da União Europeia, um terço do consumo de água é da responsabilidade do setor agrícola. A agricultura influencia, quer na quantidade, quer na qualidade da água disponível para outros fins. Em algumas regiões, a poluição causada por pesticidas e fertilizantes utilizados na agricultura continua a ser, por si só, uma das principais causas da má qualidade da água. As indústrias, os estilos de vida e as necessidades pessoais das populações em crescimento disputam também com a natureza a utilização de água não poluída. (AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, 2012).

As alterações climáticas também trazem um elemento adicional de incerteza no que diz respeito à disponibilidade de recursos hídricos. Tendo em conta as perspectivas de mudanças nos padrões da precipitação das chuvas, é de esperar que, de futuro, a disponibilidade de água doce em algumas regiões da Europa venha a ser superior à de outras. Confrontados com um consumo crescente e com as alterações climáticas, muitos utilizadores, e inclusivamente a natureza, enfrentarão dificuldades para satisfazer as suas necessidades de água (AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE, 2012).

5. O direito humano de acesso à água

Conforme Amaro (2013, p. 37-38), o acesso à água é vital para a vida humana, quer na perspectiva da vida individual, quer para o funcionamento da sociedade e de muitas das suas atividades e serviços. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (2010) declarou o acesso aos serviços de abastecimento e saneamento como direito humano, preconizando que os países membros das Nações Unidas têm a obrigação de promover todas as medidas necessárias para concretizarem esse direito. Enquanto direito humano, os serviços devem ser fisicamente acessíveis, dimensionados para o número de utilizadores, higienicamente seguros, economicamente acessíveis e culturalmente aceitáveis. Devem ainda assegurar acesso sem descriminação, participação dos cidadãos no processo de decisão e mecanismos de monitorização e reclamação. A concretude pelos governos significa a obrigação de respeitar, proteger e

cumprir esses direitos (BAPTISTA, 2013, p. 90-91).

Desta forma, da existência de recursos hídricos ao seu aproveitamento pelas comunidades humanas passa por uma etapa que é preenchida em grande medida pelos denominados "serviços de águas" ou "serviços de abastecimento". Os "serviços de águas" asseguram às pessoas quer o acesso à água, quer a canalização daquela que rejeitam após utilização. Assim, estes serviços compreendem dois segmentos distintos, embora complementares, de atividades: a) o abastecimento de água para consumo humano, servindo as populações urbanas e rurais e as atividades como os serviços, o comércio e a indústria inseridas na malha urbana; b) a drenagem e o tratamento das águas residuais urbanas (AMARO, 2013, p. 37).

Também para Amaro (2013, p. 38) os serviços de águas cumprem ainda uma função de limitação no aproveitamento dos recursos hídricos. Ao *canalizarem* quer o acesso, quer a rejeição de águas residuais, os serviços de águas estão a disciplinar a atuação das pessoas nestas matérias. Esta limitação do aproveitamento das águas age em benefício mútuo: dos próprios recursos hídricos, que são mais protegidos; das pessoas globalmente consideradas, para quem os recursos hídricos são um objeto essencial à sua vida e realização.

Desta forma, ter acesso à água, no entanto, não é uma questão de escolha. Todos precisam dela. O próprio fato de que ela não pode ser substituída por nada mais, faz da água um bem básico que não pode ser subordinado a um único princípio setorial de regulamentação, legitimação e valorização; ela se enquadra nos princípios do funcionamento da sociedade como um todo. Isso é precisamente aquilo que se chama de um bem social, um bem comum, básico a qualquer comunidade humana. Em outras palavras, o acesso básico à água para todos os seres humanos deve ser entendido como se referindo à quantidade e à qualidade de água que ele ou ela precisa para viver como um indivíduo (e família). Mais ainda que em outras áreas (recursos minerais ou energéticos), o acesso básico à água é um direito fundamental político, econômico e social para indivíduos e coletividades, já que a segurança biológica, econômica e social de todos os seres humanos e de todas as comunidades humanas depende do gozo desse direito (PETRELLA, 2002, p. 84-87).

6. Conclusões

A água é elemento fundamental para a vida. É um recurso natural, renovável. Ainda, caracteriza-se por ser encontrada de forma abundante na superfície terrestre. No entanto, em várias regiões a escassez de água é crônica. Em outras, há faltas sazonais de recursos hídricos e racionamentos. Além disso, destaca-se entre outros fatores, o aumento progressivo da população e o crescimento dos centros urbanos, que interferem no meio ambiente poluindo as águas, em razão da falta de saneamento básico, infraestrutura e ocupação de áreas irregulares. Também, diante da falta de consciência ambiental, a população desperdiça, cotidianamente, quantia significativa de águas

próprias para o consumo das presentes e futuras gerações. Registra-se, ainda, a ausência de gerenciamento e fiscalização dos sistemas legais e administrativos de gestão dos recursos hídricos em esfera local, nacional e supranacional, a partir da inação da comunidade, da sociedade e do poder público, colabora para a diminuição da água potável no mundo e majora os efeitos da crise da água (SANTIN e DALLA CORTE, 2013, p. 26-27).

O direito subjetivo à água não é apenas o bastante para sobreviver. O Direito vai além quando resguarda o mínimo existencial. Esse mínimo deve proporcionar uma vida com dignidade. É por isso que o direito humano fundamental abrange o acesso à água em quantidade e qualidade adequadas para uma vida digna (VIEGAS, 2012, p. 16). O acesso à água não é problema de escolha. Trata-se de uma necessidade ligada à própria vida. Como fonte de vida, a água é insubstituível. A essencialidade e o fato de ser insubstituível no que diz respeito à vida faz do acesso à água um direito individual e coletivo, humano e social. Dessa forma, sustentar que o acesso à água é um direito significa reconhecer que é de responsabilidade da coletividade assegurar as condições necessárias e indispensáveis para garantir o direito a todos (PETRELLA, 2004, p. 12-13).

A escassez quali-quantitativa de água doce é fato. A gênese da crise hídrica está na postura antropocêntrica. O homem, como único ser racional, vê-se fora do meio ambiente e num plano superior. Os reflexos dessa postura atingem o ser humano, que, ao lado dos demais organismos vivos, sofre com a insuficiência de água ou com sua qualidade deficiente. O acesso à água em quantidade suficiente e qualidade adequada é um direito humano fundamental. A função primordial do Estado é a satisfação do bem-estar social. Dela decorrem suas atribuições mais específicas. Para que a sociedade possa gozar de uma vida digna e com saúde, deve ter acesso adequado à água potável. Nesse ponto, impõe-se um novo paradigma alicerçado com um olhar ecocêntrico para combater adequadamente a crise da água (VIEGAS, 2012, p. 160-161).

O reconhecimento do direito à água não figura expressamente entre os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, contudo deve ser assim considerado, na medida em que decorre do direito à vida constitucionalmente reconhecido como um direito fundamental, bem como do respeito à dignidade da pessoa humana, que se constitui, por sua vez, em um dos fundamentos da República. Não existe vida sem água. O acesso à água, em qualidade e quantidade suficientes ao atendimento das necessidades humanas insere-se, portanto, entre os requisitos indispensáveis à existência de uma vida digna (IRIGARAY, 2003, p. 399).

Importante ainda salientar que o abastecimento de água potável está associado ao fornecimento de serviços de esgotos sanitários, configurantes mínimos do denominado saneamento básico. Assim, é possível definir o saneamento básico como o conjunto de medidas higiênicas aplicadas especialmente na melhoria das condições de saúde de uma determinada localidade, para o controle de doenças transmissíveis ou não, sobretudo pelo fornecimento de rede de água potável e esgotos sanitários. Em razão de

estar diretamente conectado às condições de higiene e saúde, caracteriza-se como um direito inalienável do cidadão. Com efeito, dispõe o artigo 196 da Constituição Federal que "a saúde é direito de todos e dever do Estado". E mais adiante estatui como atribuição do SUS "a participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico" – artigo 200, IV, Constituição Federal (BRUNONI, 2007, p. 103), (BRASIL, 1988). Por isso, receber água limpa, própria para o consumo, deveria ser considerado o primeiro e mais elementar direito ambiental de uma família e de toda a comunidade (SIRKIS, 1999, p. 85).

A devastação do meio ambiente tem levado o Estado a repartir com a sociedade a responsabilidade pela proteção ambiental, que deixou de pertencer ao domínio exclusivamente público, passando também ao domínio privado. O dever de proteger o meio ambiente é cada vez mais compartilhado entre o poder público e os cidadãos. Isso implica o surgimento de um novo Estado e de uma nova cidadania, que têm plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim a novos valores como a ética pela vida, pelo uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético (BLANK, 2013, p. 8).

A proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Esse dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza, implicando também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado (BODNAR, 2010, p. 205).

Referências

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE (2012). **A água na agricultura**. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/pt/articles/a-agua-na-agricultura> Acesso em: 02 jan. 2017.

AMARO, António Leitão. Perspetivas de reorganização institucional dos serviços de água. *Direito da água*. In: MIRANDA, João; GUIMARÃES, Ana Luísa; AMARO, António Leitão; KIRKBY, Mark [Coords.] **Instituto de Ciências Jurídico-políticas e Entidade Reguladora de Águas e Resíduos**. Lisboa: Seleprinter Sociedade Gráfica - Lda, 2013.

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Jaime Melo. Experiências internacionais da regulação dos serviços públicos de água. Direito da água. In: MIRANDA, João; GUIMARÃES, Ana Luísa; AMARO, António Leitão; KIRKBY, Mark (Coords.). **Instituto de Ciências**

Jurídico-políticas e Entidade Reguladora de Águas e Resíduos. Lisboa: Seleprinter Sociedade Gráfica – Lda, 2013.

BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. vol. VIII, nº 1, 2013.

BODNAR, Zenildo. Risco urbano e restauração ambiental: desafios e perspectivas para a jurisdição ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Coords). **Estado de direito ambiental**: tendências, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional sobre Recursos Hídricos. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm>. Acesso em 08 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 23 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Dispõe sobre o Estatuto da Cidade. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm >. Acesso em 29 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no *Diário* **Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 14 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.109.778-SC**, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 04/05/2011. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802828052&dt_publicacao=04/05/2011>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRUNONI, Nivaldo. A tutela das águas pelo município. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). In: **Águas**: aspectos jurídicos e ambientais. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. 1. ed. São Paulo: Gaia, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia**: um ambiente saudável e sustentável para as gerações atuais e vindouras. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015.

DALLA CORTE, Thaís; PORTANOVA, Rogério Silva. A evolução do tratamento jurídico das águas: direito humano e patrimônio comum da humanidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (Coords.). **Direito Ambiental II**. XXII Congresso Nacional do CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

DECLARAÇÃO DE DUBLIN (1992). Disponível em: <http://www.meioambiente.uerj.br/Emrevista/documentos/dublin.htm>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável**: direito fundamental de sexta geração. São Paulo. Millennium Editora. 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água**: bem jurídico econômico ou ecológico? Brasília: Brasília Jurídica. 2005.

FERREIRA. Luciane. Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano. In: **Revista de Direito Público**, Londrina, vol. 6, nº 1, jan./abr., 2011.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Estado e sociedade nos espaços de governança ambiental transnacional. In: **Revista Direito Econômico Socioambiental**. Curitiba, vol. 2, nº 1, jan./jun. 2011.

GRAF, Ana Cláudia Bento. A tutela dos estados sobre as águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Águas**: aspectos jurídicos e ambientais. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Tradução de Héctor Fiz-Fierro. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney. Água: um direito fundamental ou uma mercadoria? In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **Congresso internacional de direito ambiental**: direito, água e vida. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, vol. 1.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: MORATO, José Rubens; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Editor Instituto O direito por um planeta verde, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução A/RES/64/292 de 28 de julho de 2010. **O direito humano à água e saneamento**: comunicado aos média. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_por.pdf > Acesso em: 02 jan. 2017.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Piaget, 1997.

PETRELLA, Riccardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. Tradução de Vera Lucia Mello Joscelyne. Petrópolis-Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

PUREZA, José Manuel. **Tribunais, natureza e sociedade**: o direito do ambiente em Portugal. Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 1996.

SANTIN, Janaína Rigo; DALLA CORTE, Thaís. **O direito das águas subterrâneas no Brasil, no Mercosul e na União Europeia**: um estudo comparado. Santa Maria: Editora da UFSM, 2013.

SIRKIS, Alfredo. **Ecologia urbana e poder local**. São Paulo: Ondazul, 1999.

SOUZA, Manoel Nascimento de. O direito fundamental à água potável. In: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XIV, nº 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10330>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura. **A água**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2009 (Folha Explica).

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Gestão da água e princípios ambientais**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2012.

VIOLA, Eduardo J. Evolução da mudança climática na agenda internacional e transição para uma economia de baixo carbono, 1990-2009. In: FERREIRA, Heline Sivini; MORATO, José Rubens; BORATTI, Larissa Verri (Orgs.). **Estado de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

O ESTADO DE EXCEÇÃO, O TRÁFICO DE DROGAS E O TERRORISMO. BREVE ANÁLISE SOBRE A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN E SUA RELAÇÃO COM ALGUMAS MEDIDAS PROPOSTAS PELO PARADIGMA GOVERNAMENTAL CONTEMPORÂNEO

Tracy Joseph Reinaldet dos Santos[1]
André Luis Pontarolli[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O estado de exceção e o paradigma contemporâneo de governo; a) o estado de exceção de Giorgio Agamben; b) A exceção que virou regra; 3. A aplicação do pensamento de Agamben na realidade contemporânea; 4. Breves propósitos conclusivos

1. Introdução

O filósofo italiano Giorgio Agamben ficou conhecido por trabalhar em seus escritos com a ideia de estado de exceção. Segundo ele, desde a segunda guerra mundial, tal forma de governar tornou-se regra, revelando-se "*verdadeiro paradigma de governo dominante na política contemporânea*". [3]

É bem verdade que não é fácil visualizarmos a consubstanciação desse pensamento em nossa realidade atual, ainda mais em um ambiente (supostamente) democrático como o que vivemos.

Contudo, determinadas medidas tomadas pelo poder soberano, seja no Brasil, seja em outros ordenamentos jurídicos, parecem dar razão ao pensamento de Agamben – vez que se tratam de medidas muito similares às que poderiam ser prolatadas sob a égide de um estado de exceção.

O presente trabalho, portanto, tem por objeto a análise da conexão do pensamento de Agamben com determinadas situações concretas verificadas no Brasil e no estrangeiro, tendo-se por problema de pesquisa saber se tais exemplos fáticos são práticas pontuais que podem ser assimiladas a um estado de exceção, ou se são em verdade manifestações explícitas de um paradigma governamental guiado em sua essência e integralidade por uma técnica excepcional de governo.

---

[1] Doutor em Direito Penal pela Université de Tolouse I Capitole (França) em cotutela com a Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Université de Tolouse I Capitole (França).

[2]Mestrando em Direito pela UNINTER. Pesquisador da linha de pesquisa: "*Jurisdição e Processo na Contemporaneidade*". E-mail: andre_pontarolli@hotmail.com

[3]AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.

2. O estado de exceção e o paradigma contemporâneo de governo

À partida, necessário se faz estudarmos o conteúdo e as características da noção de Estado de Exceção, para, então, verificarmos a aplicabilidade prática de tal conceito e a sua relevância no paradigma de governo contemporâneo.

a) O estado de exceção de Giorgio Agamben

O estado de exceção é um conceito fruto mais da tradição democrática do que da absolutista[4]. Ele foi trabalhado ao longo da história em diversos ordenamentos jurídicos, tais como o suíço, o francês, o alemão e também o brasileiro[5] – ganhando diferentes apelações e contornos em cada um destes países. No entanto, até hoje, a despeito dos estudos de Carl Schmitt[6] e do debate travado entre referido jurista e Walter Benjamin sobre o tema[7], o estado de exceção carece de uma teoria jurídica propriamente dita. Talvez a explicação para esse vácuo teórico se dê pelo fato de que não sabemos ao certo se o tema, em razão de suas características, situa-se num *topos* jurídico ou num *topos* essencialmente político[8], ou ainda se é um problema de fato ou de direito[9].

De qualquer forma, a partir dos escritos de Agamben, podemos dividir o exame do estado de exceção em duas partes. A primeira é o estudo do motivo que engendra a aplicação de tal modelo de governo, o exame do contexto fático-político que é a razão de ser do estado de exceção. A segunda é a análise das características do instituto propriamente ditas – a partir das quais podemos concluir se estamos ou não diante de uma tal forma de governar.

De acordo com o professor italiano, o estado de exceção existe quando um fator social ou político abala a estrutura da ordem até então estabelecida[10]. Esse dado fático, o qual pode se originar numa grave comoção ou receio social, ou ainda numa tentativa

---

[4] "É importante não esquecer que o estado de exceção moderno é uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista". AGAMBEN, *op. cit.,* p. 16.

[5] No Brasil, nosso legislador constituinte não faz uso da nomenclatura estado de exceção. Entretanto, podemos considerar que as medidas previstas nos artigos 136 e 137 da Constituição (estado de defesa e estado de sítio, respectivamente) são inerentes a uma forma de governar bastante análoga a do estado de exceção.

[6] Sobre a relação do pensamento de Agamben com a teoria de Carl Schmitt vide BIGNOTTO, Newton. *Soberania e exceção no* pensamento *de Carl Schmitt*, disponível no sítio eletrônico: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007, acessado em 04/08/2015, às 10:00 horas.

[7] AGAMBEN, *op. cit.*, p. 85.

[8] *Idem*, p. 38.

[9] *Idem*, p. 45.

[10] *Idem*, p. 40.

institucional de minar o poder vigente, será responsável por colocar em xeque a vigência do poder soberano. Em razão desse risco, a ordem jurídica será modificada, remodelando-se para fazer frente à ameaça eminente - no intuito de se manter válida apesar do fator social ou político que a abala. Essa remodelagem consubstancia o que denominamos como estado de exceção e trás consigno certas alterações no exercício do poder soberano.

A primeira, e talvez mais importante, é a suspensão da ordem jurídica e, consequentemente, a suspensão de determinados direitos fundamentais e sociais por ela previstos. No estado de exceção, as normas jurídicas continuam válidas, mas deixam de ser aplicadas vez que a efetividade do conteúdo destas pode colocar em xeque o próprio ordenamento[11].

Assim, realiza-se algo que parece em princípio paradoxal: sacrifica-se a ordem jurídica estabelecida para, justamente, preservá-la. A ameaça político-social que justifica o estado de exceção exige que medidas graves sejam tomadas, as quais desrespeitam os direitos e garantias previstos na lei. Isso, no entanto, não significa que tais direitos tenham sido revogados, pelo contrário. Eles ainda existem, permanecem válidos, mas são suspensos durante o estado de exceção, pois a sua aplicação ameaça a estabilidade do poder vigente.

A segunda alteração provocada pelo estado de exceção é a formação de uma espécie de amalgama dos três poderes[12]. Legislativo, Executivo e Judiciário acabam por, de certa forma, fundir-se em um único poder durante o estado de exceção. Não obstante, dentre os três poderes, há certa predominância do poder executivo sobre os demais – o qual irá, inclusive, exercer funções estranhas ao seu campo de competência, como, por exemplo, a função de legislar[13].

A terceira alteração provocada pelo estado de exceção na forma de governar é a adoção de medidas excepcionais para a preservação da ordem jurídica; medidas que, por

[11] *Idem,* p. 48.

[12] "Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário". AGAMBEN, *op. cit.*, p. 19.

[13] A medida provisória, prevista no artigo 62 da Constituição é um bom exemplo – isso porque ela é um ato unipessoal do Presidente da República que possui força de lei, apesar de não envolver num primeiro momento a participação do poder legislativo em sua confecção. Trata-se, portanto, do exercício da prerrogativa de legislar por um poder que não possui, em princípio, tal função. Não sem razão, alguns autores defendem a ideia de que as "intervenções abusivas de medidas provisórias" no Brasil poderia ser um sintoma de que vivemos, ainda que esporadicamente, um estado de exceção na realidade governamental brasileira. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Estado de Exceção (resenha), in* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 2004, nº 41, p. 171/174.

vezes, terão um significado imediatamente biopolítico[14]. Assim, durante a vigência dessa forma de governo, o poder soberano poderá praticar um ato ilícito em detrimento do cidadão ou da sociedade sem que tal ato seja considerado inválido.

Face às circunstâncias fáticas que ameaçam a ordem estabelecida, o Estado está autorizado a praticar atos irregulares, que possam por ventura mitigar direitos individuais ou sociais. Como estaríamos inseridos em um contexto fático anormal e extraordinário, a prática de atos contra *legem* não seria considerada irregular ou ilegal, vez que as condições "*anormais de pressão e temperatura*" autorizariam a tomada de medidas excepcionais por parte do Estado, para que ele possa justamente assegurar a preservação do ordenamento jurídico-político ameaçado[15].

Assim, em resumo, o estado de exceção seria provocado por um contexto fático tumultuoso[16], o qual ameaça a ordem vigente e, por conta disto, exige que o poder soberano tome providências para protegê-la. Todas essas características fariam, portanto, do estado de exceção uma forma de governo bastante perigosa e imprecisa, por detrás da qual poderíamos encontrar pensamentos ideológicos de satanização ou de canonização[17]. Por conta disto, ela deveria ser utilizada pelo poder vigente com parcimônia e apenas em casos excepcionais. Entrementes, e aqui entra a peculiaridade do pensamento de Agamben, o estado de exceção nas últimas décadas teria deixado de ser uma exceção para se tornar a regra, revelando-se um modo corriqueiro de se governar.

b) A exceção que virou regra

Segundo o professor italiano, o estado de exceção nas últimas décadas passou a ser o "*paradigma dominante na política contemporânea*"[18], deixando de ser uma forma pontual de governo para se tornar o cotidiano da política governamental.

De acordo com o escólio de Agamben, a origem desse fenômeno de normalização do estado de exceção está na Alemanha do entre guerras. Durante um longo período, o

---

[14]AGAMBEN, op. *cit.*, 14.

[15]*Idem.* p. 41. Poderíamos traçar um paralelo entre o estado de exceção e o estado de necessidade, previsto como causa justificadora de um ilícito penal (art. 23, inc. I, do Código Penal). Seria o estado de exceção o estado de necessidade do ente estatal?

[16] No direito romano, o *iustitium*, arquétipo do moderno *Ausnahmezustand*, era prolatado com base num decreto do senado que declarava o *tumultus*, isto é, uma situação de emergência provocada por uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 67.

[17] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes.*Para GiogioAgamben há perigo que estado de exceção torne-se regra*. Disponível no sítio eletrônico: http://www.conjur.com.br/2014-set-21/embargos-culturais-giorgio-agamben-perigo-estado-excecao-torne-regra, acessado em 08/07/2015, às 14:34.

[18]AGAMBEN, *op. cit.*, p.13.

Estado alemão aplicou um regime excepcional de governo, o qual estava previsto no art. 48 da Constituição de Weimer. Desde então, e a partir de tal exemplo, o estado de exceção deixou de ser uma medida excepcional para se tornar uma técnica de governo, uma prática duradoura que se encontra presente em diversos estados contemporâneos[19].

Portanto, ainda segundo Agamben, haveria na atualidade um paradigma governamental guiado pela aplicação da medida excepcional. Certo, essa forma de governar não se autonomearia estado de exceção, no entanto, apesar da fraude de etiquetas[20], ela possuiria características inerentes a ele, tais como: a suspensão de direitos e garantias; a sobreposição do poder executivo sobre os demais; a tomada de medidas excepcionais para se manter a ordem; e a existência de um contexto fático político de instabilidade permanente.

Aliás, com relação a esta última característica, AGAMBEN chega a afirmar que o poder vigente, a forma de governo atual, alimenta a existência de crises econômicas e sociais no seio da sociedade para, justamente, poder justificar a tomada de medidas excepcionais em desfavor dos cidadãos[21].

E é nesse ponto que o pensamento do filósofo italiano nos causa espécie. Seria possível que, efetivamente, estivéssemos a viver sob a égide de um estado de exceção? O estado de exceção poderia existir em meio ao ambiente democrático no qual pensamos estar inseridos?

De acordo com Agamben, poderíamos responder positivamente às duas interrogações, isto porque a medida excepcional, contrariamente ao que podemos imaginar, encontra-se a meio caminho da tradição democrática e da tradição absolutista[22]. Assim sendo, ela está ancorada numa zona cinzenta que pode muito bem conviver com a democracia contemporânea, apesar de consubstanciar na prática medidas ditatoriais.

A tempo, quando analisamos algumas práticas governamentais, seja no Brasil, seja em ordenamentos estrangeiros, percebemos que efetivamente a política governamental atual, por vezes, acaba por praticar atos típicos de um estado de exceção, apesar de não os nominá-los desta forma.

---

[19]Ibid.

[20] "Nos Estados contemporâneos, muitas vezes, o estado de exceção é decretado sem ser chamado por qualquer nome e, nesse sentido, podemos falar de medidas de exceção". ROCHA DE OLIVEIRA, Pedro. *Estado de exceção: o que é, e para que serve.* Disponível no sítio eletrônico: http://blogdaboitempo.com.br /2013/12/20/ estado-de-excecao-o-que-e-e-para-que-serve/, acessado no dia 08/07/2015, às 20:12.

[21] Em entrevista concedida à televisão grega, Agamben afirma que "o governo de hoje não quer mais manter a ordem, mas quer governar na desordem". A entrevista está disponível no seguinte sítio eletrônico: https://www.youtube.com/watch?v=skJueZ52948.

[22]AGAMBEN, op. cit., p.13.

Talvez o paradigma de governo contemporâneo não possa ser visto como um estado de exceção em sua integralidade, não obstante, encontramos nele, ainda que momentaneamente, medidas típicas de uma tal forma de governar.

3. A aplicação do pensamento de Agamben na realidade contemporânea

Localizar um respaldo prático para a teoria de AGAMBEN não é tarefa das mais difíceis. Podemos visualizá-lo tanto na realidade brasileira, como na realidade estrangeira – notadamente em países da União Européia como a França.

a) Brasil: o tráfico de drogas e a ocupação do complexo da Maré

A luta contra o narcotráfico é há muito tempo um sério problema político criminal brasileiro. Não é de hoje que o Estado busca combater esse tipo de delinquência. No entanto, os resultados têm se mostrado pouco expressivos[23]. Não sem razão, o tráfico de drogas e infrações conexas, tais como roubos, sequestros e extorsões, causam uma crise de insegurança muito grande na população brasileira e demandam uma atuação ativa do Estado na resolução desse problema social. Diante desse quadro, em 2014, a União, face a chegada de eventos esportivos internacionais no país, acabou por requisitar, com base no art. 142 da Constituição, o apoio das Forças Armadas no combate ao tráfico de drogas[24].

Para levar a efeito o pedido, foi então montada pelos militares a "*operação de garantia da lei e da ordem*"[25]. Tal operação possuía o escopo de "*fazer cessar*" a prática de ilícitos inerentes ao tráfico de drogas no Rio de Janeiro, por intermédio da pacificação de diversas comunidades cariocas. Para atingir a finalidade almejada, as Forças Armadas requereram junto à Justiça Militar a expedição de um mandado de busca e apreensão coletivo, autorizando a entrada do poder coator em todas as casas localizadas no complexo da Maré. Na prática, isso significava que um único mandado de busca e apreensão, genérico e sem fundamentação individualizada, conferia ao braço armado do Poder Executivo a permissão de, discricionariamente, adentrar na moradia de aproximadamente trinta mil moradores do referido complexo. A medida, além de chamar a atenção, guarda muitas semelhanças com as práticas de um governo excepcional. Por tal razão, poderíamos nos perguntar se tal episódio não

[23] CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[24] A requisição ocorreu por via da Diretriz Ministerial nº 9/2014.

[25] De acordo com o Manual MD33-M-10 do Ministério da Defesa, "operação de Garantia da Lei e da Ordem (op GLO) é uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem".

consubstanciaria na realidade brasileira o pensamento teórico de Giorgio Agamben. Vejamos.

A exemplo do estado de exceção, também encontramos no Estado brasileiro um fator social que cria certa instabilidade securitária capaz de colocar em xeque a vigência do ordenamento jurídico-político. Nesse contexto, o narcotráfico irá engendrar na população um temor e uma crise generalizada – a qual poderá abalar o poder vigente em razão do desrespeito reiterado das normas penais e por conta da falência do Estado em cumprir o seu dever de garantir a segurança dos cidadãos. Em razão de tal crise, o Estado brasileiro se vê autorizado a realizar uma "*operação de garantia da lei e da ordem*" para, justamente, assegurar o respeito do ordenamento jurídico-político vigente.

Para tanto, o Estado não suspendeu toda a ordem jurídica, mas sim uma parte dela, notadamente a que prevê o direito constitucional de inviolabilidade do domicílio[26]. Ou seja, ante um fator social de abalo, o Estado afastou a aplicação de tal direito individual para, com isto, tentar reestabelecer o respeito ao ordenamento jurídico-político. O raciocínio é paradoxal: para fazer valer o ordenamento, deixamos de aplicá-lo. Nesse contexto, o direito à inviolabilidade do domicílio continua vigente, mas ele será suspenso com relação a alguns cidadãos, em especial com relação àqueles que, voluntariamente ou involuntariamente, estão permeados pelo fator social que abala a ordem: o narcotráfico.

Mas, o que chama atenção em tal medida, e aqui encontramos uma terceira similitude com o raciocínio proposto por Agamben, é que a suspensão desta fração do ordenamento jurídico é realizada por intermédio de um mandado de busca e apreensão coletivo e genérico. Assim sendo, o Estado age em tal evento de forma ilícita e irregular não só à luz do art. 93, inciso IX, da Constituição[27], como também à luz do art. 240 do Código de Processo Penal[28]. Não obstante, a medida resta, em princípio, justificada por conta do abalo social que a motiva. Portanto, trata-se de verdadeira medida de exceção – alheia à vigência da ordem jurídica nacional e análoga às formas de agir inerentes a governos excepcionais.

Em seguida, há um quarto fator de semelhança entre a realidade brasileira e a teoria do estado de exceção. Ao conferir um mandado de busca e apreensão coletivo e genérico ao braço armado do Poder Executivo, o Poder Judiciário confere a este uma liberdade de atuação – a qual será responsável por engendrar um amalgama entre os Poderes; isto porque ao mesmo tempo em que os militares executam o mandato, eles possuem o poder discricionário de adentrar na residência de qualquer pessoa, ou seja,

[26] Tal direito fundamental está previsto no art. 5, inc. XI, da Constituição.

[27] O qual prevê a obrigatoriedade de fundamentação de toda decisão judicial.

[28] De acordo com referido dispositivo, a busca e apreensão domiciliar só poderá ocorrer de maneira fundamentada e justificada e deverá ter escopo determinado e restrito.

são os juízes soberanos da conveniência ou não de se desrespeitar a inviolabilidade do domicílio dos moradores do complexo da Maré. Portanto, por intermédio de uma "*carta branca*" de busca e apreensão, o Poder Executivo acaba por se sobrepor ao Poder Judiciário, recebendo a outorga de um poder de decisão que permite verdadeiro ativismo do Executivo.

Portanto, a similitude entre o ocorrido no complexo da Maré e a teoria proposta por Agamben causa espécie, ainda mais quando percebemos que tais medidas de exceção não estão restritas a um único ordenamento jurídico-político.

b) França: o terrorismo e a lei Cazeneuve

Na França, o terrorismo tem sido objeto de um amplo debate no cenário político-jurídico. Trata-se de um fenômeno criminológico que, a exemplo do tráfico de drogas, ameaça a ordem soberana vigente. Em primeiro lugar, porque é responsável por causar uma grave crise securitária na sociedade, vez que é cometido através de atos que buscam causar o terror ou a intimidação na população[29]. Em segundo lugar, porque muitas vezes tais atos de terrorismo são realizados justamente para contestar a adoção de determinadas medidas pelo poder soberano, como, por exemplo, medidas inerentes à política de liberdade de imprensa.

Diante desse fator social que abala o ordenamento jurídico-político, a França, em 13 de novembro de 2014, promulgou a Lei Cazeneuve. Referido diploma legal reforçou a luta contra o terrorismo através de diversas medidas que poderiam ser consideradas como inerentes a uma forma de governo excepcional. Dentre elas, uma em especial guarda bastante semelhança com a teoria de Agamben: a interdição administrativa de saída do território francês.

De acordo com o art. L. 224-1 do Código de Segurança do Interior, o qual foi modificado pela aludida lei, *"todo cidadão francês pode ser objeto de uma interdição de saída do território nacional quando sua saída poderá acarretar em: 1º um deslocamento ao estrangeiro para a prática de atividades terroristas; 2º um deslocamento ao estrangeiro para o treinamento na prática terrorista, o qual pode implicar na realização de um ato terrorista quando do retorno do cidadão em questão para o território francês"*. Ainda de acordo com o referido artigo, a interdição de saída do território francês deve ser pronunciada por via de um decreto ministerial, a ser prolatado pelo Ministro do Interior (representante do poder executivo), e poderá ter a duração de até seis meses, prorrogável por um período máximo de dois anos. Portanto,

[29] De acordo com o art. 421-1 do Código Penal francês, "Constituem atos de terrorismo os abaixo listados que, intencionalmente, através de uma empreitada individual ou coletiva, possuem por objetivo abalar gravemente a ordem pública através da intimação ou do terror". Em seguida ao *caput*, referido artigo trás uma lista dos atos que podem ser considerados como crime de terrorismo.

trata-se de uma medida não ordinária que se adequa a uma técnica governamental de exceção, e isto por variegadas razões.

À partida, porque aqui também se tem um fator social que abala o poder soberano vigente, o qual vai implicar na suspensão temporária de uma parte do ordenamento jurídico: o terrorismo. Em razão desse fator social, o poder soberano irá suspender o direito constitucional de ir e vir do cidadão francês[30] para, com isto, assegurar que nenhum ato terrorista vindouro possa colocar em xeque o ordenamento jurídico-político. Ou seja, assim como no estado de exceção, suspender-se-á uma parte do ordenamento jurídico para, justamente, garantir que o fator de comoção social em questão não tenha o condão de abalá-lo; o direito de ir e vir continuará válido, mas ele será momentaneamente suspenso.

Em seguida, porque, no caso em comento, realiza-se a suspensão de tal direito por intermédio de uma medida excepcional – a qual poderia ser considerada ilícita, mas que, em razão do contexto fático no bojo do qual é pronunciada, acaba sendo vista como válida pelo ordenamento jurídico-político e pela sociedade. De outra forma: em razão do pânico e da intimidação causados pelo terrorismo, o Estado realiza uma medida típica de paradigmas governamentais ditatoriais, impedindo a livre locomoção do cidadão para além das fronteiras de seu país; entretanto, por causa do fator social autorizador, a conduta estatal vai ser tida como regular e legítima.

Por fim, há ainda uma quarta semelhança entre tal medida e a teoria de Agamben: a prevalência do Poder Executivo sobre os demais poderes. De acordo com a Lei Cazeneuve, o órgão competente para decretar e executar a interdição de saída do território francês é o Ministro do Interior. Por tal razão, pode-se dizer que a lei confere ao Poder Executivo a capacidade plena de, a seu critério, proibir a saída de um cidadão francês do território de seu país. Em outras palavras, o Poder Executivo terá aqui uma nova "*carta branca*" para aplicar, quando bem entender, a medida excepcional que suspende a vigência do direito de ir e vir.

Assim sendo, pode-se dizer que estamos aqui novamente diante de mais um exemplo que consubstancia na prática a teoria de Agamben. Trata-se, portanto, de uma medida excepcional que guarda ampla similitude com as práticas presentes em um estado de exceção. Esses dois exemplos, no Brasil e na França, nos levam a breves propósitos conclusivos sobre o tema.

---

[30] Como a Constituição francesa, diferentemente da brasileira, não possui o escopo de traçar uma lista de direitos fundamentais e sociais do cidadão, vez que se trata de um diploma legal que visa a organização do poder vigente e não a enumeração de todos os direitos constitucionais, é o Conselho Constitucional francês que, por intermédio de sua jurisprudência, consagra o caráter constitucional do direito de ir e vir. Ele o fez pela primeira vezem uma de decisão de 12 de julho de 1979, quando se pronunciou sobre a constitucionalidade da lei relativa às praças de pedágio.

4. Breves propósitos conclusivos

A partir da análise de tais exemplos, acabamos percebendo que a teoria de Agamben possui respaldo prático, podendo ser demonstrada através de certas medidas excepcionais levadas a efeito pelos Estados contemporâneos, como a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos e coletivos ou a possibilidade de se interditar a saída de um cidadão do território de seu país.

A dúvida, porém, subsiste para se saber se tais exemplos são práticas pontuais que podem ser assimiladas a um estado de exceção, ou se são em verdade manifestações explícitas de um paradigma governamental guiado em sua essência e integralidade por uma técnica excepcional de governo. A resposta para tal interrogação é ainda mais difícil de ser encontrada quando temos em conta o fato de que tais práticas estatais não são nominadas como medidas de exceção, nem são prolatadas sob a égide formal de um estado de exceção. Por tal razão, a fraude de etiquetas torna ainda mais difícil a leitura do atual paradigma de governo dominante na política contemporânea.

Para Agamben, entretanto, isto não é um problema, vez que o filosofo italiano conclui pela segunda opção, ou seja, pela assertiva de que o paradigma de governo atual é sim o de um estado de exceção. Seria correta esta afirmação ou seria ela o fruto de um exagero, o qual vê numa prática governamental pontual e isolada a essência do modelo de Estado contemporâneo? Desafortunadamente, apenas o tempo parece ser capaz de responder tal indagação. Até que isto ocorra podemos afirmar que, com relação a algumas medidas pontuais consubstanciadas pelos Estados hodiernos, Agamben tem razão em seu discurso.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

BIGNOTTO, Newton. *Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt*, disponível no sítio eletrônico:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007, acessado em 04/08/2015.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Estado de Exceção (resenha), in* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 2004, nº 41, p. 171/174.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Para Giorgio Agamben há perigo que estado de exceção torne-se regra*, disponível no sítio eletrônico: http://www.conjur.com.br/2014-set-21/embargos-culturais-giorgio-agamben-perigo-estado-excecao-torne-regra, acessado em 08/07/2015.

ROCHA DE OLIVEIRA, Pedro. *Estado de exceção: o que é, e para que serve*. Disponível

no sítio eletrônico: http://blogdaboitempo.com.br/2013/12/20/ estado-de-excecao-o-que-e-e-para-que-serve/, acessado em 08/07/2015.

OS DEVERES ESTATAIS DE TUTELA DO DIREITO À VIDA NO CONTEXTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO REFLEXO DAS OBRIGAÇÕES ESTATAIS POSITIVAS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – QUE EFETIVIDADE?

Daniela Martins Pereira da Silva[1]

Sumário: 1. Notas Introdutórias; 2. Enquadramento da Temática; 3. Análise Jurisprudencial; a) Atividades Industriais Perigosas; b) Exposição à radiação nuclear; c) Emissões Poluentes; d) Risco Ambiental e acesso à Informação; 4. Conclusões.

1. Notas Introdutórias

A proteção do ambiente é uma parte vital da doutrina contemporânea dos direitos humanos[2]. Os Estados têm a obrigação de proteger os direitos humanos de impactos decorrentes de danos ambientais. Urge, no entanto, uma clarificação do conteúdo de tal

---

[1] Daniela Martins licenciou-se em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e frequenta o Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Internacionais na mesma instituição. A par disso colabora enquanto Assistente de Investigação com a Professora Doutora Patrícia Galvão Teles (membro da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas), contando com artigos publicados na área do Direito Internacional Público. Mail: danielamartinss@campus.ul.pt

[2] Assim o afirma Justice WEERAMANTRY. *Vide*, por isso, Part A (b) "Environmental Protection as a Principle of International Law", Separate opinion of Christopher Gregory WEERAMANTRY: Tribunal International de Justiça, *Case Concerning The Gabcíkovo-Nagymaros Project*; entre Hungria e Eslováquia; Julgamento, 25 de Setembro de 1997. Disponível em: http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf

FATMA KSENTNI, relatora especial sobre direitos humanos e ambiente, reconheceu (*Vide* Relatório Final à Sub-Comissão sobre a Prevenção da Descriminação e Proteção de minorias) o vínculo recíproco entre a proteção de direitos humanos e a proteção do ambiente, afirmando e enfatizando o quanto os severos danos ambientais podem violar direitos humanos e, ainda, que o reconhecimento e implementação de direitos ambientais procedimentais é crucial tanto para os direitos humanos como para a proteção ambiental. No seu relatório de 2004 concluiu que a degradação ambiental tem um efeito adverso na consagração de vários direitos humanos, assim como as infrações aos direitos humanos potenciam a degradação ambiental, tal como reconheceu existir um fosso entre o direito ambiental internacional e os direitos humanos.

obrigação. Casos como *Powell and Ragner v. the UK*[3] e *López Ostra v. Spain*[4] demonstram que a potencial degradação ambiental viola os direitos humanos, isto é, que pode ser considerada como uma interferência no exercício dos direitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante: CEDH). Essa potencial degradação pode resultar na privação[5] do direito à vida[6]. Trataremos de explorar as concretizações jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante: TEDH); para tal foram selecionámos quatro casos nos quais se invocou a violação do direito à vida como resultado do dano ambiental. Pretende-se clarificar alguns aspetos do regime jurídico, entre os quais o da efetivação dos mecanismos de tutela do direito humano em causa e as obrigações positivas estatais a eles subjacentes.

Apesar de a CEDH não consagrar nenhum direito a um ambiente saudável[7] [8], o

---

[3] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 9310/81: *Case of Powell and Ragner v. United Kingdom*; entre Richard John Powell e Michael Anthony Ragner e Reino Unido; Julgamento, 21 de Fevereiro de 1990. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57622

Neste Caso alegou-se que a poluição sonora gerada pelo tráfego aéreo de Heathrow violava o direito de privacidade nos termos do art. 8.º (Vide § 362-363). Ao analisar o pedido dos requerentes, o Tribunal aplicou o teste da ponderação às questões ambientais, pesando os interesses conflituantes.

[4] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 16798/90: *López Ostra v. Spain*; entre López Ostra e Espanha; Julgamento, 09 de Dezembro de 1994. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905. No caso Lopez Ostra o Tribunal pareceu tomar como garantida a inclusão das questões ambientais como parte integrante da CEDH. Vide § 51

[5] Apesar de nenhum instrumento de *hard law* ter ainda codificado a conexão que se estabelece entre dano ambiental e violação de direitos humanos, vários instrumentos de *soft law* (*Vide* Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment) expressaram o potencial de tal relação. "While the universal human rights treaties do not refer to a specific right to a safe and healthy environment, the United Nations human rights treaty bodies all recognize the intrinsic link between the environment and the realization of a range of human rights, such as the right to life [...]",UN HRC, Report of the OHCHR on the relationship between climate change and human rights, UN Doc. A/HRC/10/61, 15 January 2009, para. 18. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement

Ainda sobre a privação do gozo de alguns direitos humanos *Vide*, a título de exemplo, Jennifer A. DOWNS; "Note: A Healthy and Ecologically Balanced Environment: An Argument for a Third Generation Right*", Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 3, p. 367

[6] Inclui, na sua esfera, a integridade física e o bem-estar dos indivíduos.

[7] Ao contrário da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos (art. 7.º), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11.º) e da Carta Árabe de Direitos Humanos (art. 38.º).

O reconhecimento da relação entre direitos humanos e ambiente pode resumir-se a dois caminhos: ou se opta pela criação de um novo direito explícito a um ambiente saudável ou se enfatiza a relação entre o ambiente e direitos já reconhecidos, como o direito à vida.

[8] Há Doutrina que sugere que os princípios de Direitos humanos, assim como o direito à vida e o

TEDH tem sido chamado a desenvolver a sua jurisprudência em questões ambientais devido ao facto de o exercício de certos direitos poderem ser prejudicados pela existência de danos ao meio ambiente.

2. Enquadramento da Temática

A CEDH não contém direitos ambientais, o que foi expressamente confirmado no caso *Janina Furlepa v. Poland*[9]. No entanto veio a entender-se que as más condições ambientais poderiam interferir com os direitos individuais e liberdades garantidos na Convenção[10], assim como que do direito à vida pode derivar um qualquer direito ambiental substantivo[11] – isto fruto de uma interpretação atualista do texto dos preceitos do dito instrumento legal. De facto, a realização do direito à vida depende de vários elementos do Ambiente[12]. O direito à vida[13] é conectado e dependente da própria proteção do ambiente humano porque pode ser diretamente ameaçado por medidas ambientais, dependendo por isso das condições ambientais. Apesar da disposição ser formulada negativamente na medida em que promove o fim de certas ações Estatais, o

direito ao desenvolvimento não podem ser realizados na ausência de um direito a um ambiente saudável. Cfr. Maria ADEBOWALE, Beatrice NDUTA KAIRIE, Boris VASYLKIVSKY e Yelena PANINA, "Environment and Human Rights: a new approach to Sustainable Development", *International Institute for Environment and Development* (IIED), 2001.

[9] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 62101/00: *Janina Furlepa v. Poland*, entre Janina Furlepa e Polónia; Decisão de Admissibilidade, 18 de Março de 2008 § 8. Disponível em: http://echr.ketse.com/doc/62101.00-en-20080318/view/

[10] *Vide* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 7889/77: *Arrondelle v. the UK*; entre Arrondelle e Reino Unido; Decisão de Admissibilidade, 15 de Julho de 1980. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["7889/77"]} e *ainda* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 9310/91: *Baggs v. the UK*; entre F. William Baggs e Reino Unido; Decisão de Admissibilidade, 16 de Outubro de 1985. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-74562&filename=BAGGS%20v.%20the%20UNITED%20KINGDOM.pdf

[11] Cfr. Margaret deMERIEUX; "Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No.3, 2001, p. 542

[12] Ar para respirar, água para beber, comida para a alimentação. Por isso a qualidade do ambiente está diretamente relacionada com a realização do direito à vida.

[13] Por exemplo, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981, art. 24.º (configurado como direito coletivo), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1988, art. 11.º (direito individual), Carta Árabe de Direitos Humanos, 2004, art. 38.º.

TEDH desenvolveu a doutrina das obrigações positivas[14], segundo a qual existe um direito à proteção da vida. Sendo dada importância fundamental ao direito à vida e sendo a maioria das infrações irreversíveis, a obrigação positiva de proteção pode aplicar-se a situações em que a vida está em risco. No contexto ambiental, o art. 2.º da CEDH tem sido aplicado quando certas atividades perigosas são tão perigosas para o ambiente que colocam também em perigo a vida humana, como o seja a operação de testes nucleares[15]. Todavia, o TEDH tem adotado uma postura restritiva na consideração de uma faceta ambiental naquela disposição[16]. As obrigações positivas dos Estados estavam ligadas à proteção de direitos de segunda geração[17], enquanto os direitos de primeira geração seriam garantidos através de obrigações negativas. Com os desafios da Modernidade percebeu-se que estes direitos necessitavam de ações (positivas) para torná-los práticos e efetivos[18]. As obrigações dos Estados nos termos da Convenção são de dois níveis: por

[14] As obrigações positivas podem também ser chamadas de "obrigações de prevenção", conforme a terminologia da Comissão de Direito Internacional. *Vide* n.º3 do art. 14.º do Projeto de Artigos de Responsabilidade do Estado. Esta questão foi suscitada pela primeira vez no Caso *Osman*.

[15] "Where the State authorities know or should have known that a person's life is at 'real and immediate risk', they must take measures that might have been 'reasonably' expected to avoid such risk [...] The obligation of protect arises also with respect to dangerous industrial activities and other environment threats [...]."Cfr Christiane BUORLOYANNIS-VRAILAS; "The European Court of Human Rights" in Chiara GIORGETTI (ed.); *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 338

Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 87/1997/871/1083: *Case of Osman v. the United Kingdom*; entre Mrs Mulkiye Osman e Ahmet Osman e Reino Unido; Julgamento, 28 de Outubro de 1998. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257

De acordo com *Osman*, a obrigação positiva de proteger estende-se para lá do dever mínimo de assegurar um regime legal de proteção. Mas nem todo o risco de vida acarreta a necessidade de adoção de medidas de prevenção. *Vide* § 116 (onde se pode ler uma definição de âmbito de proteção oferecido pelo art. 2.º)

[16] Como afirma Déborah LASSALLE; "Mapping Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment"; *Individual Report on the European Convention on Human Rights and the European Union*, Report N.º. 14, 2013, p. 6

[17] Jakub CZEPEK; "The development of State's positive obligations under Articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights" in Gaetano DAMMACCO, Bronislaw SITEK e Antonio URICCHIO (eds.), *Integrazioni e Politiche di Vicinato. Nuovi diritti e Nuove Economie*, Universidade Taranto, Cacucci Editore, 2012, p. 513 ss

Os Estados estão obrigados a tomar ações para garantir o gozo destes direitos – ex. direito ao trabalho

[18] Diz o Autor que "[n]owadays, the ECHR made very considerable and wide development in the sphere of positive obligations [...] The amplification of the protection of the first generation rights is particulary notable in the sphere of article 2.", Jakub CZEPEK; *The development of State's positive obligations under Articles 2...op. cit.* pág. 514

um lado, obrigações processuais, como o dever do Estado de informar o público e de assegurar o acesso à informação[19], o dever do Estado de realizar a avaliação do impacto ambiental, o dever do Estado de respeitar o direito de receber e divulgar informação (10.º), assim como o dever do Estado de respeitar o direito de acesso aos meios efetivos (6.º); por outro lado, obrigações substantivas que se consubstanciam na tomada de medidas apropriadas para salvaguardar a vida daqueles que estão sob sua jurisdição[20]. Os Estados têm, assim, o dever de respeito e promoção dos Direitos Humanos[21]: em especial, do direito à vida, que se traduz em obrigações positivas no contexto industrial[22].

3. Análise Jurisprudencial

a) Actividades industriais perigosas

i) Öneryildiz v. Turkey

O Estado tem a obrigação de informar o público sobre os potenciais riscos ambientais decorrentes de fenómenos naturais ou atividades humanas que possam afetar o direito à vida privada (artigo 2º). O Tribunal declarou, então, no caso *Öneryildiz v. Turkey*[23] que, no contexto particular das atividades perigosas que são da

[19] O Estado tem a obrigação de informar o público de potenciais riscos ambientais derivados de atos humanos que possam afetar potencialmente o direito à vida.

[20] *Assim* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 87/1997/871/1083: *Case of Osman v. the United Kingdom*; entre Osman e Reino Unido; Julgamento, 28 de Outubro de 1998. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Osman"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-58257"]}

Tal obrigação só deve ser tomada em conta se as autoridades conheciam ou deviam conhecer a existência de um risco "real" e "imediato", cfr. § 116

[21] *Vide* Comentário Geral n.º 31, sobre a natureza das obrigações jurídicas gerais impostas aos Estados Partes no Pacto (adotado na 80.ª sessão, 2004) sobre contraposição entre obrigações positivas e negativas. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/2_1/IIPAG2_1_2_1_2.htm

[22] Em conformidade com o L.C.B Case no qual o Tribunal afirmou que a asserção de direitos humanos não pode ser restrita pela fonte de atividade envolvida na afetação do bem jurídico.

[23] Cfr Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614.

Ocorreu, no caso em destaque, uma explosão de metano cujos resíduos que entraram em erupção da pilha de lixo engoliram mais de dez casas situadas abaixo, incluindo a que pertencia ao requerente. Este vem denunciar a falta de medidas para evitar uma explosão, apesar de um relatório de peritos chamar a atenção das autoridades para a necessidade preventiva, uma vez que não era improvável uma explosão.

responsabilidade do Estado, deve ser dada especial ênfase ao direito de informação do público.[24] Trata-se do primeiro caso na jurisprudência do TEDH em que uma reivindicação nos termos do direito à vida foi levada a cabo no contexto industrial. Neste caso, o Estado[25] tinha conhecimento das emanações de gás potencialmente ameaçadoras de uma fábrica de eliminação de resíduos ao lado das casas dos candidatos e não informou as pessoas potencialmente afetadas por esse risco. Os regulamentos relevantes também devem prever procedimentos adequados, levando em consideração os aspetos técnicos da atividade em causa, para identificar deficiências nos processos em questão e quaisquer erros cometidos por responsáveis em diferentes níveis.

O Tribunal estabeleceu várias obrigações positivas relativas à proteção de direitos nos termos do art. 2.º no que concerne a danos ambientais. No caso *Öneryildiz v. Turkey*, o Tribunal considerou a obrigação positiva dos Estados de tomar as medidas adequadas para salvaguardar a vida dos que estão na sua jurisdição, na aceção do artigo 2.º, para situações em que os riscos potenciais para a vida são inerentes à atividade desenvolvida; tomou ainda em consideração o nível de perigosidade, densificando o conteúdo de tal obrigação[26], aplicada no contexto de qualquer atividade em que o direito à vida possa estar em causa, assim como no caso de atividades industriais perigosas. Analisado o vínculo entre as atividades industriais e as obrigações estatais, concluiu o TEDH que o Estado tem o dever de adotar medidas preventivas para regular efetivamente qualquer atividade perigosa, seja pública ou privada[27]. Isto veio a ser

[24] O TEDH afirmou no caso *Öneryildiz* que no contexto particular das atividades perigosas que se encontram no âmbito da responsabilidade do Estado, deve ser dada ênfase especial aos direitos positivos de informação. Neste caso, o Tribunal tinha conhecimento da potencial ameaça ao direito à vida das emissões de gás mas falhou ao não informar as pessoas afetadas pelo risco.

[25] Estado esse que tem o poder e a capacidade para regular todas as atividades inscritas na sua jurisdição (responsabilidade indireta).

[26] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004 § 71, 73. Disse o Tribunal: "[…] must be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and a fortiori in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste-collection sites. […] The harmfulness of the phenomena inherent in the activity in question, the contingency of the risk to which the applicant was exposed by reason of any life-endangering circumstances, the status of those involved in bringing about such circumstances, and whether the acts or omissions attributable to them were deliberate are merely factors among others that must be taken into account in the examination of the merits of a particular case, with a view to determining the responsibility the State may bear under Article 2".

[27] Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004 § 71: "this [positive] obligation must be construed as applying in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake, and *a fortiori* in the case of industrial activities, which by their very nature are dangerous, such as the operation of waste collection sites".

confirmado no Caso *Tatar v. Romania*[28], no qual as autoridades públicas falharam na adoção de medidas suficientes para proteger o direito à vida privada. De facto, quando um direito humano é violado por intermédio de uma atividade industrial, as partes podem acusar o Estado de não ter feito nada nas circunstâncias em causa, embora fosse capaz de intervir e proteger. Deu-se, assim, a clarificação das obrigações positivas no âmbito do direito à vida, nos termos das quais a proteção da vida é uma obrigação do Estado em relação a atividades perigosas por natureza, que se desenvolvam na sua jurisdição[29] [30]. Clarificou-se então o escopo da obrigação de proteção no contexto industrial, obrigação essa que se desdobra em duas: primeiramente na prevenção da colocação em risco de vidas inocentes e, depois de ocorrido o perigo, na prevenção da deterioração das condições das vítimas (neste último caso trata-se de uma obrigação que se traduz na hospitalização das vítimas de atividades industriais). Diz o Tribunal que o Estado está vinculado ao dever de tomar todas as medidas para evitar que as vidas sejam desnecessariamente colocadas em perigo[31].

Em suma, confirmou o Tribunal a violação substancial e formal do art. 2.º CEDH por falha na prevenção, falta de informação sobre os riscos e falta de proteção adequada. O Tribunal reconheceu, por último, que a proteção do direito à vida "could be relied on in connection with the operation of the waste-collection sites"[32], e que os Estados estão vinculados a uma obrigação positiva de adotar medidas adequadas de modo a salvaguardar a vida daqueles que se encontram na sua jurisdição, nos termos do art. 2.º. Este caso também foi relevante na medida em que se reconheceu uma nova "base" (para além do art. 8.º) para o direito humano à informação clara e total, afirmando que tal

---

[28] *Vide* Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 67021/01: *Tatar v. Romania*; entre MM. Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar e Roménia; Julgamento, 27 de Janeiro de 2009. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-90909"]}

[29] Cfr. Xenos DIMITRIS; "Asserting the Right to Life in industry"; *German Law Journal*, Vol. 8, No. 3, 2007 p. 236

Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004 § 72

[30] Diz DIMITRIS que "the corresponding scope of the state's liability encompasses, at least in certain contexts, negligente failures to protect human life." Xenos DIMITRIS; *Asserting the Right to Life in industry…op. cit*. pág. 26

[31] Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004 § 67

[32] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 48939/99: *Öneryldiz v. Turkey*; entre Öneryldiz e a Turquia; Julgamento, 30 de Novembro de 2004. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614 § 109

direito pode ser considerado como um elemento do art. 2.º [33].

b) Exposição à radiação nuclear

i) L.C.B

Este caso[34] é o ponto de partida para o reconhecimento de um vínculo entre ambiente e o direito à vida. O requerente alega[35] a violação do seu direito à vida pela falha do Estado em avisar os pais do risco para a sua saúde em particular e a ulterior omissão de redução da radiação para níveis mais baixos. No entanto, o Tribunal concluiu que não houve violação do art. 2º, uma vez que não foi estabelecida ligação causal[36] entre a exposição de um pai à radiação (enquanto servia o exército durante testes nucleares) e a leucemia sofrida por uma criança posteriormente concebida. O n.º1 do art. 2.º impõe ao Estado não apenas a abstenção de atentar contra a vida, mas também a adoção de medidas apropriadas para salvaguardar as vidas daqueles que estão sob sua jurisdição[37].

No *L.C.B. v. United Kingdom* o Tribunal admitiu que as autoridades públicas poderiam razoavelmente ter aconselhado os pais e monitorizado a sua saúde durante o período em questão. Foi aplicado o teste de previsibilidade do evento e o teste de razoabilidade das medidas preventivas para encontrar a violação do art. 2.º. O Estado é responsável se as autoridades sabiam ou deviam conhecer o risco de vida de uma pessoa

[33] "[T]his right, which has already been recognised under Article 8 [...] may also, in principle, be relied on for the protection of the right to life, particularly as this interpretation is supported by current developments in European standards". Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58176

Vide § 115 do Caso.

[34] O pai do requerente foi exposto a radiação durante os testes nucleares realizados nos anos 50. Ao requerente foi diagnosticado leucemia, e esse reivindica que as autoridades inglesas falharam no aviso aos seus pais da possibilidade de risco de saúde do filho a conceber.

[35] [35] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998 § 34

[36] *Vide* art. 23.º do Projeto de Artigos da Responsabilidade dos Estados, o qual faz referência à violação da obrigação de proteger. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Note-se que a exigência do vínculo causal requer-se entre a alegada violação e a morte ou iminente risco de vida do requerente.

Vide ainda Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998 § 41

[37] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998 § 36

e se falharam a tomar medidas que poderiam ter prevenido a ocorrência do evento. Às vezes o Tribunal tem usado o teste da causalidade enquanto especificação do teste da previsibilidade. Ao aplicar o art. 2.º, tem tentado estabelecer um vínculo causal entre o evento e a omissão. O caso *L.C.B* é exemplo dessa abordagem[38]: o Tribunal não ficou satisfeito com o estabelecimento de um vínculo causal entre a exposição do pai à radiação e a leucemia do filho[39]. Conclui-se, assim, que não há violação quando não se encontra um vínculo causal entre o comportamento do Estado e o evento[40]. Para McCamphill a inovação que se depreende da posição do Tribunal prende-se com a criação de uma nova base na qual variadas violações podem ser sindicáveis, o que, na sua opinião, fornece uma proteção mais efetiva do direito à vida[41]. No caso *L.C.B* o Tribunal confirmou a asserção de que a proteção dos direitos humanos não pode ser restrita à fonte da atividade, pois o Estado tem a capacidade e o poder de regular os *standards* da indústria, seja pública ou privada, e de supervisionar e reforçar a sua implementação. Todavia, DeMerieux parece notar que o TEDH pouco contribuiu para a promoção ou estabelecimento de um direito ao meio ambiente saudável como derivado daquela disposição[42]. Ainda assim, como prossegue a Autora, o caso L.C.B expandiu o direito à

---

[38] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998 § 39

[39] Diz Benedetto CONFORTI que "it may be said that in theire case-law the Court and the previously existing Comission have set out the elements of the concept of a positive obligation, or what can alternatively be called the obligation of prevention. However this elaboration has not been of much importance in pratice, since a violation og the Convention has been declared in few cases. The breache of an oblitation of prevention is easy to ascertain if i tis the resulto f the lack or inadequacy of legislation – that is, of legislative provisions deterring individuals from behaving in a way that is condenmed by the Convention. By contrast, a finding of violation is difficult to reach when the breach is, or should be, solely the result of the negligence of the authorities in protecting a person against the wrongful action […] In such cases the Court is satisfied only if the 'foreseeability' of wrongful event and the 'reasonableness' of the preventive measures can be proved. Moreover, it is necessary for a link of causality to existe between the behavior of the authorities and the event." Benedetto CONFORTI; "Exploring the Strasbourg Case-Law: Reflections of positive obligations: The Case-Law of the European Court of Human Rights" in Malgosia FITZMAURICE e Dan SAROOSHI (eds.); *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, 2004, p. 135

[40] "Article 2 does not solely concern deaths resulting from the use of force by agentes of the States but also, in the first sentence of its first paragrapg, lays down a positive obligation on States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction." Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 14/1997/798/1001: *L.C.B v. the United Kingdom*, entre L.C.B e o Reino Unido; Julgamento, 9 de Junho de 1998 § 36

[41] Cfr. Louise McCAMPHILL; "The Right to Life shall Be Secured to Everyone by Law: The Extent to Which the European Court of Human Rights Has Developed the Concept of Positive Obligations in Relation to Article 2"; *King's Student Law Review*, Vol. 2, 2010, p. 105

[42] Margaret deMERIEUX; *Deriving Environmental Rights*…op. cit. pág. 543

vida, admitindo obrigações positivas de adoção de medidas de salvaguarda das pessoas situadas num determinado território[43].

c) Emissões Poluentes

i) Smaltiny v. Italy

O Tribunal[44] começou por verificar se e em que medida os Tribunais submeteram o caso a uma escrupulosa consideração exigida pelo art. 2.º da CEDH. Trata-se do contributo mais recente do TEDH no desenvolvimento da dimensão ambiental do sistema da CEDH. O Tribunal cita, a propósito, o caso *Öneryildiz*[45] para afirmar que o sistema judicial exigido pelo art. 2.º inclui um mecanismo de investigação formal, independente e imparcial, cumprindo certos critérios de eficácia e de natureza para garantir a responsabilidade penal por danos ao direito à vida como resultado de uma atividade perigosa. O Tribunal declarou que o pedido era inadmissível[46] por ser manifestamente mal fundado, considerando que a questão que se coloca no caso é a de saber se os órgãos nacionais apresentaram o caso que lhes foi submetido a uma consideração exigida pelo art. 2.º; isto é, se as autoridades judiciais justificaram devidamente a classificação do caso e se tinham evidências suficientes para comprovar a existência da ligação causal entre as emissões nocivas produzidas e a patologia do requerente. Observou, ainda, que de acordo com o relatório sobre o Estado de saúde da região em causa, levado em consideração pelos tribunais nacionais, não há maior incidência de leucemia nessa região em comparação com outras regiões italianas[47]. Examinando a primeira reivindicação do requerente[48] no âmbito dos aspetos processuais

[43] Margaret DEMERIEUX; *Deriving Environmental Rights*...op. cit. pág. 544

[44] Cfr. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 43961/09: *Smaltini v. Italy,* entre Giuseppina Smaltini e Itália; Decisão de Admissibilidade, 24 de Março de 2015. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153980

[45] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 43961/09: *Smaltini v. Italy,* entre Giuseppina Smaltini e Itália; Decisão de Admissibilidade, 24 de Março de 2015 § 94

[46] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 43961/09: *Smaltini v. Italy,* entre Giuseppina Smaltini e Itália; Decisão de Admissibilidade, 24 de Março de 2015 § 55

[47]Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 43961/09: *Smaltini v. Italy,* entre Giuseppina Smaltini e Itália; Decisão de Admissibilidade, 24 de Março de 2015 § 57

[48] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 43961/09: *Smaltini v. Italy,* entre Giuseppina Smaltini e Itália; Decisão de Admissibilidade, 24 de Março de 2015 § 40

O requerente alegou a existência de uma ligação causal entre as emissões nocivas da fábrica e o desenvolvimento do cancro. O Governo contra-alegou que o requerente não tinha esgotado os recursos internos disponíveis, de acordo com a legislação nacional.

do art. 2.º, o Tribunal entendeu que o primeiro requerente não demonstrou que, à luz dos dados científicos disponíveis no momento dos acontecimentos, houve uma violação do aspeto processual do seu direito à vida, pois os elementos resultantes de um estudo após os factos do caso não previram a existência de uma relação de causa e efeito entre as emissões de Isla e a incidência de leucemia na província de Taranto. O Tribunal observa que a recorrente não produziu qualquer prova em sentido contrário. A decisão, para Luchino Ferrarris[49], representa uma "porta aberta" a possíveis sanções (em resposta à poluição causada) a Ilva, no futuro, sendo no entanto – na asserção do Autor, um resultado previsível de uma jurisprudência estabelecida.

d) Risco Ambiental e Acesso à Informação

i) Brincat and Others v. Malta

O acesso à informação foi delineado no caso *Guerra and Others v. Italy* como uma medida positiva a tomar contra certas atividades industriais perigosas[50], não chegando a considerar-se o caso nos auspícios do art. 2.º.

Relativamente aos casos nos quais se considerou, em particular, a questão do direito à informação em contextos de risco ambiental, o caso *Brincat and Others*[51] é particular, pois em *Vilnes and Others v. Norway*[52] (2013) e *Guerra and Others v. Italy* [53](1998) não se reconheceu a violação do art. 2.º da CEDH.

Em *Brincat* o TEDH desenvolveu o conteúdo da obrigação positiva de proteção contra atividades perigosas e da obrigação positiva de fornecer informações sobre os riscos expostos. O tribunal entendeu haver uma violação do art. 2.º em respeito aos

[49] *Vide* Luchino FERRARIS, "Smaltini v. Italy: A Missed Opportunity To Sanction Ilva's Pollution within the ECHR System"; *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 13, No. 1, 2016, p. 92

[50] No caso *Öneryldiz* elevou-se essa medida a um verdadeiro "direito à informaçõ", cfr. § 82, 92 e 108

[51] Vide Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145790

[52]Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 52806/09 22703/10: *Vilnes and Others v. Norway*, entre Vilnes e outros e Noruega; Julgamento, 05 de Dezembro de 2013. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138597

No caso considerou-se não haver uma violação do art. 2.º.

[53] Considerou-se haver violação do art. 8.º, pelo que não se chegou a considerar a existência de uma violação do art. 2º.

requerentes que acabaram por falecer, tendo o Governo de Malta falhado na satisfação da obrigação positiva de legislar ou de tomar medidas práticas para assegurar aos requerentes proteção adequada e informação sobre o risco para a sua saúde. Especificou ainda, o Tribunal, as conclusões a que tinha chegado nos anteriores casos *Lopez Ostra v. Spain*[54] e *Öneryildiz*[55]. O dever positivo de fornecer informações sobre o risco a que a pessoa está exposta foi deduzido do art. 8.º da CEDH. A ampla interpretação deste artigo foi resultado de um processo lento que começou com o caso ambiental *Guerra and Others v. Italy*, no qual o Tribunal mencionou indiretamente o direito de avaliar fatores de risco relacionados com a atividade de uma fábrica de produtos químicos nas proximidades. O desenvolvimento mais significativo da abordagem to TEDH sobre o direito de acesso à informação sobre os riscos a que uma pessoa está exposta pode ser visto na decisão de *Vilnes and Others v. Norway* – considerou-se que a obrigação positiva do Estado em fornecer acesso a informações essenciais que permitam aos indivíduos avaliar os riscos para a sua saúde pode, em certas circunstâncias, abranger o dever de fornecer essas informações. O caso que nos propomos presentemente analisar propõe um desenvolvimento evolutivo, pois considerou que nem a distribuição das máscaras de proteção nem a referência às atividades poderiam ser consideradas como fonte de informação. O Tribunal também sublinhou que a legislação maltesa não estabeleceu o dever de fornecer informações e o Governo não realizou estudos ou relatórios especificamente sobre o amianto. Assim, o corpo jurisdicional voltou a concentrar-se na importância do quadro legislativo e acentuou que os estudos ou relatórios poderiam ser uma forma adequada de cumprir a obrigação de fornecer informações[56].

O Tribunal, citando o caso *L.C.B*, reafirma que o art. 2.º não diz apenas respeito a mortes resultantes do uso da força por agentes de Estado, mas também exige ao Estados obrigações positivas que se traduzam na adoção de medidas apropriadas na salvaguarda da vida[57]. Esclarece[58] que tal obrigação se aplica no contexto de qualquer

[54] Tal caso dizia respeito à poluição ambiental severa, o Tribunal interpretou o art. 8.º como incluindo o direito à proteção contra atividades perigosas.

[55] O escopo das obrigações positivas dos Estados foi desenvolvida neste último caso.

[56] Diz SYCHENKO que "the ECtHR could have easily found these applications inadmissible as, strictly speaking, the national remedies were not exhausted.". Cfr. Elena SYCHENKO; "Occupational Health in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Brincat v. Malta"; *Human Rights Centre*, Set. 8, 2014 § 17. Disponível em: http://www.hrc.ugent.be/occupational-health-in-the-jurisprudence-of-the-european-court-of-human-rights-brincat-v-malta/

[57] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 § 79

[58] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 § 80

atividade – pública ou não -, na qual o direito à vida possa estar em causa, seja essa perigosa como as operações de *waste-collection sites* (*Öneryildiz*), como testes nucleares (*L.C.B*) ou mesmo emissões de fábricas fertilizadas (Caso *Guerra and Others v. Italy*): "The Court considers that the same obligations may apply in cases, such as the present one, dealing with exposure to asbestos at a workplace which was run by a public corporation owned and controlled by the Government"[59]. O requerente alega que o governo falhou na investigação das circunstâncias do caso e em processar os responsáveis, violando assim as obrigações processuais do art. 2.º [60]. Observa o Tribunal que, nos termos do art. 2.º, as autoridades competentes devem agir com diligência exemplar, devendo por isso iniciar investigação em que se verifiquem as circunstâncias em que o incidente ocorreu[61]. Conclui, quanto à alegação da violação do art. 2.º na vertente da investigação das circunstâncias do caso, que não houve violação neste domínio, pois "that it cannot be said that the circumstances of Mr Attard's death were confined within the knowledge of state officials and therefore that the Government should have conducted an investigation ex officio"[62].

4. Conclusões

a) Doutrina

Anseia a Doutrina por uma evolução da jurisprudência do TEDH, em análise ao art. 2.º da CEDH. Dizem alguns Autores que a interpretação inovadora do preceito por parte do Tribunal acentua e estende o âmbito das obrigações positivas, potenciando o seu futuro desenvolvimento[63]. Avança Dimitris Xenos que a interpretação pelo Tribunal

---

[59] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 § 80

[60] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 §118

[61] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 § 121. Diz o Tribunal que "civil remedy may suffice […] in cases concerning incidents resulting from dangerous activities under Article 2, the competent authorities must act with exemplary diligence and promptness and must of their own motion initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in any capacity whatsoever in the chain of events concerned."

[62] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º 13867/88: *Brincat and Others v. Malta*; entre Brincat e outros, Julgamento, Julgamento; 24 de Julho de 2014 §125

[63] Cfr. Louise McCAMPHILL, *The right to Life Shall be Secured to Everyone by Law*…op. cit. pág. 115

de um direito a "proteger" a vida leva a que a Doutrina que se tem pronunciado sobre o escopo daquele artigo deva ser revista em face desta evolução[64]. Como reconhece Mariana Acevedo, os instrumentos de direitos humanos podem ser interpretados de modo a incluírem questões ambientais[65], o que tem acontecido na Jurisprudência – mormente a analisada. No entanto, como bem salienta Ole W. Pedersen, o Tribunal ainda não reconheceu explicitamente um direito ao meio ambiente saudável[66], o que coloca problemas de efetividade de tutela dos casos ambientais. O problema no qual a Doutrina se mais tem debruçado prende-se com a exigência de um nexo causal entre a fonte poluidora e o dano na integridade física do requerente, o que levanta problemas, na medida em que, como frisa Glazebrook, há acentuadas dificuldades em termos de causalidade e prova em questões ambientais[67]. A jurisprudência analisada exemplifica-o. O ónus da prova recai geralmente sobre o requerente e o padrão de prova é frequentemente elevado. Shelton[68] entende que a falta de prova da causalidade é um dos fatores mais importantes na rejeição da reivindicação mesmo quando, *prima facie*, está presente um nexo de causalidade. Além disso os danos ambientais podem emanar de diversas fontes ou podem ser gerados por múltiplos atos, o que tornam a prova mais difícil[69]. O reconhecimento de um direito a um meio ambiente saudável clarificaria as obrigações *vis-a-vis* dos Estados na proteção ambiental, como acentua Rebecca Bratspies[70].

[64] Xenos DIMITRIS; *Asserting the Right to Life in industry*…op. cit. pág. 235

[65] Cfr. Mariana ACEVEDO; "The intersection of Human Rights and Environmental Protection in the ECHR", New York University Environmental Law Journal, Vol. 8, No. 2, 2000, p 439

[66] *Assim* Ole W. PEDERSEN; "The ties that bind: the Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law"; European Public Law, Vol. 16, No. 4, 2010, p. 10

[67] Cfr. Susan GLAZEBROOK; "Human Rights and the Environment", Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 40, 2009, p. 315

[68] *Vide* Dinah SHELTON; *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1st Edition, 1999, pp. 231-239

[69] Acrescenta ainda SADELEER que "[t]hough environmental degradation […] the right to life enshrined in Article 2 has not been a particularly fruitful source of case law, since in the view of the ECtHR there has not been any opportunity to examine the complaints concerning the violation of Article 2 where it has already ruled on an application introduced on the basis of Article 8." Nicolas de SADELEER; "Enforcing EUCHRE Principles and Fundamental Rights in Environmental cases", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1, 2012, p. 62

[70] Rebecca BRATSPIES; "Do we need a Human Right to a Healthy Environment?", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 13, No. 1, 2015, p. 42

b) Tomada de Posição

É criticável[71] a adoção do critério de *Osman* – risco real e imediato[72] – que se repercutiu nos demais casos por ser inapropriado (torna mais exigente a prova[73]) e de alcance limitado. Apesar de a maioria da Doutrina notar que na jurisprudência do TEDH o direito ao meio ambiente saudável tem sido entendido como diretamente derivado do direito à vida[74], parece-nos ainda uma derivação incipiente face aos riscos emergentes da poluição na integridade física dos indivíduos. É aconselhável a adoção de uma visão expansiva que se alicerce na interpretação ambiental dos direitos humanos estabelecidos – neste caso no "esverdeamento" do direito à vida. Existem limitações evidentes na expansão do direito à vida a situações ambientais: embora o direito à vida possa incluir, no âmbito potencial, a proteção contra riscos ambientais graves para a integridade física, a dependência de uma ameaça direta evita a extensão daquele direito num domínio efetivo (isto porque os perigos derivados de atividades perigosas podem ser indiretos). Entendemos que o direito à vida convoca também um dever de a realizar/promover na medida em que percecionamos este direito com um escopo mais alargado, em face da inclusão nele de um direito ao meio ambiente saudável. Defendemos, portando, que a noção de dignidade da pessoa humana e de subsistência se incluem na noção de direito à vida, o que inclui nele um direito a um ar não poluído, à água limpa e a adequados cuidados de saúde, à semelhança do que é defendido no escopo dos direitos económicos e sociais.

Referências Bibliográficas

ACEVEDO, Mariana; "The intersection of Human Rights and Environmental Protection in the ECHR", *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 8, No. 2, 2000 (pp. 437-496)

ADEBOWALE, Maria (*et al*); "Environment and Human Rights: a new approach to Sustainable Development", *International Institute for Environment and*

[71] Em sentido divergente, *Vide* Louise McCAMPHILL; The Right to Life Shall be Secured to Everyone by Law…op. cit. pág. 107. Em sentido convergente à opinião adotada, *Vide* Alan BOYLE e James HARRISON; "Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems", *Journal of International Law Dispute Settlement*, Vol. 4, No.2, 2013, p. 270: notam os Autores as evidentes dificuldades de estabelecimento de provas de causalidade com base em dados científicos.

[72] São requisitos cumulativos.

[73] A questão da prova do nexo de causalidade não prejudica a existência daquele direito, pois a questão probatória não afeta a existência substantiva do direito em causa.

[74] Cfr. Veronika GREKSZA; "Questions of a Comprehensive Protections of the Right to a Healthy Environment in Strasbourg", *Pécs Journal of International and European Law*, 2015, p. 22

Development (IIED), 2001

BRATSPIES, Rebecca; "Do we need a Human Right to a Healthy Environment?", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 31, 2015 (pp. 31-69)

BUORLOYANNIS-VRAILAS, Christiane; "The European Court of Human Rights" in Chiara Giorgetti (ed.); *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 (pp. 323-364)

CONFORTI, Benedetto; "Exploring the Strasboug Case-Law: Reflections of positive obligations: The Case-Law of the European Court of Human Rights" in Malgosia Fitzmaurice e Dan Sarooshi (eds.); *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Hart Publishing, 2004 (pp. 129-137)

CZEPEK, Jakub; "The development of State's positive obligations under Articles 2 and 3 of the European Convention on Human Rights" in Gaetano Dammacco, Bronislaw Sitek e Antonio Uricchio (eds.), *Integrazioni e Politiche di Vicinato. Nuovi diritti e Nuove Economie*, Universidade Taranto, Cacucci Editore, 2012 (pp. 513-526)

DEMERIEUX, Margaret; "Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 3, 2001 (pp. 521-561)

DIMITRIS, Xenos; "Asserting the Right to Life in industry"; *German Law Journal*, Vol. 8, No. 3, 2007 (pp. 231-254)

DOWNS, Jennifer A.; "Note: A Healthy and Ecologically Balanced Environment: An Argument for a Third Generation Right*", Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol 3 (pp. 351-385)

FERRARIS, Luchino; "Smaltini v. Italy: A Missed Opportunity To Sanction Ilva's Pollution within the ECHR System"; *Journal for European Environmental & Planning Law*, Vol. 13, No. 1, 2016 (pp. 82-98)

GLAZEBROOK, Susan; "Human Rights and the Environment", *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 40, 2009 (pp. 293-350)

GREKSZA, Veronika; "Questions of a Comprehensive Protections of the Right to a Healthy Environment in Strasbourg, *Pécs Journal of International and European Law*, 2015 (pp. 16-27)

HARRISON, James; BOYLE, Alan; "Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems", *Journal of International Law Dispute Settlement*, Vol. 4, No.2, 2013 (pp. 245-276)

LASSALLE, Déborah; "Mapping Human Rights obligations relating to the Enjoyment of a Sale, Clean, Healthy and Sustainable Environment"; *Individual Report on the European Convention on Human Rights and the European Union*, Report No.

14, 2013 (pp. 1-46). Disponível em: http://srenvironment.org/wp-content/uploads/2014/03/14-ECHR-EU-report-24-June-2014-final.docx

MCCAMPHILL, Louise; "The Right to Life Shall be Secured to Everyone by Law: The Extent to Which the European Court of Human Rights Has Developed the Concept of Positive Obligations in Relation to Article 2"; *King's Student Law Review*, Vol. 2, 2010 (pp. 103-116)

PEDERSEN, Ole W.; "The ties that bind: the Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law"; *European Public Law*, Vol. 16, No. 4, 2010 (571-598).

SADELEER, Nicolas de; "Enforcing EUCHRE Principles and Fundamental Rights in Environmental cases", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 81, No. 1, 2012 (pp. 39-74).

SHELTON, Dinah; *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1st Edition, 1999

SYCHENKO, Elena; "Occupational Health in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Brincat v. Malta"; *Human Rights Centre*, Sep. 8, 2014.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU DE GÊNERO? A LEI MARIA DA PENHA, O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO DE SITUAÇÕES SIMILARES

Gabriel H. A. Centenaro [1]
Weder Lacerda [2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Do marco inicial – A decisão da Corte Interamericana (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) e os tratados internacionais; 3. Da lei Maria da Penha; 4. As manifestações do Supremo Tribunal Federal – STF, acerca da lei "Maria da Penha" – ADC 19 e ADI 4424; 5. Violência doméstica em Portugal; 6. O princípio da igualdade: uma lei de violência doméstica ou de gênero?; 7. Conclusão

1. Introdução

Com anos de atraso e originada da condenação sofrida na Organização dos Estados Americanos pelo descumprimento dos tratados sobre proteção da mulher, o Brasil promulga em 2006 a Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha. Referido diploma legislativo estabelece proteção para mulheres em situações de violência doméstica. Trata-se de uma lei de violência doméstica de gênero.

Instado a analisar a Constitucionalidade da Lei, o Supremo Tribunal Federal a considera em harmonia com a Carta Constitucional brasileira, desprezando o fato de a lei tratar de situações de violência doméstica apenas quando a vítima é mulher.

Conquanto não se olvida de o Brasil ser um pais com arraigada tradição paternalista e machista, colocando a mulher sob o julgo do homem, como tampouco a violência que ainda ocorre reiterada e diariamente contra estas, surgem questões necessárias de se repensar: a Lei Maria da Penha não gera iniquidade no sistema jurídico ao passo que permite apenas a proteção de vítimas do sexo feminino? Não seria mais adequado ao ordenamento tratar de uma violência doméstica sem exclusão de gênero?

O presente trabalho pretende buscar algumas respostas a estas perguntas,

---

[1] Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – Braga, Portugal. Pós Graduado (Especialista "latu sensu") em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL) Cascavel – Paraná, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Paraná. Mail: centenarogabriel@gmail.com.

[2] Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – Braga, Portugal. Pós Graduado (Especialista *"latu sensu"*) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro, Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Rondonópolis – Mato Grosso. Inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil pela Seccional Mato Grosso. Mail: wederlacerda.adv@gmail.com

fazendo uma breve incursão pela origem da Lei Maria da Penha, as decisões do Supremo Tribunal Federal, breve observação do sistema português e uma análise do princípio da igualdade.

2. Do marco inicial – A decisão da Corte Interamericana (Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher) e os tratados internacionais.

O momento mais importante de uma revolução no mundo jurídico acontece com a "criação" de um ordenamento legal que reconhece e garante direitos a uma comunidade ou um grupo social.

No que tange ao tema do trabalho em especifico, o marco legal inicial aconteceu em 1994 na cidade de Belém – Pará, momento em que a Convenção Interamericana decidia algo que revolucionaria para sempre mais um direito as mulheres, ou pelo menos, seria o marco legal inicial para garantir direitos, que até então, não eram reconhecidos, direito essa a segurança.

Naquele ano, foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher[3].

Até aquele momento, é importante frisar, regido estava o Brasil, por um Código Penal[4] em vigência desde 1940, e um Código Civil[5] em vigência desde 1916, ambos, ordenamentos jurídicos extremamente machistas, que não resguardavam direito algum contra qualquer tipo de violências que sofriam as mulheres.

Foi através da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, que, criado foi, de forma legal o termo "violência contra a mulher[6]", e a partir de então passou a ser tratado como um problema específico dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Flávia Piovesan[7], a definição "violência contra a mulher", expressão essa dada por tal instrumento internacional, expos um preconceito e veio para "romper com

---

[3] Disponível em: < http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm> acesso em: 21 jan. 2018.

[4] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso em: 21 jan. 2018.

[5] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm> acesso em: 21 jan. 2018.

[6] A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher definiu violência contra a mulher como sendo "qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada".

[7] PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 202. a

a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado, no tocante à proteção dos direitos humanos, reconhecendo que a violação destes direitos não se reduz à esfera pública, mas também alcança o domínio privado".

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, foi editada pela Organização dos Estados Americanos – OEA em 1994 e ratificada pelo Estado brasileiro em 1995, momento em mudara para sempre o ordenamento jurídica nacional no que tange ao reconhecimento de direitos as mulheres.

A Referida convenção, foi o primeiro tratado internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres, e o primeiro a reconhecer expressamente a violência contra a mulher como um problema generalizado na sociedade.

Assim declara o Preâmbulo do instrumento legal citado:

> "A Assembleia Geral (...) AFIRMANDO que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades; Preocupada porque a violência em que vivem muitas mulheres na América, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, é uma situação generalizada; RECORDANDO a Declaração para a Erradicação da Violência contra a Mulher, aprovada na Vigésima Quinta Assembléia de Delegadas da Comissão Interamericana de Mulheres, e afirmando que a violência contra a mulher permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, nível educacional, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases; (...) Convencida da necessidade de dotar o sistema interamericano de um instrumento internacional que contribua para solucionar o problema da violência contra a mulher; (...)"

O instrumento legal reconhece que a violência contra a mulher é claramente uma grave violação aos direitos humanos e à ofensa à dignidade humana, constituindo-se em uma forma da manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, mais conhecido culturalmente como "machismo[8]".

Por fim, se percebe através do instrumento de reconhecimento internacional que, a violência contra a mulher constitui-se em um padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause, morte dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico.

Ao mesmo tempo que a decisão da Corte Interamericana veio de forma tardia, tendo em vista os casos até então já consumados, também veio para revolucionar o direito brasileiro e dar o ponta pé inicial para novas movimentações garantindo esses

[8] Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/machismo> acesso em: 24 jan. 2018.

direitos, que até então não eram reconhecidos.

3. Da lei Maria da Penha

A lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006 é promulgada no Brasil em decorrência de um, dentre centenas de milhares, episódio de violência e tentativa de assassinato levado a cabo por um esposo contra sua mulher dentro do próprio lar familiar.

Foi após um tiro, que deixou Maria da Penha Maia Fernandes paraplégica, e de uma tentativa de eletrocussão em uma banheira, que a vítima teve coragem de denunciar o agressor e leva-lo a julgamento. Todavia, diante do sistema burocrático judicial existente no Brasil, o caso arrastava-se por anos sem solução. Neste contexto, Maria da Penha formalizou, em 20 de agosto de 1998, denúncia junto à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da OEA que resultou no processo 12.051 contra a República Federativa do Brasil.

É do bojo desse processo que a Comissão, em 04 de abril de 2001, tornou público o Relatório 54/01[9] com recomendações ao Brasil, dentre as quais se destaca a de número 04:

> "4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
> a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
> b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
> c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
> d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
> e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares."

Diante da recomendação, passados mais de 05 anos, o Brasil promulgou a lei nº 11.340/2006, visando coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 1º).

[9] Disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> acesso em 24 jan. 2018.

O referido diploma legal estabelece medidas de proteção, cria um microssistema judicial, policial e assistencial próprio para atendimento das vítimas, além de tratar de condutas penais.

Nota observar que a aplicação da lei exige que a vítima seja mulher e que a violência seja praticada no (i) âmbito doméstico, (ii) âmbito familiar ou (iii) relação de afeto, independentemente de coabitação[10].

Importante parte desta lei é destinada para as medidas protetivas de urgência, que visam, justamente, proteger a mulher em situação de violência doméstica de seu agressor, podendo até mesmo ser afastado do lar conjugal[11].

A Lei Maria da Penha vem se mostrando efetiva, ao menos em termos judiciais, e a par das diversas críticas que o sistema enfrenta, o que se comprova pelos expressivos números de demandas no Poder Judiciário.

Conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2016 houve registro de 1.199.116 processos referentes à violência doméstica contra a mulher, totalizando 01 processo a cada 100 mulheres[12]. Comparativamente, no ano de 2016, a justiça Criminal do país teve um total de 3 milhões de novos casos, conforme o relatório Justiça em Números 2017[13].

Conquanto ainda pequeno, o número de Delegacias especializadas para atendimento às vítimas vem subindo, existindo uma delegacia a cada 12 cidades[14].

Por fim, cabe ressaltar que, em 2015 o Código Penal Brasileiro foi alterado para incluir o Feminicídio em seu artigo 121:

> "Art. 121. Matar alguém:
> § 2º Se o homicídio é cometido:
> (...)
> VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

---

[10] Artigo 5º da Lei nº 11.340/2006 - disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> acesso em: 21 jan. 2018.

[11] Artigos 18 a 24 da Lei 11340/2006.

[12] Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/ba9a59b474f22bbdbf7cd4f7e3829aa6.pd> p. 29 acesso em: 21 jan. 2018.

[13] Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> p. 138 acesso em: 21 jan. 2018.

[14] Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/06/05/brasil-tem-uma-delegacia-com-atendimento-a-mulher-a-cada-12-municipios.htm> acesso em: 21 jan. 2018.

> (...)
> Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
> § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
> I - violência doméstica e familiar;
> II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher."

Tal alteração se deu por iniciativa da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência Contra a Mulher no Brasil e em virtude, dentre outras, da constatação do crescimento do número de mulheres assassinadas no país em razão de seu sexo, passando de 2,3 assassinatos por cada 100 mil mulheres em 1980 para 4,6 assassinatos em 100 mil em 2010[15].

4. As manifestações do Supremo Tribunal Federal – STF, acerca da lei "Maria da Penha" – ADC 19 e ADI 4424.

A muito se percebia diante dos tribunais brasileiros uma figura machista e muito conservadora, ou até mesmo omissa no que diz respeito a violência doméstica. O reconhecimento de direitos, penalmente falando, ligado as mulheres, bem como tipificando eles como crimes, e nomeando-o como "Violência Doméstica", mudou a forma com o judiciário tratava de direitos que a muito já são reconhecidos internacionalmente.

Por algum tempo existiu um limbo entre a "convenção de Belém do Pará" e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha, ante a forma com que era tratado o texto legal e a representação da ofendida pelo agressor, pois, não havia uma lei, mas não uma eficácia jurídica. Para Janaína Paschoal[16], "Saímos da ditadura do masculino para a ditadura de um feminino estereotipado. Um feminino que nega tudo o que é feminino."

A Lei em comento, chegou a ser questionada junto ao Supremo Tribunal Federal respeito da constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, constitucionalidade essa que, foi reafirmada através da ADC nº 19[17]. Vejamos o acordão:

---

[15] Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&disposition=inline > acesso em: 21 jan. 2018.

[16] Janaína Paschoal, 'Mulher e Direito Penal', Coordenadores: Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

[17] Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/AGUnov2007_ADC19_constitucionalidadelmp.pdf> acesso em: 21 jan. 2018.

> "VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares."

Porém, mesmo ante a existência de uma Lei, como a Lei Maria da Penha, já reafirmada como constitucional pela ADC nº 19, havia ainda uma instabilidade jurídica que atentava ao direito de proteção a mulher no âmbito violência familiar, fato esse que somente mudou com a ADI 4424[18], julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

> "AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações."

Ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, a ADI 4424, questionada a inconstitucionalidade aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha.

Devemos frisar que a lei em comento não continha nenhum novo tipo penal, apenas oferecia um tratamento penal e processual diferenciado para as infrações penais já elencadas na (exagerada) legislação brasileira.

Através da ADI 4424, pacificou nos tribunais o entendimento de que as queixas de violência contra a mulher seria pública e incondicionada.

De toda sorte, nada mais justo do que uma tutela penal diferenciada para hipossuficientes (vitimas), mas sem ferir a Constituição Federal e aos princípios dela decorrentes e inafastáveis.

---

[18] Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_4424_DF_1419613664412.pdf?Signature=HH%2FU5M4y6fSMeVIw6O3ae8MLIxI%3D&Expires=1516561344&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=cdd3605044a9dcedfb3a898e0e603ccf> acesso em: 21 jan. 2018

5. Violência doméstica em Portugal.

A violência doméstica retratada no cotidiano brasileiro e mundial, atualmente deixa de ser algo ligado ao ambiente físico (casa) e como figura principal ligado somente a mulher e passa a se estender além do ambiente familiar e alcançando relações como por exemplo casais homossexuais, pais e filhos, filhos e avós, namorados e até mesmo a figura dos "ficantes[19]".

Diferentemente de como é tratada no Brasil, onde a violência doméstica na verdade é uma violência e gênero, em Portugal, a Violência doméstica, é segundo autoridades portuguesas, todas as situações de conduta ou omissão que infrinjam sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou econômica de forma direta ou indireta a pessoas que coabitem o mesmo agregado doméstico, ou não coabitando, que sejam parceiros íntimos ou ex parceiros ou que possuam parentesco civil (como casamento e adoção) ou natural (como filhos, netos e avós biológicos).

Para o Código Penal[20] Português, a violência doméstica é considerado crime, e esta disciplinado no artigo 152º. Vejamos:

> "VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
> 1 – Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:
> a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
> b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
> c) O progenitor de descendente comum em 1º grau; ou
> d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;
> - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.
> 3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:
> a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
> b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.
> 4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.
> 5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

[19] Disponível em <http://www.dicionarioinformal.com.br/ficante/> acesso em: 21 jan. 2018.

[20] Disponível em <http://www.codigopenal.pt/> acesso em: 21 jan. 2018.

> 6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos."

Nesse sentido percebe-se um avanço se comparado ao Brasil com a Lei Maria da Penha, uma que, do outro lado do Atlântico a lei citada, na verdade é uma lei que resguarda uma violência de gênero, enquanto em Portugal, a lei abarca outras pessoas, muito embora, nem sempre tenha sido dessa forma.

Atualmente, em Portugal, a violência doméstica pode acontecer entre parceiros íntimos (VPI), sendo aquela que acomete homens e mulheres em relações heterossexuais ou homossexuais de intimidade, também pode ocorrer contra idosos em âmbito familiar, quando praticada por membros da família e por fim, compreendendo ainda crianças e adolescentes, como vítimas indiretas de violência doméstica (como ao testemunhar episódios de violência entre membros da família ou residência) ou direta (sendo eles próprios vítimas de agressões perpetrada por familiares ou demais membros da residência).

Ainda existem outros avanços no diploma português que valem a pena serem citados. Por meio da Lei nº 59/2007, fora ainda incluído, através do artigo 152º-A, como violência doméstica os maus tratos entre pessoas que tenham algum tipo de vínculo. Vejamos:

> "Maus tratos
>
> 1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação ou a trabalhar ao seu serviço, pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez, e:
> a) Lhe infligir, de modo reiterado ou não, maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais, ou a tratar cruelmente;
> b) A empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou
> c) A sobrecarregar com trabalhos excessivos;
> é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.
> 2 - Se dos factos previstos no número anterior resultar:
> a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
> b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos."

Desse modo, verifica-se que as leis portuguesas tratam sobre o tema violência doméstica como uma questão de resguardar direitos, bem como punir a vítima, independente de gênero, fato esse que o diploma legal brasileiro ainda não compreende.

Imperioso é ressaltar que foi um grande avanço para a legislação brasileira reconhecer a fragilidade da mulher em comparação ao homem, e através de leis, como por exemplo a Lei Maria da Penha pode-se "evitar" ou pelo menos aplicar algum tipo de pena mais "Justa" a figura do agressor.

Porém, diante da figura atual das agressões em ambiente doméstico, percebe-se que a lei, a fim de resguardar direitos a todos, principalmente pelo princípio da igualdade, assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deveria deixar de ser uma questão de gênero e passar a realmente ser caracterizada como violência de em âmbito doméstico, englobando (assegurando) assim, direitos a outros tipos de vítimas.

6. O princípio da igualdade: uma lei de violência doméstica ou de gênero?

A Constituição da República Federativa do Brasil[21] estabelece em seu artigo 5º *caput* e inciso I) que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim como que homens e mulheres possuem os mesmos direitos e deveres.

Referido artigo é a garantia do princípio da igualdade que nas palavras de Rui Barbosa: "Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real[22]".

Conquanto não se desconheça a cultura enraizadamente patriarcal, machista e opressora existente no Brasil há séculos, colocando a mulher em papel de dominada e o homem como ser superior[23]; assim como também não se descuida a origem da lei Maria da Penha e os tratados para erradicação da violência contra a Mulher; ou ainda aquelas posições que entendem pela constitucionalidade de uma lei de violência doméstica baseada em gênero; não nos parece a solução mais acertada.

Dentre os que defendem a concepção de uma lei de gênero[24], há entendimentos de que o ordenamento jurídico já possui outras formas de proteções de maneira geral,

---

[21] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em: 21 jan. 2018

[22] Barbosa, Rui. *Oração aos moços* / Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. P.26 <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf acesso> acesso em: 21 jan. 2018

[23] Leonardo, Francisco Antonio Morilhe. *The Effectiveness of the Maria da Penha Law on Sexual Orientation*, in Brazilian Journal of Public Policy vol. 6, no. 3 (December 2016): p. 201-213. P. 203. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/PL?key=AMCIw> acesso em: 21 jan. 2018

[24] Inclusive o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 19, de forma unânime.

como as previsões de medidas cautelares do Código de Processo Penal, ou então as do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esquecem-se, todavia, que o mecanismo criado pela Lei Maria da Penha é o que se revela mais ágil e justamente por utilizar-se de um elemento fundamental: a presunção de veracidade das alegações da vítima, as quais se dão em contexto doméstico e, geralmente, sem testemunhas.

Há, entre a doutrina, quem inclusive advogue[25] pela aplicação das medidas protetivas aos homens, utilizando-se de analogia *"in bonan partem"*, ainda que os Tribunais já tenham pacificado a questão de forma contrária.

Este último raciocínio colabora com o entendimento de que a lei deve ser de caráter doméstico, não de gênero, e por um simples motivo: se há necessidade de aplicação de lei analógica é porque o sistema destinado a proteção das demais situações domésticas é falho e incompetente em seu mister.

É ainda nos casos práticos que se encontra a necessidade de uma lei de violência doméstica sem classificação por gênero, inclusive como corolário da igualdade antes mencionadas.

O exemplo mais utilizado é o de casais homossexuais. Pela legislação atual, uma companheira[26] que agrida a outra estará sujeita à Lei Maria da Penha, todavia o mesmo não acontecerá com um *companheiro* que da mesma forma aja sendo que aqui a questão cultural ou de força, teoricamente, não possui relevância.

Para além da referida situação, pode-se invocar também o caso de um filho maior de idade, mas economicamente dependente, que sofra agressão, física, moral ou psicológica e que não desfrutará do mesmo tratamento que sua irmã em igual situação[27]. Ainda, um pai dependente de seu filho(a) e não abrangido pelo estatuto do idoso que seja alvo constante de agressões.

Ou, por fim, uma situação que cada dia mais se torna comum: os transexuais. A

---

[25] Gomes, Luiz Flávio. *Lei Maria da Penha: aplicação para situações análogas*. 26 junho. 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1460220/lei-maria-da-penha-aplicacao-para-situacoes-analogas> acesso em: 21 jan. 2018

[26] Leonardo, Francisco Antonio Morilhe. *The Effectiveness of the Maria da Penha Law on Sexual Orientation*, in Brazilian Journal of Public Policy vol. 6, no. 3 (December 2016): p. 201-213. P. 203. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/PL?key=AMCIw> p. 208/209, acesso em: 21 jan. 2018

[27] Referida situação não só é possível como foi notícia recente nos Estados Unidos da América, na qual um casal foi preso por manter seus 13 filhos, com idades entre 02 e *29 anos*, em cárcere privado, tortura e maus tratos. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/policia-encontra-12-irmaos-acorrentados-em-casa-na-california.ghtml> Acesso em: 21 jan. 2018.

mulher *trans*, originariamente nascida homem, passará a gozar da proteção da lei, enquanto o homem *trans*, originariamente nascido mulher, perderá tal proteção. Isto tudo a par das diferenças físicas que levam muito tempo para ser desfeitas/construídas no processo de mudança de sexo[28].

As situações anteriormente expostas são decorrentes de uma coabitação ou no seio familiar, todavia a Lei Maria da Penha trata como relação doméstica, e de forma acertada, aquela de afeto e sem morada conjunta, como o caso de namorados. Justamente nesse contexto vem se mostrando cada dia mais frequente uma nova forma de violência surgida do avanço da tecnologia, os chamados *porn revenge*, ou a distribuição de material pornográfico como vingança por término de relações ou mesmo simples brigas.

Conquanto exista legislação específica sobre o tema, a Lei Maria da Penha poderia ser invocada caso a vítima fosse mulher, mas não homem. Aqui reside um ponto fulcral que demonstra a iniquidade do modelo atual: na internet não há diferença entre um agente homem ou mulher; não há relação de força física, de patriarcado ou dominação. Qualquer um que possua acesso a um simples smartphone conseguiria agir.

Conforme preleciona Alexandre de Moraes *[a] desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas*[29].

Como se pode notar dos exemplos anteriores, há tratamentos desiguais dados a pessoas que estão em um mesmo nível de igualdade, ocorrendo um caso de iniquidade. Com as vênias às opiniões diversas, entendemos que uma lei de violência doméstica ao invés de violência de gênero se mostra muito mais justa.

Um porém faz-se necessário. Somos cientes da origem e motivos do surgimento da lei Maria da Penha. Temos plena convicção de que a mulher merece sim, não só uma proteção legal ampla, mas políticas efetivas de supressão da cultura machista que se mostra em tantos outros ângulos:

i) Discriminação nas relações de trabalho,
ii) Entendimento de que homem não deve fazer trabalhos domésticos,

[28] Recente polêmica surgiu neste contexto com a permissão de uma mulher trans atuar na Super Liga de vôlei feminino no Brasil. A dúvida é justamente quanto tempo a jogadora levaria para perder seus atributos físicos masculinos e ficasse igualada às mulheres biologicamente nascidas neste sexo. Disponível em: <https://esporte.uol.com.br/volei/ultimas-noticias/2018/01/16/jogadoras-se-incomodam-com-tifanny-e-querem-regras-mais-rigidas-para-trans.htm> Acesso em: 21 jan. 2018.

[29] Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional* / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 48

iii) A criação dos filhos é dever da mulher[30],
iv) Mulher é objeto sexual e o homem pode usar a força[31], dentre outras tantas.

Talvez só quando atinjamos o efetivo equilíbrio entre os sexos é que se poderá falar em uma equidade material[32].

Assim, embora a lei de violência doméstica se afigure mais equânime, nada impediria – e deveria mesmo existir – que, em se tratando de vítimas do sexo feminino, houvesse, por exemplo, agravantes penais específicas. Ou que os programas de assistência tivessem maior foco no público feminino, infelizmente o maior na qualidade de vítima. Desse modo, proteger-se-ia a mulher, sem, entretanto, deixar lacuna para outros tipos de violência doméstica que igualmente merecem atenção.

7. Conclusão.

É incontestável que a Lei Maria da Penha trata-se de uma conquista de elevada importância para os movimentos feminista e de mulheres no Brasil, já que veio combater uma prática arraigada de violência contra a mulher. A Lei Maria da Penha, desde a sua criação é uma ação afirmativa ou discriminação positiva, que tem por finalidade promover um equilíbrio das relações desiguais existentes entre homens e mulheres.

Contudo, existe uma lacuna entre a igualdade *de jure* e *de facto,* que precisa ser revista e que ao nosso ver, deveria, a legislação brasileira, ter como modelo a opção legislativa portuguesa de disciplinar o assunto como "Violência Doméstica" e não de gênero. Referido modelo se apresenta mais próximo dos conceitos de legalidade, igualdade e justiça, visto que coloca todos os sujeitos de uma relação doméstica sobre o manto protetivo da lei.

Não se nega a importância de proteção especial à mulher, o que inclusive se entende ser necessário, mesmo numa lei de violência doméstica. Porém, para dar efetividade ao ideal contido na Lei Maria da Penha, se faz necessário uma continuidade da luta pela igualdade entre homens e mulheres, respeito e consenso. Isso é transformar a sociedade num aspecto de grande relevância, pensar adiante e mudar, para melhor, a fim de que a figura de uma cultura machista perca sua força e que prevaleça acima de

---

[30] Hernandez, Patricia M. *The Myth of Machismo: An Everyday Reality for Latin American Women*," in St. Thomas Law Review vol. 15, no. 4 (Summer 2003): p. 859-882. P. 861 Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/PL?key=CMTQw> Acesso em: 21 jan. 2018.

[31] Op. Cit.

[32] Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.580

tudo, respeito entre os indivíduos.

Referências

BARBOSA, Rui. Oração aos moços / Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. P.26

LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. The Effectiveness of the Maria da Penha Law on Sexual Orientation, in Brazilian Journal of Public Policy vol. 6, no. 3 (December 2016): p. 201-213. P. 203.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.580

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 48

PASCHOAL, Janaína. 'Mulher e Direito Penal', Coordenadores: Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 202.

FENÓMENO FINTECH. EJEMPLO DE ALIANZA IBEROAMERICANA PARA LA COOPERACIÓN

María Jesús Blanco Sánchez[1]

Sumario: 1. Cambio de paradigma: sector financiero y tecnología; 2. Aproximación al concepto, características y determinación subjetiva; 3. Actual regulación de FinTech y tendencias futuras; 4. Retos

1. Cambio de paradigma: sector financiero y tecnología

Sirvan las primeras líneas de este trabajo como homenaje al profesor Olivencia Ruiz, para lo cual referimos brevemente sus palabras en lo atinente a la evolución conjunta del sector financiero y la tecnología. Hay que reconocer que constituye un hecho incuestionable la poderosa irrupción de la tecnología en el funcionamiento de los servicios financieros. Estas electronificaciones que, se iniciaron de forma silenciosa y tácita, han obligado a considerar aspectos nuevos o renovados del sistema financiero, e incluso revisar su régimen jurídico[2].

El empleo de medios electrónicos ha sido un factor determinante en la competitividad dentro del sector financiero. Ha propiciado eficiencia y competencia. Una vez que los operadores del tráfico asumen la utilidad de este tipo de medios, nace la demanda de seguridad jurídica. Los legisladores, nacionales e internacionales, difícilmente pueden pronunciarse en contra de la realidad[3].

La evolución que del uso de la tecnología ha hecho el sector financiero ha sido incesante. Fruto de ello continúan naciendo y desarrollándose compañías de base tecnológica que desarrollan su actividad en el mercado.

Las ventajas que la digitalización ha aportado al sector financiero han constituido esta tendencia como fenómeno imparable, inundando los tres sectores que lo componen.

Con carácter introductorio podrían señalarse unos simples ejemplos del cambio de paradigma al que se asiste en cada uno de los tres sectores que componen el sistema financiero.

En el ámbito bancario nos encontramos ante un indudable cambio de modelo de

---

[1] Doctoranda FPU 15/02477, Área de Derecho Mercantil, Universidad Pablo de Olavide

[2] OLIVENCIA RUIZ, M., "Prólogo", *Derecho Patrimonial y Tecnología,* Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 13.

[3] MADRID PARRA, A., "Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica", *Derecho del Sistema Financiero y Tecnología,* Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 17-18.a

negocio. Se cuestiona la sostenibilidad del modelo tradicional. El desarrollo de la denominada "banca móvil", uso de monedas alternativas y criptomonedas o los pagos y transferencias digitales constituyen cambios estructurales sobre el tradicional modelo de negocio bancario. Encontramos autores que entienden que lo más probable a medio plazo es que tanto los sujetos tradicionales (bancos y sistemas internacionales de pago con tarjeta) como las FinTech colaborarán de forma conjunta en el desarrollo de esta revolución tecnológica, aunque sea como "ene-amigos" (o "*frenemies*" en su acepción coloquial original en inglés)[4].

En el sector correspondiente a mercados de valores, siguiendo la estructura del documento intitulado "Research Report on Financial Technologies", elaborado por la Organización Mundial de las Comisiones De Valores (en adelante IOSCO), pueden destacarse como grandes ejemplos de cambio: las plataformas de financiación alternativa, las plataformas de inversión y negociación minorista, las plataformas de negociación de inversores institucionales y la tecnología de registro contable distribuida (DLT, Distributed Ledger Technology), así como los desarrollos de la digitalización financiera en mercados emergentes[5].

El sector seguros ha visto la fase precontractual completamente modificada como consecuencia de la expansión de los comparadores de precios de seguros en internet, que ha conllevado efectos jurídicos como el replanteamiento de los deberes de información a los tomadores de seguros y asegurados por parte de las aseguradoras y los mediadores.

Recientes publicaciones doctrinales procedentes de prácticos de la economía señalan que prácticamente superada la crisis económica que ha dado lugar a reestructuraciones y saneamiento del mercado financiero, nos encontramos con dos frentes abiertos: la mejora de la solvencia y el desarrollo de la rentabilidad de modelos de negocio del sector tomando como base la irrupción de la tecnología[6].

Una visión con perspectiva actual, enfocada al reto y al cambio viene dada en el estudio publicado por FUNCAS y la consultora KPMG "El nivel de madurez digital del sistema financiero en España" identificando el futuro como un reto de resistencia y adaptación, basado en el trabajo llevado a cabo desde las distintas entidades que conforman el sistema financiero para adaptar sus modelos de negocio sin perder de vista

[4] GUIBERT ECHENIQUE, S., "La revolución FinTech, pagos móviles y desafíos para la banca", *Diario La Ley,* 2016, núm. 8825, p. 5.

[5] Informe disponible: https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf*. Fecha última consulta: 4 de diciembre de 2017.

[6] BERNAL ALONSO, M.A. y SANTACRUZ CANO, J., "Nuevo marco regulatorio y competencia: Retos del sistema crediticio europeo en la era FinTech." *Cuadernos económicos de ICE,* 2016, núm. 91, p. 117.

la rentabilidad de sus cuentas de resultados[7].

En nuestra opinión, la fase actual de la digitalización sobre los mercados financieros encuentra tres formas principales de materialización:

-Mayor desistermediación al permitir al cliente el acceso directo al producto o servicio financiero;

-Mayor competencia entre entidades;

-Deslocalización geográfica al ser operativa la prestación de servicios sin necesidad de presencia física de las partes.

2. Aproximación al concepto, características y determinación subjetiva

Referíamos en el epígrafe anterior que la evolución de la digitalización del sistema financiero vigente es incesante, y fruto de ello surgen y se desarrollan compañías de base tecnológica. La máxima expresión actual de esta forma de organización son las denominadas FinTech.

Comencemos tratando de aclarar, con base en diversas y autorizadas fuentes internacionales por la dimensión que se le pretende dar a este trabajo, todo lo que engloba este concepto.

Según IOSCO, el término FinTech da cobijo a una variedad de modelos de negocio innovadores y tecnologías que tienen el potencial de transformar la industria de los servicios financieros.

Sobre la base de la definición genérica proporcionada por el Consejo de Estabilidad Financiera pueden entenderse como una "innovación financiera tecnológicamente habilitada que podría dar lugar a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos con un efecto material asociado en los mercados y las instituciones financieras y la prestación de servicios financieros"[8].

Vistas las definiciones que aportan autorizados organismos de carácter internacional, tratemos de definirlas de la forma más intuitiva posible, tomando como

---

[7] Informe disponible en: https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/04/nivel-madurez-digital-sector-financiero-espana-kpmg-funcas.pdf*. Fecha última consulta: 4 de diciembre de 2017.

[8] El Consejo de Estabilidad Financiera (FSB, por sus siglas en inglés) es un organismo encargado de coordinar en el ámbito internacional el trabajo de las autoridades financieras nacionales y el de los organismos internacionales de emisión de estándares de la actividad financiera. El Consejo desarrolla y promueve la implementación de políticas efectivas en la supervisión y regulación del sector financiero.

base su léxico. Se entiende que concepto de FinTech, trae causa de la contracción de las palabras anglosajonas "Financial Technology". Puede observarse que en la actualidad no existe definición comúnmente aceptada para el término, pero la práctica permite anticipar que bajo este concepto se engloban aquellas actividades que implican desarrollo tecnológico sobre el sector financiero, aportando un valor que los distingue de la forma de actuar de los tradicionales modelos de negocio.

Desde un punto de vista subjetivo, siguiendo la perspectiva adoptada en el Libro Blanco de la Regulación FinTech en España pueden identificarse tres tipos de actores que interactúan bajo el concepto[9]:

i. Nuevos operadores que desean prestar servicios regulados sujetos a la obtención de autorización previa y de ámbito limitado en cuanto a la actividad a desarrollar en el Sector Financiero;
ii. Operadores ya autorizados que desarrollan actividades más amplias en el ámbito financiero, y que desean aplicar el uso de nuevas tecnologías que faciliten determinados procesos en la prestación de sus productos y servicios;
iii. Empresas tecnológicas o "tecnólogos", que se conciben como entidades que prestan servicios no sujetos a autorización y cuya actividad está basada exclusivamente dotar de soporte tecnológico a los actores regulados previamente identificados.

3. Actual regulación de FinTech y tendencias futuras. Iberoamérica y España: una alianza ejemplo de cooperación ante un fenómeno global

Centrándonos en la vertiente jurídica del tema que nos ocupa comencemos planteando uno de los aspectos más controvertidos: la regulación de las entidades FinTech.

La trataremos desde dos posiciones principales. De un lado se expondrá la relación de normativa sustantiva y material a la que actualmente se encuentran sujetas y se analizará la dirección que está tomando el incipiente proceso regulatorio que viene de las autoridades competentes. Junto con esta perspectiva, atenderemos al papel que ha asumido la iniciativa privada en la regulación de este fenómeno, en cuyo seno ha nacido la alianza FinTech IberoAmérica.

La entrada en vigor del panorama legislativo que rige hoy día en España fue,

[9] Trabajo publicado por la Asociación Española de FinTech e InsurTech (AEFI). Busca impulsar un marco de ideas y propuestas de cambios normativos que favorezcan la actividad empresarial de operadores FinTech en el Sector Financiero en nuestro país. Libro disponible para descarga gratuita: https://asociacionFinTech.es/libro-blanco-FinTech-e-insurtech/*. Fecha última consulta: 4 de diciembre de 2017.

mayoritariamente, anterior a la disrupción de la casi completa digitalización del sector financiero. En proporción, es escaso el número de normas creadas recientemente para regular la actividad de las FinTech[10], u otras que, sin contener disposiciones concretamente encaminadas a la regulación de las FinTech, por la consideración que hacen de las nuevas tecnologías serían aplicables[11].

Dada la escasa regulación que con carácter específico aplica sobre FinTech ha llegado a afirmarse que mientras que las instituciones tradicionales han de cumplir con un sinnúmero de regulaciones para poder operar, estas nuevas compañías no se encuentran reguladas.

Cuentan con la vertiente positiva de suponer innovación en el sistema, pero no deben ponerlo en riesgo. Se ha llegado a considerar que estarían suponiendo un obstáculo para la banca tradicional ya que en el ecosistema FinTech no existe la excesiva y estricta regulación que aplica al mercado financiero. La ventaja principal no consistiría en el no cumplimiento de la regulación, sino que realmente, la no sujeción a la misma les permite tener procesos más simples, digitales y económicos, lo que redunda en precios más competitivos[12].

Se ha señalado la importancia que en las necesidades de regulación del sector financiero para responder a las nuevas exigencias juega la introducción de la actitud de "regulación prudencial". Se plantea la siguiente disyuntiva: ¿deben aplicarse a estas entidades las tradicionales reglas que son de aplicación a las financieras o deben someterse a disposiciones normativas de carácter más laxo en aplicación del principio de proporcionalidad?

Antes de proporcionar una respuesta, aún intuitiva, a la cuestión sería interesante contextualizar un poco más.

Además de las características que se han señalado con carácter común para las FinTech, podríamos, no de forma taxativa, añadir una más. Suele tratarse de compañías

---

[10] Aunque pueden señalarse algunas como la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (LCEur 2015\2231).

[11] Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCEur 2002\2613) y su trasposición en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (RCL 2007\1356).

[12] RASCÓN CASTILLO, R., CAMACHO CASTILLO, M.A., "Startups de FinTech vs bancos: competencia desleal o área de oportunidad. Un enfoque jurídico", *Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Vol. 2,* (Coord. por Erika Yamel Munive Cortés, Irene González Pulido, Lorena Muñoz Sánchez; Federico Bueno de Mata (dir.), Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 403-416.

de pequeña dimensión, generalmente en la fase inicial de su crecimiento.

De esta apreciación podríamos concluir que la respuesta a la disyuntiva planteada puede encontrarse en la aplicación del principio de proporcionalidad. De modo que se atienda a la búsqueda de un equilibrio entre el esquema normativo que se les imponga y las diferencias efectivas que tengan con las entidades tradicionales que actúan en el sistema financiero, cuyo sistema normativo ya se encuentra vigente. No debe olvidarse que en ocasiones llegan a prestar los mismos servicios.

Los rasgos característicos que han sido expuestos han favorecido que la iniciativa privada asuma un importante papel para impulsar un marco de ideas y propuestas de cambios normativos relativos a la actividad empresarial de operadores FinTech.

En España, en el ámbito de la iniciativa privada se ha creado la Asociación Española FinTech e Insurtech. Como fue apuntado al inicio de este trabajo, tiene por objetivo principal crear un entorno favorable para el desarrollo de empresas FinTech e Insurtech en España, realizando labores de interlocución, comunicación y colaboración con los organismos y agentes relevantes del sistema para fortalecer su crecimiento y su ecosistema. Entre sus actuaciones más destacables se encuentra la publicación del ya mencionado Libro Blanco. Pretenden que su contenido conforme un marco de ideas y propuestas de cambios normativos que favorezcan la actividad empresarial de los operadores FinTech en el sector financiero en nuestro país.

En el seno de este Congreso no pueden obviarse los últimos avances que en un contexto global y promovidos por la iniciativa privada han tenido lugar. Razones de unión cultural y lingüística han hecho que la unión Iberoamericana sea indudable a lo largo de la historia. Esta tradición ha sido aprovechada en el marco de iniciativa privada de regulación Fintech. Así, España propuso a las asociaciones de México, Colombia y Centro América y Caribe la creación de una Alianza Fintech IberoAmérica.

Este proceso alcanzó buen fin y la Alianza Fintech Iberoamérica fue presentada de forma oficial el 6 de junio de 2017 en el Foro FinTech de Montevideo.

La Alianza está integrada por las asociaciones de FinTech Centro América y Caribe, Colombia FinTech, Asociación Española de FinTech e InsurTech (AEFI), FinTech México, FinTech Panamá, la Asociación FinTech e InsurTech de Portugal (AFIP), FinTech Perú y la Cámara Uruguaya de FinTech. Están además en proceso de incorporación, las asociaciones FinTech de otros países como Argentina, Brasil y Chile.

Los estatutos de la Alianza recogen sus principales objetivos, entre los cuales, se señala como prioritario promover un marco regulatorio adaptado al sector, con especial foco en la seguridad de los clientes finales o la creación de un Código de Buen Gobierno y Código ético, entre otros muchos.

Siendo conscientes de los efectos favorables que sobre el tráfico tiene la iniciativa privada al aportar soluciones regulatorias y las sinergias que de alianzas como la expuesta nacen indudablemente, no podemos soslayar que la regulación por parte de las

autoridades competentes constituye una necesidad y un legítimo cumplimiento de su obligación de legislar.

Se plantea una importante disyuntiva a la hora de decidir la forma de regular el fenómeno FinTech. Vista la situación en que se encuentra actualmente nos encontramos en un buen momento para tratar de esbozar los cambios que en sentido regulatorio se prevé que puedan acontecer.

Sigamos al profesor TAPIA HERMIDA y la estructura empleada en su ponencia en el mencionado Congreso Internacional de Derecho Bancario[13]. Partamos de la distinción entre efectos macroregulatorios y microregulatorios.

Atendamos a lo expuesto en el documento de consulta de la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE/EBA) de 4 de agosto de 2017[14]. Aun haciendo el matiz de que nos encontramos en un momento temprano para hacer evaluaciones, el efecto disruptivo ha supuesto la desestructuración de un mercado tradicionalmente homogéneo tanto en sentido subjetivo (entidades que en él intervienen) como objetivo (productos y servicios que en el sector financiero se contratan). A nivel macroregulatorio, el impacto es inevitable y será necesario impulsar nuevas formas regulatorias.

Siguiendo con el análisis del documento tomado como base, expongamos los efectos que el profesor TAPIA HERMIDA viene a denominar microregulatorios.

Se hará una exposición sistemática conforme al sujeto al que se refieren:

-Consumidores: son destacables como ventajas principales la mejora de la calidad de los productos, la adaptación del producto al cliente, el valor que añade la experiencia de usuario mejorada, el más fácil y económico acceso a los productos y servicios. Pero este mismo documento no deja atrás los riesgos asociados al cambio, entre los que señala serias carencias en la protección de los consumidores, tales como la falta de claridad en los derechos del consumidor por la ausencia de un estado regulatorio claro, especialmente en caso de la prestación transfronteriza de servicios financieros, procedimientos de gestión de reclamaciones inadecuados o inexistentes, información insuficiente o inexistente para los consumidores en un entorno digital, bajos niveles de alfabetización financiera, etc.

-En cuanto a las propias FinTech, que, en ejercicio de distintas actividades, podrán ser calificadas como proveedores de servicios financieros o como intermediarios

[13] TAPIA HERMIDA, A.J., (26 de octubre 2017), "Shadow banking y FinTech", Congreso Internacional de Derecho Bancario, Bolsa de Valencia.

[14] Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech). Disponible en: https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1919160/EBA+Discussion+Paper+on+FinTech+%28EBA-DP-2017-02%29.pdf*. Fecha de última consulta: 4 de diciembre de 2017.

puede señalarse la obtención de importantes ventajas. Se benefician de una importante reducción de costes, ahorro de tiempo en la prestación de servicios y un incremento del número potencial de clientes gracias a las facilidades de acceso a los servicios financieros. Hasta el momento presente se benefician también de un acceso más fácil a la prestación de los servicios financieros y del no sometimiento a una estricta regulación como ocurre con los intermediarios tradicionales. Destacamos aquí el dato que aporta el documento de consulta sobre el que trabajamos y que tras el estudio del mercado europeo concluye que: 31% no están sujetos a régimen regulatorio en comunitario o nacional, tan sólo el 9% están sujetos a un régimen de registro nacional y el 5% están sujetos a un régimen de autorización nacional.

-Por último, como breve referencia al tradicional proveedor o intermediario financiero nos encontramos con una tendencia hacia la desventaja competitiva frente a estas nuevas figuras.

A mayor abundamiento en la materia, referimos el contenido del informe Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (en adelante, BCBS) publicado el pasado 31 de agosto, sobre las consecuencias de FinTech para el sector financiero y los organismos supervisores a medio plazo[15].

El informe parte del análisis conceptual del fenómeno, establece cinco posibles escenarios para el futuro del sector financiero, enumera una relación de riesgos generados por las FinTech, y en la medida que a nuestro estudio interesa refiere las implicaciones que el fenómeno FinTech conlleva para los supervisores bancarios y los marcos regulatorios. En este sentido, el Comité identifica una necesidad mayor de cooperación entre supervisores, una necesaria revisión de la organización interna de los organismos y sus políticas de recursos humanos en relación con las competencias de sus empleados, o la gestión del riesgo ante posibles desajustes regulatorios involuntarios.

4. Retos

Resultará extraña al lector la falta de un epígrafe final de trabajo dedicado a la exposición de conclusiones. El análisis de la evolución del fenómeno de digitalización del sistema financiero a través de las FinTech, el estudio del estado de la regulación actual y el examen de los documentos de trabajo publicados por reconocidas autoridades jurídico-financieras internacionales permiten calificar como disruptivo el cambio que se está produciendo.

Esta situación nos hace entender más adecuado el planteamiento de los retos que está generando el fenómeno analizado, dejando el estudio abierto para continuación, que

[15] Informe disponible: http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/09/bis-FinTech.pdf*. Fecha última consulta: 5 de diciembre de 2017.

el cierre a través de unas tempranas, y posiblemente aventuradas, conclusiones.

Nos encontramos ante un fenómeno global, por lo que uno de los retos fundamentales en el futuro de la regulación del sector financiero será la colaboración y coordinación.

Los operadores que participan del fenómeno Fintech, y que han asumido "competencias regulatorias" a título de iniciativa privada, han demostrado ser conscientes del carácter global del fenómeno. Un claro ejemplo de ello es el nacimiento de la Alianza Iberoamérica expuesto.

Actuaciones de este tipo añaden valor, reducen barreras de entrada y facilitan la inclusión financiera, lo cual probablemente, redunde en el impulso de una mayor competitividad y mejora del servicio.

Ya se ha señalado que la iniciativa privada no exime a las autoridades competentes del ejercicio de sus funciones de regulación de este fenómeno. Ahora bien, y volviendo a traer a colación las palabras del profesor MADRID PARRA que referíamos al inicio del trabajo, no puede el legislador pronunciarse en contra de la realidad.

De ahí que toda actuación encaminada a la regulación del nuevo paradigma que rige en el sector financiero debe estar inspirada en el principio de "actuación prudencial" al que nos hemos referido anteriormente. Para una correcta aplicación de dicho principio deberá estarse al caso concreto, atendiendo especialmente, a la actividad desarrollada por la entidad.

Se trataría de encontrar el equilibrio para crear un régimen normativo acorde con la innovación y el nacimiento de nuevos sujetos al mercado pero que satisfagan las exigencias de seguridad necesarias.

Bibliografía

BERNAL ALONSO, M.A. y SANTACRUZ CANO, J., "Nuevo marco regulatorio y competencia: Retos del sistema crediticio europeo en la era FinTech", *Cuadernos económicos de ICE,* 2016, núm. 91.

GUIBERT ECHENIQUE, S., "La revolución FinTech, pagos móviles y desafíos para la banca", *Diario La Ley,* 2016, núm. 8825.

MADRID PARRA, A., "Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica", *Derecho del Sistema Financiero y Tecnología,* Marcial Pons, Madrid, 2010.

OLIVENCIA RUIZ, M., "Prólogo", *Derecho Patrimonial y Tecnología,* Marcial Pons, Madrid, 2007.

RASCÓN CASTILLO, R., CAMACHO CASTILLO, M.A., "Startups de FinTech vs bancos: competencia desleal o área de oportunidad. Un enfoque jurídico", *Actas del XX*

Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Vol. 2, (Coord. por Erika Yamel Munive Cortés, Irene González Pulido, Lorena Muñoz Sánchez; Federico Bueno de Mata (dir.)) Ratio Legis, Salamanca, 2016.

TAPIA HERMIDA, A.J., (26 de octubre 2017), "Shadow banking y FinTech", *Congreso Internacional de Derecho Bancario,* Bolsa de Valencia.

INFORMES CONSULTADOS (relación conforme a orden de aparición en el trabajo):

- "Research Report on Financial Technologies" (IOSCO) https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD554.pdf.
- "El nivel de madurez digital del sistema financiero en España" (FUNCAS y KPMG) (https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/04/nivel-madurez-digital-sector-financiero-espana-kpmg-funcas.pdf)
- "Libro Blanco de la Regulación FinTech en España" (Asociación Española de FinTech e InsurTech (AEFI)) https://asociacionFinTech.es/libro-blanco-FinTech-e-insurtech/
- "Nota de Estabilidad Financiera núm. 4, de octubre de 2017" (CNMV) https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/NotaEstabilidad/Nota_Estabilidad_Financiera_Octubre.pdf
- "Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)" (ABE/EBA) https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1919160/EBA+Discussion+Paper+on+Fintech+%28EBA-DP-2017-02%29.pdf
- "Sound Practices: Implications of FinTech developments for banks and bank supervisors" (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea) http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/09/bis-FinTech.pdf

JUSTIÇA NEGOCIADA: A DELAÇÃO PREMIADA NA ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS E SEUS IMPACTOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO NO CASO CONCRETO DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Caroline Buarque Leite de Oliveira[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Mas afinal, que é corrupção?; 3. Considerações acerca da delação premiada na perspectiva jurídica brasileira; 4. Delação premiada x Teoria dos Jogos no caso Lava-Jato; a) Introdução; b) Os impactos da delação premiada na operação Lava-Jato; 5. Conclusão.

1. Introdução

Vários problemas são gerados devido à corrupção, transcendendo então seus efeitos não apenas para o Estado, mas para seu povo, elemento central de sua existência. Dessa forma, a fim de evitar que a corrupção se alastre, muitos países criaram leis próprias como uma medida anticorrupção.

No Brasil, destaca-se entre outras, a chamada Lei Anticorrupção[2]. E uma das medidas que vem auxiliando a aplicação da Lei supra, é justamente, o instituto da delação premiada, previsto com maior ênfase na Lei que trata sobre as Organizações Criminosas[3].

Embora não seja uma ferramenta nova, a delação premiada vem ganhando destaque depois do início da Operação Lava-Jato. No caso em tela, com base na Teoria dos Jogos, a delação premiada tem possibilitado às autoridades chegarem aos responsáveis por crimes que afetam a ordem econômica do país, e mais além, afetam os direitos humanos consagrados também na pauta de valores interno do Brasil, violando-

---

[1] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – Turma T13. Advogada. Autora de Livro e Artigos Jurídicos. Mediadora Judicial e Extrajudicial de Conflitos por empresa autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conciliadora Voluntária da Justiça Federal TRF 5ª Região, Seção Judiciária de Maceió/Alagoas. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade UNIDERP-Anhanguera-MS. Membro Voluntário do Gespública – Programa de Qualidade do Governo Federal em parceira com a Fundação Nacional da Qualidade – FNQ. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – Maceió/AL. Especialista em Engenharia de Software pela Fundação Educacional Jayme de Altavila – FEJAL; Bacharela em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL

[2] **LEI 12.846/2013**, [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

[3] **LEI 12.850/2013**, [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

se então, os direitos previstos e garantidos na Constituição Brasileira.

Muitas questões surgem acerca da temática, haja vista que o uso da delação premiada não é de unanimidade entre os doutrinadores, pois muitos consideram que ela viola direitos fundamentais[4]. Por outro lado, há quem a defenda, haja vista a previsão legal do instituto na legislação brasileira. E dessa forma, a delação premiada vem sendo usada mais fortemente nos últimos anos com a justificativa de combate à corrupção, a exemplo do Caso do Mensalão[5] e da Operação Lava-Jato.

Sendo assim, muitos questionamentos surgem acerca da dialética corrupção x delação premiada: O que caracteriza a corrupção? A delação premiada é realmente uma ferramenta anticorrupção? Como a delação premiada foi utilizada no caso concreto da Operação Lava-Jato? Estamos tratando com uma justiça negociada em que os delatores são premiados? Quais os impactos positivos e/ou negativos que a delação premiada trouxe para o Estado Brasileiro no cerne da questão corrupção?

Sem o objetivo de exaurir todas as questões supra, o presente trabalho foi baseado em pesquisas de livros, revistas, jornais e legislação, e pautado numa metodologia dedutiva. Assim, o capítulo seguinte traz alguns esclarecimentos sobre o que vem a ser a corrupção. Já no capítulo 3 é feito um estudo acerca da delação premiada, compreendendo sua origem e conceitos no ordenamento pátrio. O capítulo 4 trata da delação premiada sob a ótica da Teoria dos Jogos, permeando sua aplicabilidade no caso concreto da Operação Lava-Jato, concluindo-se no capítulo final, com alguns entendimentos inerentes ao assunto abordado.

[4] Destaca o Doutor Rosmar Antonni que: "A processualística penal brasileira tem tecido muitas reflexões sobre delação premiada. Estudos de Afrânio Silva Jardim, dentre os de outros renomados autores denunciam que acordos de colaboração premiada estão sendo firmados sem atendimento ao direito positivo, vale dizer, sem obedecer à Constituição e às leis do país de tradição continental. O direito estatal teria sofrido mutação indevida em virtude da aceitação de negócios processuais, com assimilação de institutos da *common law* (sistema adversarial ou acusatório puro), sem que isso seja compatível com a ordem constitucional brasileira". ALENCAR. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar - **Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória** In VELOSO, Roberto Carvalho e SILVA, Fernando Quadros da (Org.). Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v.1, pp. 289-311.

[5] Crime de grande repercussão nacional, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ação penal 470. OLIVEIRA, Mariana - **Após um ano e meio e 69 sessões, STF conclui julgamento do mensalão**. [Em linha]; [Consult 07 dez 2017]. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2014/03/apos-um-ano-e-meio-e-69-sessoes-stf-conclui-julgamento-do-mensalao.html

2. Mas afinal, o que é corrupção?

Para analisar o instituto da delação premiada sob à ótica da Teoria dos Jogos e seus impactos no caso da Operação Lava-Jato, imperioso se fazer um estudo acerca do que vem a ser corrupção.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci[6], a corrupção é caracterizada por ser algo "negativo", sendo concretizada por "negócios escusos", não lícitos, capaz de desviar bilhões de reais, causando danos não tão somente ao Estado, mas também à sociedade. Ou seja, não se trata apenas de um ilícito administrativo, cível ou penal; a corrupção diz respeito a um problema maior: um problema social.

Na maioria das vezes relacionada à política e ao poder, a corrupção, pode ser compreendida como uma questão moral e ética, que viola interesse público, pondo em risco o Estado, e nos casos de países democráticos, a própria democracia.

No ordenamento jurídico brasileiro, a corrupção pode ser compreendida nos artigos 4º e 9º da Lei 12.846/2013[7], a chamada Lei Anticorrupção, e ainda, na Lei 8.666/93[8], a Lei de Licitações, ambas editadas no Brasil.

Há conceituações merecedoras de destaque, como a de Heidenheimer, que ao tratar do tema, divide a corrupção consoante seu repúdio social, sendo um "ato corrupto negro", àquele considerado "irregular, grave e reprovável"; "ato corrupto cinza", àquele em que há reprovação da elite ou da opinião pública; e "ato corrupto branco", quando nem a maioria da elite nem da opinião pública, o considera reprovável em seu aspecto moral[9].

Em recente Carta publicada em Coimbra sobre o Combate a Corrupção, professores do curso *Advanced Studies Program* em Transparência, *Accountability, Compliance*, Boa Governança e Princípio Anticorrupção, afirmam considerar a corrupção como "um fenômeno de alcance global, e se revela como um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento, a estabilidade e a paz internacionais".[10]

---

[6] NUCCI, Guiherme de Souza - Corrupção e Anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp 1-7. ISBN: 978-85-309-6528-0.

[7] FILHO, André Pimentel – **Comentários aos Artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**, In SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.) - Lei Anticorrupção, Salvador: Juspodivm. p. 65

[8] *Ibidem*.

[9] *Ibidem*. pp. 65-66.

[10] MACHADO, Jónatas e SANTANA, Uziel - **Carta de Coimbra sobre o combate à corrupção**. [Acesso em: 10 Jan 2017). [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em:

Complementam ainda os docentes, baseados no relatório *Corruption Perception Index 2016*, que a corrupção chega a ser uma "endemia mundial" no que concerne o setor público, destacando a situação do Brasil no referido cenário[11].

Dessa forma, muitos países, inclusive por recomendação da Organização das Nações Unidas - ONU, em que pese a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção[12], passaram a desenvolver ferramentas de combate à corrupção, ou aprimorar aquelas já existentes. O Brasil foi um dos 107 países que ratificou o tratado oriundo da referida Convenção; com efeito, foi editada a Lei Anticorrupção.

Uma vez abordado os aspectos gerais do que vem a ser a corrupção, cumpre adentrar no objeto cerne do presente trabalho, a saber: a delação premiada.

3. Considerações acerca da delação premiada na perspectiva jurídica brasileira

Embora muitos achem que a delação premiada trata-se de um instituto novo, cumpre ressaltar que desde o Brasil Colônia, já se admitia sua utilização, conforme previsão nas Ordenações Filipinas. O caso mais emblemático da história antiga brasileira é o de Tiradentes, que após ter sido "traído", ou seja, delatado por Joaquim Silvério dos Reis, foi condenado à morte.

Já na história recente, conforme doutrina Rosmar Antonni, a delação premiada é um instituto com previsão em várias leis do ordenamento jurídico brasileiro. Podemos encontrar dispositivos que tratam acerca do assunto nas "Leis 7.492/1986, 8.072/1990, 8.137/1990, 9.269/1996, 9.807/1999, 11.343/2006, 12.529/2011 e 12.850/2013"[13].

A delação premiada (ou colaboração) consiste em "premiar" o sujeito que delatar um terceiro, comparsa de uma ação criminosa. Assim, conforme preconiza a Lei de

---

https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/12/carta-de-coimbra-sobre-o-combate-a-corrupcao-fcl-law.pdf.

[11] "numa escala de 0 (altamente corrupto) para 100 (muito limpo), a pontuação média global é de 43, o que indica uma corrupção endêmica no setor público de grande parte dos países. Numericamente, os países de pontuação superior são superados, em muito, por países onde os cidadãos enfrentam o impacto tangível da corrupção diariamente. O Brasil ocupa o 79º lugar neste ranking, enquanto Portugal figura na 29º posição, o que demonstra, em ambos os casos, a falta de confiança dos cidadãos nos agentes públicos e políticos e a necessidade de uma mudança estrutural para prevenir e reprimir a corrupção". *Ibidem*.

[12] **DECRETO nº 5.687**, [Em linha]; [Consult 10 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm

[13] ALENCAR. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar - **Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória** *In* VELOSO, Roberto Carvalho e SILVA, Fernando Quadros da (Org.). Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v.1, pp. 289-311, p. 291.

Organizações Criminosas, aquele que, voluntariamente, em seu relato fizer declarações que sejam efetivas, de modo a colaborar para a investigação ou processo penal, poderá inclusive ter o perdão judicial ou minoração da pena, nos caso daquelas privativas de liberdade, passando assim menos tempo preso[14].

Imperioso destacar a diferenciação entre os institutos da delação premiada e da colaboração premiada. Segundo os juristas brasileiros Nestor Távora e Rosmar Antonni, ainda que muitos façam uso das duas expressões indistintamente, a colaboração premiada, a rigor, possui um sentido mais amplo que a delação premiada, de modo que a primeira não pressupões necessariamente que o agente ativo do delito aponte os demais partícipes. Já a segunda, há a exigência de que além de colaborar para a elucidação do fato criminoso, o sujeito delate os demais partícipes ou coautores.[15]

4. Delação premiada x teoria dos jogos no caso Lava-Jato

a) Introdução

No ano de 2014 iniciou-se no Brasil a Operação Lava-Jato. Destaque no cenário mundial, sob o comando da Polícia Federal e de competência inicial da Justiça Federal

[14] "Artigo 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. **LEI nª 12.850**, [Em linha]; [Consult 29 dezembro 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

[15] TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues - **Curso de direito processual penal**. 12.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 695. ISBN: 978-85-422-1039-0.

do Paraná. A operação, que ainda acontece no país, visa apurar atos ilícitos de desvios de recursos da Petrobras.

Os primeiros presos na operação passaram a delatar outros envolvidos no maior esquema de corrupção que se tem lembrança no país. Milhões de recursos foram desviados dos cofres públicos, levando à prisão de várias pessoas entre os quais, empresários e políticos.

Destaca-se no cerne da questão a influencia da chamada Teoria dos Jogos[16], que embora seja uma teoria matemática, tem sido usada amplamente pelas autoridades para conseguir obter delações de sujeitos envolvidas em crimes onde há concurso de pessoas.

Com base no Dilema do Prisioneiro[17] e supondo-se a existência de dois sujeitos Alfa e Beta, e que ambos estão incomunicáveis, aplica-se a Teoria dos Jogos, onde numa situação hipotética em que as duas pessoas cometeram juntos um ato criminoso, existem as seguintes possibilidades decisórias a serem tomadas por eles: a primeira é que se Alfa não colaborar e Beta não colaborar, ambos ficam presos por um período X; a segunda é que se Alfa colaborar, delatando Beta, Alfa fica livre e Beta fica preso por Y anos, a recíproca também é verdadeira; e a última possibilidade, é que se Alfa entrega Beta e Beta entrega Alfa, ambos ficam presos por Z anos.

A Teoria dos Jogos é basicamente simples, pois imbuídos de medo com base em situações anteriores, há uma tendência em delatar, haja vista que a delação passar a ser uma "medida de proteção". No jogo do crime, ou em outros aspectos da vida, há então um equilíbrio onde os sujeitos terminam por ter comportamentos semelhantes; equivalentes (o chamado Equilíbrio de Nash[18]). Com efeito, o número de delações tende a crescer.

Percebe-se então, que o melhor é delatar. Utilizando-se desta Teoria, as autoridades buscam obter delações, haja vista, que entre ficar preso ou até ter a possibilidade de ser ficar em liberdade, a escolha que mais beneficia o envolvido em no crime com mais partícipes é a de colaborar, delatando os outros participantes, inteligência oriunda da Teoria dos Jogos aplicada ao Dilema do Prisioneiro.

Uma vez que um dos envolvidos num crime faça a delação, no caso da Lei de Organizações Criminosa, "colabore", este pode até ficar livre e não ser preso. Quanto mais cedo a delação for feita e mais informações tenham impactos positivos para que se

---

[16] NEUMANN, Jonh Von e MORGENSTERN, Oskar - **Theory of Games and Economic Behavior.** 60.º ed. [s. l.] Princeton University Press, 1944. ISBN: 978-0691130613.

[17] EPISTEIN, Isaac - **O dilema do prisioneiro e a ética**. [Em linha]; [Consult 27 dez 2017]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100010

[18] **EQUILÍBRIO DE NASH** In Artigos de apoio Infopédia, [em linha]; [consult. 29 dez 2017]. Disponível em: https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$equilibrio-de-nash

chegue aos demais envolvidos, o "prêmio" do delator será melhor. Assim, motivado pelas prisões ocorridas no Caso do Mensalão, com base na Teoria dos Jogos, Paulo Roberto Costa foi o primeiro delator da Lava-Jato[19].

b) Os impactos da delação premiada na operação Lava-Jato

Como consequência da primeira delação premiada na Operação Lava-Jato, feita por Paulo Roberto Costa (ex-diretor da Petrobrás), uma série de delações foi e vem sendo realizadas, inclusive por pessoas ainda em liberdade à época, que prevendo uma possível prisão, antecipam-se aos fatos e delatam seus comparsas.

Percebe-se um efeito cascata, justamente em virtude da Teoria Jogos aplicável ao caso das delações premiadas na Operação Lava-Jato. Com receio de ficar preso por mais tempo ou de serem presos, os investigados, acusados e réus envolvidos no caso em questão, têm delatados seus comparsas.

Após o julgamento da ação penal 470 (Caso do Mensalão), muitos daqueles envolvidos em esquemas de corrupção, passaram a se precaver, e terminam por montar "um verdadeiro dossiê", para em caso de "ser pego", poder usufruir as beneficies da delação premiada. É o que ocorre na operação Lava-Jato, que já ultrapassa o número de mais de 150 colaborações e delações premiadas.

A consequência dessas delações é o andamento da referida Operação, que aos poucos, está tentando recuperar parte dos recursos que fora desviado no esquema de corrupção, e também, a possibilidade do Judiciário aplicar as punições cabíveis aos criminosos.

5. Conclusão

Conforme podemos verificar ao longo deste estudo, a corrupção, amplamente relacionada à política e poder, vem tomando proporções alarmantes, e deixou de ser um problema nacional, passando a ser um problema transnacional, que afeta o mundo globalizado.

Apesar de poder parecer que os Estados estão inertes ao problema, diversos países têm desenvolvidos mecanismos para evitar que esse mal continue a deixar resultados tão negativos na ordem econômica e social.

No Brasil, embora pareça ser contraditório fazer uso da delação premiada como forma de combate à corrupção, haja vista os benefícios do instituto, há de se convir que

[19] CANETTI, Rafaela Coutinho, FIDALGO, Carolina Barros - **Os acordos de Leniência na Lei de Combate à corrupção** In SOUZA, Jorge Munhoz; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.) - Lei Anticorrupção, Salvador: Juspodivm. pp. 253-279. pp. 265-269.

no caso de crimes de grande repercussão e que há concursos de pessoas em grande número, o instituto supra, tem sido de grande valia para autoridades, e dessa forma, também para sociedade.

Destaca-se que a Teoria dos Jogos explica o comportamento dos investigados, indiciados ou partícipes em delatar os coautores do ato criminoso. A grande pressão da mídia e o clamor social faz com que, e o efeito dominó das prisões, promova o crescimento dessas delações.

Imperioso ressaltar que a delação premiada deve ser utilizada de modo a atender os anseios não somente das autoridades em elucidar o caso em questão, mas da sociedade em geral, respeitando os preceitos constitucionais.

Compreende-se que a delação premiada não é a solução para por fim a corrupção, pois a esta se situa além de ser um problema de âmbito administrativo, cível ou criminal. A corrupção é um malefício moral e ético que assola a sociedade. Entretanto, não se pode olvidar que sem a delação premiada muitos daqueles que cometeram seus ilícitos, continuariam a cometê-los. O efeito dominó seria no sentido negativo, ou seja, vendo-se a impunidade, o sujeito continua a comportar-se da mesma forma, pois tal comportamento lhe "parece ser a melhor estratégia para o seu jogo corrupto".

A Lei que trata das Organizações Criminosas e a Lei Anticorrupção, aplicadas em conjunto, vêm possibilitando alguns resultados positivos no combate à corrupção. Fazer uso de ferramentas, como a delação premiada, a colaboração premiada, e ainda, no caso de empresas, o acordo de leniência, é sem dúvidas uma estratégia das autoridades em busca de esclarecer os atos criminosos, especialmente em grandes esquemas de corrupção.

Por fim, se ao falarmos em delação premiada estamos diante de uma "justiça negociada", uma coisa é certa: sem ela, a operação Lava-Jato não teria chegado a resultados tão positivos. De tal sorte, que nos "jogos de poder" sai ganhando aquele que consegue dar o "xeque-mate"; e no Caso da Lava-Jato, o grande vencedor é o povo brasileiro, elemento central do Estado, que luta dia após dia para combater a corrupção no país.

Referências

1. Geral

ALENCAR. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de - **Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória** In VELOSO, Roberto Carvalho, SILVA, Fernando Quadros da (Org.). Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v.1, pp. 289-311.

BARROSO. Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os**

conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-22804-7.

CANETTI, Rafaela Coutinho e FIDALGO, Carolina Barros - **Os acordos de Leniência na Lei de Combate à corrupção** In SOUZA, Jorge Munhoz, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.) - Lei Anticorrupção, Salvador: Juspodivm.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7ª ed., 18 reimp. Coimbra: Almedina, 2016, ISBN 978-972-40-2016-5.

CUNHA, Ary Ferreira da - Combate à corrupção: da teoria à prática. Lisboa: Quid Juris? ISBN: 978-972-724-712-7.

EPISTEIN, Isaac - **O dilema do prisioneiro e a ética**. [Em linha]; [Consult 27 dez 2017]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S01034014199500010 0010

Equilíbrio de Nash In Artigos de apoio Infopédia, [em linha]; [consult. 29 dez 2017]. Disponível em: https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$equilibrio-de-nash

FERNANDES, Miguel, VENTURA, André - **Justiça, corrupção e jornalismo - os desafios do nosso tempo**. Porto: Vida Econômica Editorial, S.A. ISBN: 978-989-768-184-4.

FILHO, André Pimentel - **Comentários aos Artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**, In SOUZA, Jorge Munhoz, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.) - Lei Anticorrupção, Salvador: Juspodivm.

JARDIM, Afrânio da Silva - **Acordo de cooperação premiada, quais os limites?** In MOREIRA, José Carlos Barbosa. Revista Eletrônica de Direito Processual Penal – REDP. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de janeiro: UERJ, 2016, v. 17, n.º 1, jan.-jun. 2016, pp. 02-06. ISSN: 1882-7636. [Em linha]; [Consult 19 fev 2017]. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23110/16462.

MACHADO, Jónatas, SANTANA, Uziel - **Carta de Coimbra sobre o combate à corrupção**. [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em: https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/12/carta-de-coimbra-sobre-o-combate-a-corrupcao-fcl-law.pdf.

NEUMANN, Jonh Von e Morgenstern, Oskar - **Theory of Games and Economic Behavior.** 60.º ed. [s. l.] Princeton University Press, 1944. ISBN: 978-0691130613.

NUCCI, Guiherme de Souza - Corrupção e Anticorrupção. Rio de Janeiro: Forense, 2015, ISBN: 978-85-309-6528-0.

OLIVEIRA, Mariana - **Após um ano e meio e 69 sessões, STF conclui julgamento do mensalão**. [Em linha]; [Consult 07 dez 2017]. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2014/03/apos-um-ano-e-meio-e-69-sessoes-stf-conclui-julgamento-do-mensalao.html

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, ISBN: 978-85-422-1039-0.

2. Legislação

DECRETO 5.687, [Em linha]; [Consult 10 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/decreto/d5687.htm

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 09 dez 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

LEI 12.846/2013, [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

LEI 12.850/2013, [Em linha]; [Consult 15 dez 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DEVER FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE INTERGERACIONAL

Suzana Maria Fernandes Mendonça[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Deveres Fundamentais; a) Breve Contextualização Histórica; b) Conceituação; c) Hipóteses; 3. Deveres Fundamentais de Solidariedade; a) Conceito; b) Hipóteses; c) Solidariedade Intergeracional; 4. Conclusão

1. Introdução

A existência dos deveres fundamentais passa muitas vezes despercebida pela jurisprudência e pela doutrina em razão da força constitucional e social dos direitos fundamentais. A atual configuração do Estado de Direito apresenta como alicerce justamente a expressividade associada ao conteúdo dos direitos fundamentais, de modo a influenciar intensamente os rumos tomados pela atuação do Estado.

Ainda que aos deveres fundamentais não seja dada atenção semelhante àquela conferida aos direitos fundamentais, sua essência representa significativa influência para a concretização do bem estar social, e de maneira mais ampla, dos próprios direitos fundamentais. Os deveres fundamentais partem da ideia de que aos indivíduos não são conferidos apenas direitos, mas também uma contrapartida que favorecerá à toda a comunidade.

Os deveres, como instrumentos de colaboração social e solidária, não estão mais claros no texto constitucional brasileiro como o dever de defesa do meio ambiente. O dispositivo que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nesse sentido, é o mesmo que impõe à toda a comunidade o dever fundamental de protegê-lo.

2. Deveres Fundamentais

A noção de deveres sempre esteve presente nos mais diversos momentos históricos, bem como na multiplicidade de civilizações, cada qual com a sua particular concepção de um catálogo de tarefas a serem cumpridas em favor da comunidade. Nesse sentido, os deveres sempre representaram a ideia de que da atitude individual depende o bem estar coletivo, o que demonstra justamente um senso de responsabilidade social.

Tópico recorrente nas esferas religiosa, ética e filosófica[2], os deveres avançaram

---

[1] Mestranda pela Universidade de Lisboa

[2] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 110.

ao longo do tempo conectados aos direitos. A ideia de indissociabilidade entre direitos e deveres permanece contemporânea, uma vez que o conjunto por ambos formado identifica-se por refletir valores de elevado grau de significância para uma equilibrada convivência em uma sociedade[3].

Assumiram, no entanto, a condição de deveres fundamentais a partir do momento que passaram a constar de textos constitucionais, de modo a imporem ao indivíduo o seu devido cumprimento. Reputado como um dos tópicos reconhecidamente menos lembrados no âmbito do Direito Constitucional[4], os deveres fundamentais permanecem presentes nos atuais documentos constitucionais, ainda que ofuscados pela potência inerente aos direitos fundamentais. Mesmo que a sua ressonância jurisprudencial e doutrinária caracterize-se por sua reduzida influência em comparação com os direitos fundamentais[5], os deveres fundamentais constituem uma categoria autônoma[6].

De tal configuração, nesse sentido, constata-se que o cenário em que exista apenas um extenso catálogo de direitos em uma sociedade reputa-se impraticável. Tal circunstância é verificada não somente em razão da inviabilidade por parte do Estado do fornecimento de todas as estruturas sociais necessárias a todos considerando a sua individualidade, particularmente tendo em vista o limite orçamentário, mas principalmente devido ao fato de que dos indivíduos é exigido o adequado cumprimento dos deveres fundamentais, conduta indispensável para a consciência coletiva.

Assim, seria inviável a convivência em uma comunidade na qual houvessem apenas direitos, já que de seus membros não se extrairia um grau mínimo de responsabilidade social necessária para a manutenção da harmonia coletiva[7]. Considerando a percepção de que não existem direitos sem deveres, a responsabilidade que sucede da consagração de direitos fundamentais estabelece justamente uma presunção da existência de deveres fundamentais[8].

---

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 786.

[4] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 15.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 785.

[6] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 36.

[7] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 167.

[8] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016,

a) Breve Contextualização Histórica

O conteúdo associado aos deveres somente tomou formato próximo ao exprimido pelo atual conteúdo de deveres fundamentais a partir da Constituição de Massachussets, no ano de 1780, quando um dispositivo dessa ordem constou pela primeira vez de um documento constitucional. Estava prescrito que cada cidadão estaria obrigado a contribuir mediante serviços pessoais ou através de um equivalente para a devida organização da proteção comunitária[9]. Já em 1798, os deveres marcaram presença na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, sendo estes três: o dever de obediência, o dever de pagar impostos e o dever de suportar a privação da propriedade caso esta viesse a ser expropriada para fins de utilidade pública[10]. A partir desse período da história, assim, os deveres passam a figurar em documentos constitucionais do estado liberal[11], seja em maior ou menor escala.

Tal quadro somente é modificado a partir do momento em que os deveres deixam de repercutir em um determinado grau, como um dos desdobramentos da decadência dos regimes totalitários[12]. Deveres de ordens diversas estruturavam a substância emanada pelo totalitarismo, que se utilizava de ideologias para o apoio do brutal vigor das massas como forma de adquirir a duradoura manutenção no poder[13]. Configurou-se como pertinente e necessária, portanto, a instituição de estruturas constitucionais consideravelmente compactas não apenas na proteção, mas também na promoção de direitos fundamentais, até mesmo como forma de total ruptura com as convicções passadas. A tentativa era pontualmente a da fixação de um completo antagonismo em relação aos regimes totalitários anteriormente correntes[14].

Os direitos fundamentais, após o encerramento do período totalitário, passaram a ser expandidos e priorizados, cenário que provocou a edificação de termos constitucionais que zelassem pelos direitos da pessoa, bem como do próprio modelo de

---

p. 537.

[9] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 44-45.

[10] Ibidem.

[11] Ibidem.

[12] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 537.

[13] ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo, Companhia de Letras, São Paulo, 2012, p. 278.

[14] CASALTA NABAIS, José. A Face Oculta do Direitos Fundamentais: *Os Deveres e os Custos dos Direitos*, Revista Direito Mackenzie, Ano 3, n. 2, p. 09-30.

Estado de Direito ou Estado de direitos fundamentais[15]. Assim, o papel dos deveres amargou um encolhimento do seu poderio de influência em relação aos demais valores enunciados no âmbito das constituições que sucederam tal fase.

b) Conceituação

Apesar da posição discreta em relação aos direitos, os deveres mostram-se relevantes no sentido de impulsionarem os indivíduos a cumprirem com as obrigações para com o Estado, que em uma ampla perspectiva afetam toda a comunidade, mas, essencialmente, a se colocarem a serviço uns dos outros, de modo a gerar benefícios para toda a coletividade. Constituem, dessa forma, situações jurídicas a partir das quais há uma vinculação com um determinado comportamento, seja de agir ou de não agir. Quando tais deveres estão consagrados em textos constitucionais, configura-se hipótese de deveres fundamentais[16].

Representam, nesse sentido, uma forma de contribuição dos membros de uma comunidade na vida pública, já que se comprometem de maneira solidária para o adequado desenvolvimento das condições estruturais sociais[17], em respeito às normas constitucionais[18] estabelecidas pelo Estado como deveres fundamentais. Constituem, portanto, deveres jurídicos do indivíduo que apresentam um sentido especial para a coletividade, de modo a poderem ser por esta também vindicados[19]. Os deveres fundamentais estruturam-se, portanto, na ideia de que dos indivíduos também é exigida uma determinada conduta compatível com a defesa e proteção dos interesses de toda a sociedade. O cumprimento dos deveres assinalados no texto constitucional é relevante no sentido de contribuir consideravelmente para o bem-estar de toda a coletividade, inclusive na concretização de direitos fundamentais.

c) Hipóteses

Os deveres fundamentais marcam presença na Constituição Brasileira em vários dispositivos. A segurança pública, por exemplo, assinalada no art. 144 do texto constitucional não apenas como dever do Estado e direito da sociedade, mas também

---

[15] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 537.

[16] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 110.

[17] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 160.

[18] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 787.

[19] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 64.

como responsabilidade de todos, revela-se como um exemplo de dever fundamental, já que mostra-se viável, dentro das possibilidades de cada um, um certo nível de colaboração pela proteção de tal interesse comum.

Igualmente, a contribuição da coletividade também é pontuada no art. 205 da Constituição Federal, já que, além de direito de todos e dever do Estado, a educação depende do incentivo da comunidade a fim de garantir a plenitude de desenvolvimento da pessoa. Ademais, o dever fundamental de proteção do patrimônio cultural brasileiro mediante colaboração da sociedade, também está previsto na Carta Maior, em seu art. 216, § 1º.

Em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, como dispõe o art. 225 da Constituição Federal, além de tarefa do Estado, é dever fundamental da família e da sociedade garantir os meios necessários para a concretização de seus direitos fundamentais, tais como alimentação, saúde, educação e liberdade. Ademais, os pais têm o dever de fornecer a devida assistência aos seus filhos, bem como os filhos têm o dever proporcionar amparo aos pais na velhice e em caso de enfermidade, conforme enuncia o art. 229 da Constituição. Da mesma forma, o dispositivo seguinte do texto constitucional, pontua que a garantia do bem-estar e a proteção da dignidade dos idosos também constitui um dever fundamental tanto da própria família, como da sociedade.

Ademais, entre os deveres fundamentais, há os chamados deveres conexos com direitos, equivalentes a uma espécie de reflexo dos direitos fundamentais. Ou, ainda, sob outra perspectiva, tal categoria é verificada quando ambos apresentam compatibilidade de conteúdo, como é o caso do direito ao meio ambiente[20] ecologicamente equilibrado e dever de preservação do meio ambiente, ambos previstos no art. 225 da Constituição Federal.

Os deveres conexos com direitos assinalam, por outro lado, a extensão dos obstáculos inerentes ao ofício de delimitação do que seria o direito, refletido como uma vantagem, e o que seria o dever, considerado um encargo[21]. Apesar de tais deveres estarem de certa forma associados à direitos, não deixam de assumir uma categoria constitucional autônoma em relação aos direitos fundamentais, explicitada pelos próprios deveres fundamentais[22].

---

[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Editora Almedina, Coimbra, 1993, p. 548.

[21] VARELA DIAZ, Santiago. *La Idea de Deber Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, ano 2, n. 4, 1982, p. 69-96.

[22] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 169.

3. Deveres Fundamentais de Solidariedade

A associação de indivíduos em razão de um comum objetivo de atingir um estado de bem estar coletivo, até como uma forma de cidadania ativa e responsável, constitui um dos fundamentos para a existência de deveres de solidariedade[23]. Os deveres de solidariedade são descritos por Kant como aqueles pertencentes à categoria de deveres de virtude para com os outros[24]. A sua exposição quanto ao tópico indica que não é necessário ao indivíduo participar dos sofrimentos alheios, porém, consiste em um dever se solidarizar de maneira ativa com a sua condição, tendo em vista o propósito de alimentar os sentimentos compassivos naturais e a partir destes criar instrumentos de solidariedade[25].

Conectada à noção de compromisso coletivo encontra-se justamente um catálogo de deveres a serem cumpridos pelos titulares de direitos. O que não significa que a satisfação de direitos dependa da efetivação de deveres fundamentais, já que a proteção dos direitos fundamentais enquadra-se como tarefa do Estado. Apesar disso, os direito-deveres ou deveres conexos com direitos operam como aditivos à concretização dos direitos fundamentais, de maneira complementar ao Estado e até mesmo como a contribuição que pode ser dada pela comunidade nesse mesmo sentido.

O dever geral de solidariedade, assim, é expressado também a partir de sua estreita ligação com a própria cidadania[26]. A responsabilidade social no sentido de buscar um certo nivelamento entre todos os membros da sociedade a partir do momento em que se torna materialmente desempenhada, através dos deveres fundamentais, corresponde justamente à essência da cidadania, e como consequência, ao sentido da própria solidariedade.

a) Conceito

Os deveres fundamentais, de maneira ampla, evidenciam uma certa carga de envolvimento e empenho coletivo, que se converte em solidariedade. Revelam, ainda, o prisma social do ser humano, enquanto materialização da concepção de solidariedade instituída pela dignidade humana que deve ser inerente à toda a sociedade. Nesse sentido, a existência e a convivência em uma comunidade demandam o desempenho de

[23] SEGADO, Francisco Fernández. *La Solidaridad como Principio Constitucional*, Revista Teoría y Realidad Constitucional, n. 30, 2012, p. 139-181.

[24] KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes, Edipro, São Paulo, 2003, p. 295.

[25] KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes, Edipro, São Paulo, 2003, p. 301.

[26] CASUSCELLI, Giuseppe. *Enti Ecclesiastici e Doveri di Solidarietà*, Rivista Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, n. 7, 2014, p. 2-54.

deveres fundamentais por parte de cada membro integrante em relação aos demais[27] a fim de que a contribuição coletiva favoreça todos os grupos de uma sociedade, em uma verdadeira dignidade social.

É notável que há uma conexão entre o engajamento social, como revelação de um senso de empatia, e os deveres fundamentais, especialmente aqueles cujo benefício atinge diretamente a sociedade. Os deveres fundamentais, como uma incumbência dos membros da coletividade no sentido de mantê-la em situação de bem-estar social[28], estariam, portanto, associados justamente à percepção de solidariedade.

Entretanto, quando se trata de deveres fundamentais de solidariedade, a conformação é manifestada de maneira diversa. Consistem, assim, naqueles deveres que apresentam como finalidade primordial atingir aquele elenco dos membros da comunidade que de alguma forma encontram-se em condições menos favorecidas em relação aos demais. O dever de ajudar o próximo em uma circunstância de necessidade faz parte de alguns dos principais valores da sociedade há séculos. Caracteriza-se como um dever positivo de colaboração mútua[29], de modo a constituir a sustentação do que se entende como um dever fundamental de solidariedade, isto é, uma expressão de empatia convertida em ação com a finalidade de minimizar a intensidade do prejuízo dos indivíduos que se encontram em alguma situação adversa.

b) Hipóteses

Em elevado grau de intensidade no quesito ética social, a solidariedade significa uma consciência do indivíduo de que pertence a uma comunidade. Tal sentimento está ligado à fraternidade, o que conduz os membros da sociedade a contribuírem reciprocamente, de maneira compartilhada entre todos, bem como sustentarem uns aos outros especialmente em circunstâncias de dificuldade[30], como, por exemplo, a solidariedade emergente de uma catástrofe natural[31].

Entretanto, a solidariedade não se manifesta apenas no campo ético, mas

---

[27] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 539.

[28] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 344.

[29] RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 122.

[30] GALEOTTI, Serio, *Il Valore dela Solidarietà*, Rivista Diritto e Societá, n. 1, 1996, p. 1-24.

[31] BUSNELLI, Di Francesco. *Il Principio di Solidarietà e L'Attesa dela Povera Gente*, Disponível em: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/01/Busnelli.pdf> Acesso em: 17 de janeiro de 2018.

também na esfera jurídica-política, especialmente quando se trata de deveres fundamentais. Não está associada somente aos valores de benevolência ou caridade, mas essencialmente à própria justiça, como um poderoso instrumento de igualdade[32]. Além de a solidariedade configurar-se como um mecanismo para o alcance do mínimo social, também consiste em um valor jurídico devidamente reconhecido e garantido pelo ordenamento, o que se evidencia justamente pela presença de dispositivos nos texto constitucionais que preveem os deveres fundamentais de solidariedade[33].

No ordenamento jurídico brasileiro, a partir dos dispositivos associados aos deveres fundamentais, é possível traçar interpretações que associem tais comportamentos à solidariedade. É o caso, por exemplo, do dever de amparo aos idosos, previsto no art. 230 da Constituição, como tarefa de toda sociedade. Tal dever não se restringe, portanto, apenas aos filhos em relação aos pais, conforme mencionado no art. 229, de modo a se estender também à comunidade.

Nesse sentido, a ideia do legislador era justamente assegurar um apoio comunitário ao idoso para que se garantisse o seu bem-estar, mesmo que os filhos não oferecessem, por algum motivo, os meios necessários para tanto. Se a tarefa dos filhos de amparar os pais na velhice decorre das atribuições inerentes à ceara familiar, o papel da sociedade de zelar pela dignidade dos idosos percorre a carga solidária, o que, em última análise, configura um dever fundamental de solidariedade.

O dever de preservação do meio ambiente, por sua vez, também se caracteriza como um dever fundamental de solidariedade, porém, de uma maneira muito particular. Cabe à coletividade a sua defesa não apenas tendo em vista as gerações presentes, mas também as futuras, o que reflete a modalidade de solidariedade intergeracional.

c) Solidariedade Intergeracional

O meio ambiente ecologicamente equilibrado configura-se como um direito de todos, ou mais que isso, um direito-dever que requer um certo nível de solidariedade[34] para que seja atingida a sua devida concretização. Constitui um direito garantido para a atual comunidade e um dever a ser cumprido também pela geração presente, porém, não somente como forma de assegurá-lo para si, mas também para as próximas gerações.

---

[32] LUCAS, Javier de. *La Polemica sobre los Deberes de Solidariedad - El Exemplo de Deber de Defensa y su Posible Concreción en un Servicio Civil*, Revista de Centros de Estudios Constitucionales, n. 19, 1994, p. 09-88.

[33] GALEOTTI, Serio. *Il Valore dela Solidarietà*, Rivista Diritto e Societá, n. 1, 1996, p. 1-24.

[34] HAZAN, Bruno Ferraz; POLI, Luciana Costa. A Proteção do Meio Ambiente como Dever de Solidariedade Correlata à Função Social dos Contratos, *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 3, n. 2, 2013, p. 153-174.

O dever de defesa do meio ambiente, assim, corresponde a um dever de solidariedade no mais alto grau, uma vez que a atuação para sua proteção atinge gerações presentes e futuras. Não se trata, por outro lado, de um direito das gerações futuras[35], já que tal nomenclatura mostra-se inadequada em razão de não se saber ao certo quem são os titulares desse direito[36], por ainda não existirem para o ordenamento jurídico.

Parte-se, assim, da ideia de que a conduta da comunidade contemporânea produz efeitos presentes e futuros, de modo que as próximas gerações serão afetadas, positiva ou negativamente. Nesse sentido, como forma de reconhecimento de que as consequências do tratamento atual ao meio ambiente repercutem nas comunidades que ainda estão por vir, o dever fundamental de solidariedade intergeracional materializado pela proteção ao meio ambiente constitui uma ferramenta essencial para a garantia do bem estar futuro.

O comportamento dos indivíduos, grupos e instituições deve reconduzir para o dever de solidariedade refletido pela atividade de preservação dos instrumentos indispensáveis para a viabilização da vida digna das gerações futuras, especialmente o meio ambiente. A concepção de responsabilidade entre gerações, de certa forma, demonstra a dimensão intertemporal dos deveres, uma vez que podem ser conferidos a comunidades existentes em momentos diversos, umas para com as outras[37].

A Constituição Federal, dessa forma, enuncia expressamente em seu art. 225, simultaneamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo tanto para as gerações presentes, como para as futuras. Não deixa de mencionar em seu dispositivo, ainda, a razão para a importância de tal direito-dever: configura-se como bem de uso comum do povo.

O texto constitucional, portanto, prevê a modalidade de solidariedade intergeracional, uma vez que o meio ambiente, como bem essencial à qualidade de vida, não esgota a sua existência no período vivido pela atual geração, mas prolonga-se de modo alcançar gerações futuras. O estado de tal entidade, bem como a sua duração dependem exclusivamente da colaboração coletiva na sua devida preservação, por meio do uso consciente e sustentável de recursos naturais.

O ordenamento espanhol, por sua vez, dispõe em seu art. 45º da Constituição, o

---

[35] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 219.

[36] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 54.

[37] PEPE, Gabriele. *La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva*, Rivista AmbienteDiritto.it, 2016, p. 1-13.

direito-dever ao meio ambiente adequado, previsão próxima do art. 66º da Constituição da República Portuguesa, porém, acrescenta ao seu texto um ponto interessante. O art. 45º, n. 2, pontua sobre a tarefa do Estado na conservação dos recursos naturais, sendo toda a atuação apoiada em uma solidariedade coletiva. Assim, os cidadãos são chamados a contribuírem juntamente com o Estado para a preservação do meio ambiente e para a utilização racional de recursos naturais, através do cumprimento de seus deveres de solidariedade.

O compromisso que envolve o desenvolvimento sustentável, dessa maneira, refere-se não apenas a atual geração, mas também as gerações futuras, uma vez que as necessidades presentes devem ser devidamente preenchidas sem prejuízo das comunidades que estão por vir. Para tanto, o sociedade deve controlar a tendência natural de tirar o máximo de proveito dos recursos naturais atualmente disponíveis descartando os cuidados necessários para com o ambiente, com a finalidade de buscar a isonomia entre as comunidades presente e futura[38].

O direito ao meio ambiente, assim, está associado tanto à fruição de bens naturais, como de um dever de preservação destes, em um verdadeiro cenário de solidariedade comunitária. Tal necessidade de conservação conduz o indivíduo para o agir no sentido de cuidar dos meios ambientais, preservação que pode se reverter positivamente para ele próprio e para o resto da comunidade, seja esta presente ou futura[39].

As atitudes tomadas que podem de alguma maneira vir a influenciar a devida preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado perpassam pelo conteúdo expresso pela solidariedade, sendo este representado em maior amplitude do que atuações solidárias em outros níveis, uma vez que as ações que envolvem questões ambientais atingem não somente a comunidade com quem convivem, mas também os seus sucessores. O reconhecimento de que os descendentes são membros a serem considerados pelos interesses comunitários que podem vir a afetar o seu bem-estar, é materialmente interessante de maneira racional e não apenas emocional ou humanitária[40].

A inclusão de membros futuros em decisões atuais, muitas vezes expressa pelo dever de proteção e defesa do meio ambiente, mostra-se verdadeiramente como um

[38] WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations and Susteinable Development*, American University International Law, Review 8, n. 1, 1992, p. 19-26.

[39] AMADO GOMES, Carla. O Risco de Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente, Edição da Autora, Lisboa, 2007, p. 30.

[40] HISKES, Richard P. *Environmental Human Rights and Intergenerational Justice*, Human Rights Review, 2006, p. 81-93.

princípio de justiça, considerando que as opções adotadas no presente atingem também as gerações futuras. A solidariedade, expressa pela consideração dos membros futuros da sociedade, conduz a justiça a assumir um componente intergeracional como parte indispensável para a noção de similaridade ética e moral compartilhada por toda a sociedade[41].

Assim, é importante oferecer às gerações futuras a oportunidade de tomar as suas próprias decisões, bem como de formar as suas definições particulares do que é considerado como uma vida digna, de maneira compatível com aquilo que se entender como pertinente para o momento em que viverem. A noção de igualdade de oportunidades, desse modo, não seria aplicável apenas aos atuais vínculos entre os indivíduos, mas também entre as gerações presente e futura[42].

Mostra-se relevante, portanto, que a toda a comunidade, de maneira compartilhada, seja igualmente conferida a responsabilidade pela utilização consciente dos recursos naturais e pela devida preservação do meio ambiente. O adequado exercício do dever fundamental de solidariedade referente a proteção e a defesa do meio ambiente produz efeitos intergeracionais que poderão ser determinantes para o modo como a dignidade humana será percebida pelos sucessores.

4. Conclusão

Apesar de receberem menor atenção doutrinária e jurisprudencial quando comparados aos direitos fundamentais, os deveres fundamentais exercem um papel essencial na atual conformação social. Refletem aquela conduta que deve ser praticada no sentido de manutenção dos meios sociais indispensáveis a uma vida com dignidade.

A posição de relevância dos direitos fundamentais já está devidamente consolidada no ordenamento jurídico vigente. Os deveres, entretanto, apesar de integrarem o catálogo de dispositivos constitucionais, não são reconhecidos por apresentar força semelhante aos direitos. Sua relevância para a construção de uma sociedade harmônica, no entanto, não deve ser esquecida.

A previsão do dever fundamental de proteção do meio ambiente, como um dos exemplos mais relevantes no tema, demonstra precisamente o significado do senso de responsabilidade social. O dever fundamental de preservação do meio ambiente reflete o conteúdo expresso pela solidariedade intergeracional, de modo que preocupação com o bem-estar da sociedade não se restringe às comunidades contemporâneas, uma vez que

[41] Ibidem.

[42] BARRY, Brian. *Sustainability and Intergenerational Justice*, Theoria: A Journal of Social and Political Theory, Poverty, Justice and Economy, n. 89, 1997, p. 43-64.

se estende à gerações futuras.

Nesse sentido, o uso consciente de recursos naturais, bem como a primazia do desenvolvimento sustentável revelam-se como essenciais no sentido de assegurar não somente a atual coletividade, mas também às futuras comunidades, a preservação do meio ambiente. A proteção do meio ambiente como reflexo do dever fundamental de solidariedade intergeracional, nesse sentido, garante às gerações que estão por vir a oportunidade de estabelecer seus próprios conceitos de vida digna e bem-estar.

Referências

AMADO GOMES, Carla. O Risco de Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Meio Ambiente, Edição da Autora, Lisboa, 2007.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo, Companhia de Letras, São Paulo, 2012.

BARRY, Brian. *Sustainability and Intergenerational Justice*, Theoria: A Journal of Social and Political Theory, Poverty, Justice and Economy, n. 89, 1997.

BUSNELLI, Di Francesco. *Il Principio di Solidarietà e L'Attesa dela Povera Gente*, Disponível em: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/01/Busnelli.pdf>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Editora Almedina, Coimbra, 1993.

CASALTA NABAIS, José. A Face Oculta do Direitos Fundamentais: *Os Deveres e os Custos dos Direitos*, Revista Direito Mackenzie, Ano 3, n. 2.

CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015.

CASUSCELLI, Giuseppe. *Enti Ecclesiastici e Doveri di Solidarietà*, Rivista Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale, n. 7, 2014.

GALEOTTI, Serio, *Il Valore dela Solidarietà*, Rivista Diritto e Societá, n. 1, 1996.

HAZAN, Bruno Ferraz; POLI, Luciana Costa. A Proteção do Meio Ambiente como Dever de Solidariedade Correlata à Função Social dos Contratos, *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 3, n. 2, 2013.

HISKES, Richard P. *Environmental Human Rights and Intergenerational Justice*, Human Rights Review, 2006.

KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes, Edipro, São Paulo, 2003.

LUCAS, Javier de. *La Polemica sobre los Deberes de Solidariedad - El Exemplo de Deber de Defensa y su Posible Concreción en un Servicio Civil*, Revista de Centros de Estudios Constitucionales, n. 19, 1994.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV,

6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016.

PEPE, Gabriele. *La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva*, Rivista AmbienteDiritto.it, 2016.

RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Solidaridad como Principio Constitucional*, Revista Teoría y Realidad Constitucional, n. 30, 2012.

VARELA DIAZ, Santiago. *La Idea de Deber Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, ano 2, n. 4, 1982.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations and Susteinable Development*, American University International Law, Review 8, n. 1, 1992

CATHARINE A. MACKINNON: PORNOGRAFIA, DIREITO E ESTADO

Um homem explorado, da classe na trabalhadora,
vende sua mulher e filhas para sobreviver.
Ele não se vende. Ele as vende. (Catherine A. Mackinnon)

Fernando R. M. Bertoncello[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Um breve histórico sobre a vida acadêmica de Catherine Mackinnon; 3. Análise das principais teses de Catherine Mackinnon; 4. Algumas considerações sobre Mackinnon a luz de Martha Albertson Fineman; 5. Considerações finais

1. Introdução

Catherine Mackinnon é uma autora estadunidense bastante focada nas questões de gênero e com boa parte de sua obra dedicada ao assunto. Mackinnon é reconhecida tanto nos Estados Unidos quanto ao redor do mundo, sendo citada e revistada por diversos outros autores na área do gênero.

O mais interessante, todavia, é que o trabalho de Mackinnon não se restringe à academia. Sendo advogada, tem defendido questões polêmicas nas cortes estadunidenses e canadenses, inclusive levando discussões às mais altas cortes destes países a fim de que sejam reconhecidos direitos em relação aos gêneros.

Do mesmo modo que a vida acadêmica da autora influencia sua vida prática, a recíproca também é verdadeira. Seus objetivos metodológicos, muitas vezes, em suas obras, são voltados para as relações das questões de gênero com o Direito.

Dessa forma, o presente artigo, procura estudar tanto um pouco da vida acadêmica de Catherine Mackinnon como também sua obra e suas principais teses acerca do assunto, propondo-se um estudo dividido em três momentos: um primeiro momento que se preocupe com a vida acadêmica da autora; um segundo que passe por suas principais obras e teses; e, por fim, um terceiro que procure fazer uma breve análise de tais levantamentos.

Para tanto, da pesquisa utilizou-se de pesquisa descritiva, qualitativa e exploratória, com uma análise interpretativa do tema baseado no levantamento

---

[1]Advogado, bacharel em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Público e também em Direito e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestrando em Direito Internacional com ênfase em Direito Americano e Transnacional pela *University of Miami* e doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com um período sanduíche pela *University of Miami*.

bibliográfico por meio de doutrinas, sobretudo da própria autora e outras filósofas feministas que dialogam com sua produção; sendo importante apontar que não se esgotou todas as obras da autora. Todavia, esgotou-se as temáticas abordadas por ela.

2. Um breve histórico sobre a vida acadêmica de Catherine Mackinnon

Nascida em Minnesota, filha de Elizabeth Valentine Davis e George E. MacKinnon, advogado, congressista (1947-1949), e juiz do Tribunal de Apelações para o Circuito DC (1969 a 1995), MacKinnon tornou-se a terceira geração de sua família para a cursar um *College*, o *Smith College*.[2]

Posteriormente, como funciona nos Estados Unidos, onde os cursos de direito somente podem ser cursados depois da graduação em um primeiro curso universitário, formou-se na *Yale Law School*, representando a porcentagem de 2% de mulheres graduadas em direito da sua classe. Logo após, ingressou no doutorado e conseguiu seu título de Ph.D também pela *Yale Law School*.[3]

MacKinnon tornou-se professora titular da *Michigan Law School* em 2007, e professora visitante da *Harvard Law School*.[4]

Hoje, na *Michigan Law School*, suas áreas de interesse são: Direito Constitucional, Direito Europeu, Direito de Família, Direitos Humanos, Perspectivas Interdisciplinares do Direito, Direito Comparado e Direito Público.[5]

Em fevereiro de 1992, a Suprema Corte do Canadá aceitou amplamente as teorias de igualdade, propaganda de ódio e pornografia de MacKinnon, citando extensivamente uma breve co-autoria em uma decisão contra o distribuidor de pornografia de Manitoba, Donald Butler.

MacKinnon representou também as mulheres bosnias e croatas contra sérvios acusados de genocídio desde 1992, no caso *Kadic v. Karadzic*, e ganhou um veredicto de júri de US$ 745 milhões em Nova York em 10 de agosto de 2000. O processo (de acordo com o "Alien Tort Statute" dos Estados Unidos) discutia a prostituição forçada e a prática de atos de genocídio legalmente puníveis.[6]

---

[2]MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

[3]Ibid.

[4]Ibid.

[5]Ibid.

[6]MACKINNON, Catharine. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 59.

3. Análise das principais teses de Catherine Mackinnon

Com mais 10 livros e outras dezenas de artigos publicados, a obra de Catherinne Mackinnon volta-se fortemente para a questão do gênero. Dentro desta temática, entende-se que Mackinnon escreve sobretudo acerca de três questões centrais: a teoria política feminista e suas peculiaridades; as relações de gênero por trás da construção do Estado; bem como a necessidade de que seja construído um movimento antipornografia.

a) A teoria política feminista de Mackinnon

Os primeiros artigos de MacKinnon foram sobre assédio sexual e, assim, tornou-se referência no assunto, principalmente, depois da publicação do livro: *Sexual Harassment of Working Women*, o oitavo livro mais citado nos Estados Unidos.[7] Nele, faz-se apontamentos importantes sobre a construção das sexualidades femininas e masculinas, bem como uma análise de como estas construções são vitais para uma cultura de estupro.

Mackinnon aponta que nas sociedades ser *homem* ou *mulher* são inerentes à identidade do ser humano. Conceber-se *homem* ou *mulher*, influencia nas percepções do mundo e na construção de uma identidade forçada, que pode destoar do "eu". O direito, para a autora, parece compartilhar desta construção.

Em *Toward a Feminist Theory Of State*, demonstra-se que sexualidade é uma forma de poder e a heterossexualidade instrumentaliza a submissão das mulheres para com o poder dos homens.[8]

Percebe-se, portanto, que questões relacionadas à sexualidade e gênero são sobretudo discussões políticas e que a sexualidade é central para a definição do que é ser uma mulher e o sexo forçado é central para a definição da sexualidade, propiciando-se um estupro endógeno (e não excepcional) à condição da mulher. Ou seja, o estupro não é uma causa individual, mas algo incluso em um contexto de terrorismo sistemático.[9]

A autora também destaca que a construção da identidade feminina é uma construção sobretudo social, limitando a capacidade das mulheres ao que, de fato, signifique ser uma mulher e como deve se portar. Aquelas mulheres que resistiram a

---

[7] MACKINNON, Catharine. **Sexual Harassment of Working Women: A Case Of Sex Discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979, p. 19.

[8] MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 149.

[9] Ibid.

seguir estes padrões são consideradas menos mulheres, menos femininas.[10]

Outro apontamento interessante da autora é o fato de que a legislação do estupro é bastante machista. Ela parece proteger muito mais o homem que tem sua mulher violada do que a mulher que, de fato, é violada, porque não há punições específicas para quem é estuprada dentro de um casamento ou de uma relação afetiva.[11]

O direito passa a ser, portanto, uma forma masculina de determinar como uma sociedade deve ser. O ponto de vista masculino passa a ser a regra e não somente um ponto de vista. Portanto, o legalismo liberal legitima os homens a dominarem as mulheres, porque um direito sobretudo masculino valoriza, portanto, valores masculinos.[12]

Para a autora, a visão masculina da legislação não trabalha seriamente com as questões das mulheres: violência sexual, pornografia, desigualdade. Trata-se de perpetuação da desigualdade por meio da legislação. [13]

Aponta-se também para o fato de que para alguns teóricos feministas o estupro não tem necessariamente a ver com sexualidade. Ele é mais uma forma de agredir e subjugar a mulher. Percebe-se isso quando a legislação faz apontamentos para as relações entre pênis e vagina de uma maneira extremamente masculinizada de ver o sexo.

Neste mesmo sentido, a autora aponta que filhas, meninas, não podem dizer sim ao sexo. Mulheres casadas, por sua vez, jamais podem negá-lo, bem como as prostitutas, o que as coloca em patamar de igualdade. Todavia, essa premissa jamais preveniu altos índices de estupro de meninas[14].

Dentro desta construção, portanto, mulheres não se aproximam de homens. Se há esta aproximação parece que querem consentir com o sexo. Se há aproximação, portanto, não há estupro. Neste sentido, faz-se importante lembrar que a maioria das mulheres assassinadas são vítimas de seus maridos e namorados.[15]

Além disso, a autora acredita que sexualidade, gênero e reprodução não são experiências separáveis para o gênero feminino, muito embora a temática do aborto tem

---

[10]Ibid.

[11]Ibid.

[12]Ibid.

[13]MACKINNON, Catharine. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 57.

[14]Ibid.

[15]Ibid.

muito mais discutido o controle sobre reprodução separadamente da questão da sexualidade.

Constata-se que há diversos relatos de abortos provindos de estupros, que não são considerados como tal. Situações em que as mulheres não conseguiram nem se prevenirem para saciarem os desejos de seus parceiros.[16]

Aponta-se que os liberais tem presumido que a discussão sobre o aborto envolve um sexo consensual, tem defendido a questão da livre escolha na esfera privada, mas, ao mesmo tempo, tem tratado a mulher como um gênero neutro, como se não estivesse subordinada ao poder dos homens.[17]

A legislação conservadora, que ainda proíbe o aborto, deixa clara a visão masculina daqueles que fazem as leis e da falta de autonomia da mulher sobre o próprio corpo, gênero e sexualidade. Todavia, a legislação pautada em ideais liberais que traz para a esfera privada a decisão, também desconsidera a mulher, porque não presume seu contexto de privacidade dentro da própria esfera privada.[18]

Ao formular sua teoria política feminista, Mackinnon discorre muito sobre a necessidade de um método feminista como um método de aumento de conscientização. Para ela, o aumento da conscientização é o método da teoria feminista da mesma forma que o materialismo dialético é o método do marxismo.[19]

A autora aponta que o feminismo é a primeira teoria que parte daqueles que se beneficiam dela, o que já é um grande avanço. Sendo assim, acredita que o aumento da consciência sobre as questões que envolvem o feminismo está nas próprias mulheres perceberem seu *status* perante a sociedade na qual estão inseridas.[20]

Para a autora, quando mulheres compartilham dessa consciência de como são inserida em uma sociedade às vezes tentam procurar experiências diversas: não casar e divorciar, por exemplo. Nestes momentos, todavia, é que percebem o quanto são dependentes economicamente, o quanto tem pouco dinheiro circulando nas mãos de muitas mulheres. Isso porque, de acordo com ela, o trabalho da mulher é considerado

[16]Ibid.

[17]Ibid.

[18]Ibid.

[19]Ibid.

[20]MACKINNON, Catharine. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

inferior e o trabalho inferior é considerado para a mulher.[21]

A autora também destaca que a construção da identidade feminina é uma construção sobretudo social, limitando a capacidade das mulheres ao que, de fato, signifique ser uma mulher e como deve se portar. Aquelas mulheres que resistiram a seguir estes padrões são consideradas menos mulheres, menos femininas.[22]

Sendo assim, demonstra-se que o feminismo não entendido como uma teoria pautada em um método de análise devidamente sistematizado, mas como uma coleção de reclamações e problemas que levam em consideração a realidade do gênero feminino. Portanto, torna-se desafio demonstrar que a teoria feminista é tão sistematizada quanto outras teorias.

b) O desenho de um estado masculino e machista

MacKinnon desenvolveu grande parte de sua obra sobre as diferenças envolvendo questões relativas a gênero, bem como nas relações hierárquicas desenvolvidas, pelas quais mulheres subordinam-se a homens.

Neste sentido, Mackinnon estabelece que:

As formas de domínio dos homens sobre as mulheres tem acontecido tanto economicamente quanto socialmente, tanto pela omissão jurídica em relação a estas questões, quanto em contextos privados.[23] (tradução do autor)[24]

Sendo assim, percebe-se, pela autora, que há uma forte tendência em desrespeitar as mulheres tanto em setores públicos quanto privados das sociedades.

Além disso, MacKinnon procura estudar as relações entre as teorias feministas, marxistas e liberais.

MacKinnon acredita que da mesma forma que o trabalho está para o marxismo, a sexualidade está para o feminismo. Sendo assim, da mesma maneira que o trabalho forma os seres humanos como são, a sexualidade também o faz, transformando os indivíduos em dois: os homens e as mulheres.[25]

---

[21] Ibid.

[22] Ibid.

[23] MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 191.

[24] Texto original: "*Men's forms of dominance over women have been accomplished socially as well as economically, prior to the operation of law, without express state acts, often in intimate contexts, as everyday life*".

[25] MACKINNON, Catharine. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

Para a autora, a heterossexualidade conduz a estrutura da sociedade, desenhando toda uma dinâmica de como deve ser o comportamento de cada gênero, da família, da reprodução de formas congeladas, pré-estabelecidas, com papéis sexuais fixos generalizados, conduzindo um indivíduo a assumir uma identidade social forçada. A justificativa para MacKinnon é a necessidade de controle, referindo-se sobre tanto o marxismo quanto o feminismo versarem sobre questões de poder mal distribuídos de forma sistemática e injusta.[26]

Neste sentido, MacKinnon faz algumas perguntas retóricas e reiteradas ao decorrer de sua obra, das quais, salienta-se: o capitalismo seria uma consequência da dominação masculina ou a dominação masculina seria uma consequência do capitalismo? A riqueza dos homens ricos tem a ver com a pobreza das mulheres pobres?[27]

Todavia, MacKinnon critica o fato que teorias marxistas e teorias feministas, em vez de se auxiliarem, acabaram desconsiderando-se ou se contrapondo entre si.[28]

MacKinnon entende que ambas as nuances devem ser levadas em consideração. A dominação de mulheres, por exemplo, acontece entre as classes sociais.[29]

A autora concorda, por exemplo, com a crítica marxista de que as mulheres de classes mais altas beneficiam-se mais do discurso feminista. Todavia, reitera diversas vezes que a teoria marxista verifica a situação da dominação de classe sob uma perspectiva masculina.[30]

Autores como Luxemburg e Mill entendem que as mulheres derivam sua posição de classe com os homens com os quais estabelecem alianças e, por isso, acabam não lutando contra a dominação. Sendo assim, Luxemburg enxerga a mulher burguesa como a parasita do parasita e a mulher proletária como a escrava do escravo.[31]

De acordo com a autora, Marx entendeu que a condição feminina era fruto da natureza, enquanto a Engels, por sua vez, considerou as mulheres, mas falhou em suas

---

[26]Ibid.

[27] MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

[28]Ibid.

[29]MACKINNON, Catharine. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 79.

[30]Dworkin, Andrea. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. In: **Harvard Journal of Law & Gender**, vol. 28, winter, pp. 465.

[31]Ibid.

explicações sobre as condições da mulher.[32]

Em crítica a Marx, MacKinnon demonstra que as questões de classe social devem levar em consideração as questões feministas, quando se verifica, por exemplo, que, um homem da classe trabalhadora, vende suas filhas e esposa para poder sobreviver. Ele não se vende, ele vende suas mulheres.[33]

Outra crítica à teoria marxista é levantada, porque quando se fala em "classe trabalhadora" parece que se esquece das mulheres que ficam em casa, cuidando dos filhos e da casa. Não são consideradas trabalhadoras por isso. Elas não são consideradas, pela teoria marxista, como trabalhadoras de verdade, nem quando, de fato, trabalham.[34]

Para Engels, as mulheres tem trabalhos típicos: os trabalhos domésticos e a maternidade. Além disso, devem lidar com a monogamia e a prostituição ao mesmo tempo. Sendo assim, a questão da mulher seria resolvida pelo socialismo que, por sua vez, insere-a no mercado de trabalho. Marxistas, contudo, criticam Engels, uma vez que não se verifica diferenciação entre sua teoria e a liberal.[35]

Engels também salienta que a subordinação sexual da mulher, que muitas vezes a leva à escravidão sexual existe exatamente por conta da monogamia, que, por sua vez, somente existe para garantir a paternidade dos filhos – conceito estritamente relacionado ao conceito de propriedade privada. Neste sentido, entende-se que a monogamia, que sempre foi monogamia somente para a mulher, nasceu da alta concentração de riqueza nas mãos dos homens. [36]

Engels também acredita que a mulher trabalhadora não é dominada. A mulher inserida no mercado de trabalho, de acordo com ele, tem os mesmos instrumentos que o homem inserido no mercado de trabalho e que ela, portanto, somente seria oprimida pelo capital se estivesse em uma sociedade capitalista. Todavia, MacKinnon contesta duramente esta posição, uma vez que exclui uma série de questões que envolvem ser mulher. [37]

Engels também salienta, e com isso MacKinnon concorda, que a condição econômica feminina varia muito mais que a dos homens, uma vez que um casamento pode proporcionar-lhes uma ascensão econômica jamais conseguida com seus próprios trabalhos. Da mesma forma, divórcio e idade desvaloriza as mulheres

[32]Ibid.

[33]Ibid.

[34]Ibid.

[35]Ibid.

[36]Ibid.

[37]Ibid.

economicamente.[38]

A autora indica que para a sociedade uma mulher é quem vive em um corpo feminino. Poucos, contudo, alegam que uma mulher seja alguém que se enxergue como tal e assim defina-se. [39]

Para a autora ser mulher é acima de tudo um ato político. Sendo assim, ela entende que a teoria feminista parece muito mais estar preocupada com a questão política e econômica da mulher do que com outras questões. Há que se considerar, contudo, o processo de determinação feminino [40]

Marxistas criticam a teoria feminista por considerá-la burguesa e uma prova disso é que embora a teoria liberal feminista, tenha pontos fracos, também tem muitos pontos fortes.[41]

Além disso, alguns marxistas entendem que o feminismo desconsidera as lutas de classe e desune o proletariado. Sendo assim, preferem não considerar uma classe. Todavia, há algo bastante interessante nesta análise que é o fato da mulher mudar de classe social por conta do marido.

Marx também considera a teoria feminista como individualista e idealista.

A autora também parece concordar com a ideia de que a teoria feminista parece não abraçar os sentimentos da mulher e as peculiaridades de cada classe social nas quais as mulheres estão inseridas.

De acordo com a autora, a teoria feminista enxerga o casamento como um local de dominação masculina, violência e exploração reprodutiva – ou seja, o primeiro local de exploração da mulher. Longe de serem forças contraditórias, o capitalismo estabelece a mesma força controladora que a família exerce.[42]

Sendo assim, percebe-se que marxismo e feminismo são vetores distintos com um ponto de convergência: as mulheres trabalhadoras.[43]

MacKinnon alega também que a reprodução é estrutura fundamental da questão

---

[38]Ibid.

[39]Ibid.

[40]Ibid.

[41]Ibid.

[42]MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 89.

[43]Ibid.

materialista a qual está inserida a mulher.[44]

A mulher trabalhadora, para MacKinnon, é uma escrava não reconhecida com tal. O trabalho doméstico é gratuito. A mulher precisa trabalhar em casa para manter a família (marido e filhos).[45]

O matrimônio é um bom negócio para o homem, porque o trabalho doméstico gratuito é garantindo, bem como a criação dos filhos e o sexo. O capitalismo verifica no casamento uma oportunidade para perpetuar a exploração. O salário do homem trabalhador não é baixo somente para o homem trabalhador, mas para a esposa que precisa garantir o bem estar do marido.[46]

Vale ressaltar também uma relação que a autora faz do trabalho doméstico com a invisibilidade e ainda ressalta que às vezes o homem pode ser considerado empregador da mulher, mesmo que da mulher burguesa, que também realiza o trabalho doméstico, mas de outra maneira. Ou seja, da mesma maneira que homens são explorados pelo capital, as mulheres são exploradas pelos homens.[47]

Todavia, a autora aprofunda-se no tema e entende que ser esposa não é somente um trabalho para a mulher, mas um trabalho forçado dadas as poucas escolhas que uma mulher, por ser mulher, tem para fazer em sua vida.[48]

Catherine Mackinnon acredita fortemente que o feminismo não tem uma teoria de estado e que a ideologia feminista oscila entre uma teoria feminista de esquerda e de direita. Sendo assim, em tempos liberais, o Estado é visto como um elemento neutro que balanceia interesses e nesse contexto as mulheres ganham voz. Em tempos de governos de esquerda, utiliza-se a legislação para dominar e oprimir, legitimando-se uma ideologia.[49]

A autora aponta também para o fato de que as relações entre homens e mulheres sejam relações políticas.[50]

Para ela, nem o liberalismo, nem o marxismo conseguiram garantir os direitos

---

[44]Ibid.

[45]MacKinnon, Catharine. **Sexual Harassment of Working Women: A Case Of Sex Discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979, p. 19

[46]MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 88.

[47]Ibid.

[48]Ibid.

[49]Ibid.

[50]Ibid.

das mulheres, uma vez que, parece que o conceito de Estado foi justamente construído sob um óptica machista, que atende aos homens e corrobora para exploração das mulheres.[51]

A questão da moral, por exemplo, está muitas vezes associada à política e a moral (moralismo) é visto geralmente por uma vertente masculinizada, machista.[52]

Dentro deste Estado, a prostituição pode ser legal ou ilegal, mas as mulheres, com ou sem legislação aplicável, são compradas e vendidas como prostitutas. A falta de dinheiro nas mãos das mulheres não lhes permite que sejam independentes dos homens. Elas estão disponíveis ao sexo e à reprodução.[53]

A autora indica que as cortes ao redor do mundo corroboram com o discurso sexista, uma vez que não conseguem contornar as questões anteriores referentes a estupros, pornografia, desigualdade.[54]

Aponta-se também que a única maneira de tratar com a questão é a partir da premissa que a existência do gênero feminino é uma existência de desigualdade, que precisa ser compreendida de dentro para fora, sob um olhar feminista, e somente dessa forma que a legislação poderá trazer a igualdade para as mulheres, quebrando-se com o ponto de vista masculino sob o qual a legislação tem sido elaborada.

Sendo assim, o primeiro passo para a elaboração desta legislação seria por meio de tais identificações (das necessidades das mulheres pelos olhos da teoria feminista, das mulheres) e o segundo seria a identificação das maneiras pelas quais os homens exercem poder sobre as mulheres. É necessária uma teoria feminista de Estado, um estado percebido pelo olhar feminista.

c) Movimento antipornografia

MacKinnon tem se manifestado contra a prostituição e a pornografia. Contra a prostituição tem apontado inclusive que se fosse, de fato, uma escolha livre, não seriam somente as mulheres poucas escolhas as mais freqüentemente encontradas fazendo isso; o que leva ao etendimento de que a prática da prostituição tem funcionado como espécie de "imã de vulnerabilidades".[55]

---

[51]DWORKIN, Andrea. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. In: **Harvard Journal of Law & Gender**, vol. 28, winter, pp. 470.

[52]Ibid.

[53]Ibid.

[54]Ibid.

[55]MACKINNON, Catherine. **Are Women Human? And other International Dialogues**.

No que se refere à pornografia, MacKinnon apontou também que se assume que o consentimento leva mulheres à pornografia, mas é preciso olhar de perto os joelhos esfolados, as contusões, os vergões dos açoites, os riscos, os cortes[56]. Muitos deles não são simulados.[57]

Ou seja, a manifestação de MacKinnon, então, não é sobre moralismo. Pelo contrário, procura observar de perto a pornografia, entender suas nuances e defender os direitos daqueles que a esta indústria submetem-se.

A autora traz o tema da mulher como objeto sexual do homem, uma vez que o homem exerce sua dominação por meio do sexo.

Sendo assim, acredita-se que uma teoria feminista de gênero deve levar em consideração temas como: assédio sexual, abuso, estupro, prostituição e pornografia.

Sobre sexualidade em *Toward a Feminist Theory of State,* levantou-se que é na sexualidade que o gênero se constrói, com suas obrigações, características e renúncias e que depois de Lacan e Foucault, passou-se a afirmar que a sexualidade é socialmente construída. Neste sentido, a sexualidade feminina, por sua vez, sempre foi reprimida, proibida. A sexualidade feminina sempre foi focada no ato de reprodução.[58]

A rejeição ao sexo por parte das mulheres, para a autora, é socialmente construída. É essa rejeição que incita o estupro. Dessa forma, uma força que destoa de certas características situacionais básicas não parece estupro, mas é, uma vez que para a sociedade parece que se define sexo por tudo que dá ao homem uma ereção.[59]

Possessão e uso da mulher por meio de sua sexualização e o acesso a sua sexualidade é o fato central para a definição social do seu caráter inferior dado à mulher dentro da sociedade.

Na sociedade contemporânea, esta intrusão na sexualidade feminina, conforme explicita Mackinnon, acontece por meio da pornografia, que consiste em tráfico tecnológico de mulheres.

Andrea Dworkin, que, por sua vez, reforça a ideia de que a pornografia é uma forma de dominação do homem sobre a mulher. Trata-se de colocá-la no lugar onde ela

---

Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 156.

[56]MACKINNON, Catherine. Sexuality, pornography, and method:" Pleasure under Patriarchy. **Ethics**, v. 99, n. 2, p. 314-346, 1989, p. 76.

[57]Ibid.

[58]MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 102.

[59]Ibid.

realmente estaria no imaginário masculino: em um lugar de desigualdade.[60]

Neste sentindo, faz-se importante ressaltar que a crítica feminista à pornografia não é uma crítica moralista (moralismo pautado em machismo), mas uma crítica contra a condição a que mulheres são colocadas. Trata-se de uma crítica política.[61]

O discurso liberal que permite a pornografia como forma de liberdade sexual é machista. A questão da imaginação não é verdadeira, porque em algum lugar do mundo aquelas mulheres estão sendo violadas. Todavia, a autora reporta que as cortes estadunidenses tem decidido em acordo com o discurso liberal e ignorando a teoria feminista.[62]

Para a autora, a desigualdade perante os sexos tem definido mulheres como mulheres. Se a igualdade entre sexos existisse, as mulheres não seriam economicamente dependentes, a pornografia e a prostituição não seriam amplamente aceitas, bem como o estupro.[63]

Nos Estados Unidos há um acordo que o Estado é capitalista e masculino. Este discurso, para a autora, tem dominado a política, a lei e a percepção da sociedade.

É interessante ressaltar também no discurso de Mackinnon que a origem desta dominação é uma questão biológica e mulheres que desejam ser diferentes sofrem com a questão.[64]

Dentro deste contexto, há um grande desafio: dar às mulheres tudo o que não tiveram acesso, bem como não lhes deixar perder as experiências com suas lutas.

4. Algumas considerações sobre Mackinnon a luz de Martha Albertson Fineman

Catherine Mackinnon fez um trabalho muito importante, uma vez que discutiu a invisibilidade da mulher perante as leis, o que é uma questão de método, e o que dá uma

[60]Dworkin, Andrea. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. In: **Harvard Journal of Law & Gender**, vol. 28, winter, pp. 480.

[61]MACKINNON, Catherine; Dworkin, Andrea. In **Harm's Way: the Pornography Civil Rights Hearings**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 70.

[62]MACKINNON, Catherine. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 75.

[63]Ibid.

[64]MACKINNON, Catherine; Dworkin, Andrea. In **Harm's Way: the Pornography Civil Rights Hearings**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 77.

tom mais pragmático para o discurso feminista.

A questão da pornografia é uma tema pouco trabalhado e também mérito da autora, uma vez descontrói o argumento do sexo livre e que coloca a pornografia em um patamar de superioridade em relação à prostituição.

Fineman, contudo, faz fortes críticas ao trabalho de Mackinnon, as quais precisam ser compartilhadas. Ela aponta, por exemplo, que Mackinnon não discorreu sobre a questão da igualdade de pagamento, bem como igualdade no acesso ao emprego por parte das mulheres.

A autora critica fortemente a posição de Mackinnon, uma vez que, segundo ela, Mackinnon elabora um método feminista de análise bastante focado na questão da sexualidade feminina, considerando mulher qualquer mulher, sem que, de fato, sejam consideradas diferentes nuances.

Sugere-se que Mackinnon não se permite vislumbrar um mundo que não tenha os defeitos que este mundo possui. Ela não parece entender que não haja outro feminismo a ser seguido a não ser o seu próprio feminismo.

Fineman, por sua vez, parece entender as nuances do ser humano e suas implicações numa escala de poder, sendo assim, critica Mackinnon, porque entende necessária uma teoria feminista cujo método leve em consideração as nuances do ser humano, uma vez que verdades inquestionáveis não podem supostamente ser impostas se que se leve consideração o caso concreto.[65]

5. Considerações finais

Analisando a obra de Mackinnon, percebe-se o quanto ela pode contribuir para a sociedade, tanto no campo teórico, quanto nas cortes para defender o direito das mulheres ao redor do mundo.

Aos que acreditam que Mackinnon possa ser radical em seus comentários às vezes, acredita-se que seu radicalismo não se compara ao radicalismo ao qual mulheres estão submetidas em seu dia-a-dia.

Aos que acreditam que ela toma um tom generalista, trata-se de uma critica que vale a pena ser levada em consideração, uma vez que ser mulher pode ter diferentes significados dependendo da sociedade em que se está inserido.

Todavia, é inegável sua contribuição, sobretudo no que diz respeito a fazer uma análise sobre o ponto de vista da adoção de uma política de estado que supera qualquer

[65]FINEMAN, Martha Albertson. The Vulneralble Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. In: **Yale Journal of Law and Feminism Review**; volume 2, issue 1, article 2, 2008, p. 19.

modelo anteriormente pensado.

Referências

Dworkin, Andrea. Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality. In: **Harvard Journal of Law & Gender**, vol. 28, winter, pp. 461-481.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulneralble Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. In: **Yale Journal of Law and Feminism Review**; volume 2, issue 1, article 2, 2008, p. 1-23.

MacKinnon, Catharine. **Sexual Harassment Of Working Women: A Case Of Sex Discrimination**. New Haven: Yale University Press, 1979.

_____. **Feminism Unmodified**: Discourses on Life and Law. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1979.

_____. **Toward a Feminist Theory of the State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989.

_____. Sexuality, pornography, and method:" Pleasure under Patriarchy. **Ethics**, v. 99, n. 2, p. 314-346, 1989.

_____. **Only Words**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

_____; Dworkin, Andrea. **In Harm's Way: the Pornography Civil Rights Hearings**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

_____. **Women's Lives, Men's Laws**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

_____. **Are Women Human? And other International Dialogues**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006

LA OPINIÓN PÚBLICA Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Washington Luiz Testa Junior[1]

Sumario: 1. Introducción; 2. La estructura básica del concepto de opinión pública; 3. Perspectiva histórico del concepto de opinión pública; 4. Dimensión político-ideológica: ¿cuál es, realmente, el problema?; 5. Autorregulación: una solución democrática; 6. Conclusiones

1. Introducción

Pensar en «opinión pública» es estar delante de un instrumento que inspira la idea de participación plural en las cosas que son de interés de todas las personas. Es decir, tratase de un mecanismo tan importante para la noción de democracia, que fue considerada como una alternativa para superar los déficits democráticos de las políticas contemporáneas.

Tiene relación próxima con las esferas del poder y de los procesos políticos, porque en su génesis trae caracteres de legitimación y de pluralidad, o sea, de aceptación general de una comunidad o grupo para determinado asunto o hecho y, por eso, despierta los más diversos intereses económicos, socioculturales, políticos, comunicacionales, etc.

Investigar tal concepto presentase indispensable, también, para comprender su relación con los medios de comunicación social (televisión, radio y periódicos), especialmente aquello que busca en la atmosfera pública legitimar ideas o interés privados, desvirtuando el sentido do que sea razonablemente admitido como «opinión pública».

Con este fin, pues, lo texto pretende explorar tal concepto, al longo del tiempo y del espacio, estableciendo algunas esferas o perspectivas de abordaje conceptual o estructural del tema, a partir de algunas comprensiones como la doctrinal, la histórica, la social, la política y, principalmente, la jurídico-científica, todo, con efecto para la autorregulación o corregulación de los medios comunicacionales.

No si trata de misión fácil diagnosticar tal conceptuación, al contrario, pues hay algunos significados para designar «opinión pública» según el punto de vista de la persona y de lo objeto relacionado. Por ejemplo, si al campo de la comunicación o del periodista, o si en las ciencias sociales, o si con las personas con un poder cualquier como

[1]Es doctorando en Derecho (línea: Teoría del Derecho y de la Ciencia Jurídica) en la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Murcia (EIDUM) - España, en cotutela con la Universidade Estadual do Norte do Paraná - (UENP) – Brasil. Autor del libro "Informação, Direito e Verdade: regulação constitucional da imprensa", Juruá, 2011. Profesor de grado y pos grado en la Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO – Brasil. Correo electrónico: testaw@hotmail.com

lo gubernamental.

Delante de esa complexidad en establecer una noción conceptual de la expresión que, Monzón, propone la análisis de la comprensión de los fenómenos de la «opinión pública» de acuerdo con las aportaciones que ciertos autores han hecho sobre esta cuestan, asociándola la discusión entre espacio público y político, esfera pública y privada.

En este sentido, metodológicamente, explorar el concepto referido en Habermas sobre la noción de espacio público. También, explóralo no solamente como un aspecto sociológico, pero antes de Habermas con vistas en la doctrina y al discurso político/ideológico de algunos pensadores del siglo XVIII y miembros del *Círculo Social*, como presenta Nascimento.

2. La estructura básica del concepto de opinión pública

Secularmente inúmeras fueran las explicaciones del concepto investigado, pero solo en los últimos dos siglos es que los estudios llegaran a un posible consenso de que sea «opinión pública». Mismo así, no hay un concepto unívoco, al contrario, es complejo y polisémico porque condicionado por las distintas perspectivas o sentidos del tema (social, político, científico, etc.), cambiándose al largo del tiempo y del espacio.

Explica Monzón que la polisemia de la expresión tiene raíz en el modo pelo cual aparece lo enfoque sobre el tema, tal como se analizada por el hombre común de la calle que la toma para orientarse sobre asuntos públicos, o si por el político pelo controle y manipulación, o por el científico que la investiga por el efecto social[2].

Por lo tanto, tratase de un tema complejo como opina Park al decir que "La opinión pública es una cosa más compleja de lo que han supuesto los analistas que han intentado disecarla y medirla. El mismo sentido, Sprott diciendo que "es difícil expresar en términos exactos qué significa opinión pública"[3].

Los ejemplos de esa polisemia y complexidad son constatados por el conjunto de esferas o perspectivas de comprensión del tema, como las ciencias jurídico-políticas donde se han investigado la expresión con vistas institucional, la racional donde el concepto de «opinión pública» se confunde con la concepción liberal y la racionalidad del hombre, o cultural donde se la mira como pensamientos o sentimientos colectivos, etc.

En la sociedad actual, surgen otros temas o formas de analizar tal concepto, como la comunicación política, el estudio del clima de opinión y del espacio público, los estados

[2] Monzón, C. (1996): "Opinión pública, comunicación y política", p. 323

[3] R. E. Park y W. J. H. Sprott citados en Monzón, C., op. cit., p. 21

y corrientes de opinión, la opinión pública internacional, la comprensión de la opinión pública como un concepto abierto, y la sociología de la comunicación de masas.

Habermas ha contribuido sustanciosamente para la comprensión del concepto de opinión pública (öffentliche meinung), siendo tema de su pesquisa como ha hecho en 1962, asociándola con la idea de espacio público (öffentlichkeit) e identificando la diversidad de fenómenos que inciden sobre el aludido término.

Para el «opinión pública» significa cosas diferentes conforme se la contemple, o sea, como una notoriedad pública (en termos del ejercicio del poder político y social), como una notoriedad pública (en termos de representatividad de personas e instituciones, de bienes de consumo y propagandas), por lo tanto, depende de cómo explorarla conceptualmente.

Dentro de la variedad y complexidad que inspira tal expresión, pudendo ser analizada por algunos ángulos de estudios, el autor trae una perspectiva sociológica resaltando la grande importancia del tema para una política deliberativa (discusión abierta y plural), más democrática, en sociedades contemporáneas, pero umbilicalmente vista con la idea de espacio público.

Explica lo autor alemán, la relación de «opinión pública» con «espacio público»:

> Por espacio público un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública. La entrada está fundamentalmente abierta a todos los ciudadanos. En cada conversación en la que los individuos privados se reúnen como público se constituye una porción de espacio público. (...) Los ciudadanos se comportan como público, cuando se reúnen y conciertan libremente, sin presiones y con la garantía de poder manifestar intereses generales[4].

En este sentido *habermasiano*, observa la catedrática de la Universidad de Barcelona, Cucurella, que esta asertiva que ha hecho lo filósofo y sociólogo alemán, deja claro que no será un espacio político/público "sino ciudadano, civil, del 'mundo de la vida' y no de un determinado sistema o estructura social"[5].

Con efecto, por ejemplo, cuando los medios de comunicación de masas (televisión, radio y periódico) dicen por si (y no por el público) lo que es la opinión para determinado hecho cualquier, como se fuese la propia persona y no su porta-voz, está causando daño en la naturaleza axiológica del término porque el ciudadano es determinado por el grupo o estructura detentora del poder comunicacional y no aquello

[4] Habermas, J. (1981): "Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública", p. 9

[5] Habermas citado en Cucurella, M. (2001): "La opinión pública en Habermas", pp. 51-70

de las calles (de la vida).

Lo autor alemán propone caminos para definir «opinión pública», siendo uno de ellos el liberalismo que pretendió salvar el término y un público raciocinante en el ambiente del público meramente aclamativo, que es así incentivado por una publicidad desintegrada difundida por los medios de comunicación de masas con el fin de dificultar mismo la formación de la opinión pública.

En este sentido es Hennis, cuando escribió *Meinungsforscung un repräsentative demokratie* (1957):

> Se comprende que sea mucho más difícil formar una opinión pública a partir del desierto de sentimientos, difusas opiniones y popularizados puntos de vista difundidos por los medios de comunicación de masas, que a partir de la polémica racional entre las grandes corrientes de opinión que pugnan entre sí en la sociedad civil. Porque hay que admitir que es más difícil que nunca en que una opinión pública consiga imponerse[6].

El propósito de los medios de comunicación de masas es mucho claro, por supuesto, púes trae información demasiada sobre determinado asunto o hecho para confundir la formación de la opinión pública y, al mismo tiempo, no raras veces, agrega opiniones de personas populares con la intención de formar la opinión que les interesa.

Para muchos, eso es lo que se puede llamar de «nuevo analfabetismo» donde lo flujo de información es tan grande, y en un espacio de tiempo curto, que las personas no tienen condiciones de procesar debidamente las cosas en el campo cognitivo, así, sin la racionalidad que se espera y que permite la real y verdadera formación de un juico crítico opinante.

Tratase de una mala realidad para la democracia, la libertad comunicacional, las personas en general porque las cosas (opinión, información, noticia, etc.) vienen listas/formadas, haciendo con que no se piensen pero solo las absorba, de tal forma que lo individuo cada vez más tenga una especie de pereza mental (proceso de atomización del pensamiento), así, tornase más fácil la dominación.

El autor alemán propone, así, un concepto de «espacio de opinión pública» como siendo:

[6] W. Hennis, citado en J. Habermas, op. cit., p. 263

> La esfera o el espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomadas de postura, es decir, de *opiniones*, y él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos[7].

En esta forma, la opinión solo puede decirse pública cuando formada en un espacio abierto/plural (sin distinciones de personas, pero que tenga el ciudadano civil), donde los asuntos y las opiniones tienen libre curso (sin coacción), donde los individuos puedan pensar autónomamente (sin manipulación) y, colectivamente, llegar a una conclusión.

3. Perspectiva histórico del concepto de opinión pública

Comprender o que sea el concepto de opinión pública implica conocer, al largo del tiempo y del espacio, los cambios y las implicaciones por las cuales tiene pasado este fenómeno que, nunca será demás repetir, es considerado en las democracias actuales como mecanismo de equilibrio y credibilidad político-social.

El surgimiento de las discusiones acerca del término ocurre en torno a la Revolución inglesa y las discusiones que la permeaba, tal como la libertad de expresión frente a la censura, pasando por las evoluciones que han ocurrido en valores como la propia opinión, lo derecho de información, de expresión, hasta llegar al concepto a finales del siglo XVIII.

A esta importante fase de la construcción del concepto la doctrina denomina de *escuela fisiocrática* (la cual se debe la primera formulación doctrinal sobre el término), según la cual "hay una estrecha relación entre orden natural, leyes, razón y opinión pública"[8]. Es decir, quien gobierna es la opinión pública y no el rey, siendo eso un proceso natural (derecho natural).

Interesante, todavía, no es tanto esta fase de proceso de formación del concepto, pero el concepto propiamente dicho a qué se llega a finales del siglo de las luces. En esta forma, prosigamos con un mirar en la esencia y revisión liberal en relación al término «opinión pública», porque representa la pasaje de una opinión pública que se pretendía

[7] Habermas cuando escribió "Facticidad y validez", citado en Cucurella, M. B., op. cit., p. 66

[8] Monzón, C., op. cit., p. 50

absolutamente libre para la realidad da representatividad de los grupos/clases.

El liberalismo, inspirado con la filosofía del hombre libre y racional, difunde una serie de principios políticos relacionados con el ideal democrático, tal como las libertades públicas en general y, en las palabras de Sabine, "el control de las instituciones políticas mediante una opinión pública informada"[9].

En este sentido, Monzón apunta la noción liberal del concepto de «opinión pública», en un dialogo con el pensamiento de algunas personas en ese periodo de ruptura entre o silencio impuesto por el absolutismo y la necesidad del hombre hablar/opinar/decidir libremente:

> La opinión pública, dice G. Germani, se convierte en el mecanismo ideal para alcanzar ciertas verdades en el terreno político y social, que otrora estaban reservadas a la revelación o la autoridad, y el debate público, llevado por personas privadas con capacidad raciocinante y discursiva, conducirá a o que C. Wright Mills llama el "concepto de autoridad debatida". La verdad y la justicia ya no se hacen depender del poder establecido, sino de la sociedad entendida como un gran organismo de discusión libre, donde todo el mundo puede opinar, escuchar, discutir, plantear problemas y hacer que la idea ganadora se plasme en una solución práctica. Con este sistema hemos entrado en el Régimen de Opinión[10].

En esta atmosfera de abertura/discusión es que la «opinión pública» articulase en el liberalismo y se ubica en la sociedad civil, asumiendo el papel de portavoz de la "razón que expresa y defiende el orden natural y le dice al poder donde debe estar y cómo debe actuar"[11]. Por otras palabras, ella se convierte en las lentes fiscalizadoras del público frente al poder político.

En ese panorama de efervescencia de libertad, también, surge un seguimiento intelectual en Francia denominado *Circulo Social*, integrados por los intelectuales de entre los cuales son sus fundadores, en 1790, Claude Fauchet y Nicolas de Bonneville, con el fin de movilización popular de vigilancia pública, asumiendo el pueblo la soberanía de forma directa.

Nascimento observa que:

> La propia exigencia de un público esclarecido que deba funcionar como un mecanismo de presión sobre el poder constituido, en lo caso la asamblea nacional, de cierta manera ya apunta para lo intelectual del tipo pedagogo y militante cuya preocupación principal es la difusión de las ideas a través de los órganos de impresa y por la fuerza de la elocuencia[12].

---

[9] G. Sabine, citada en Monzón, C., op. cit., p. 54

[10] Monzón, C., op. cit., p. 54

[11] Ibíd., p. 66

[12] Nascimento, M. (1989), "Opinião Pública e Revolução", p. 21

El movimiento tenía un mecanismo de difusión de información e ideología llamado de *La Bouche de fer*, con textos diciendo lo que era la opinión pública sobre determinado hecho, siendo los mismos producidos por sus miembros (los intelectuales), tiendo como el patrono del grupo las ideas de Rousseau en *Contrato Social.*

Entonces el público habría de ser esclarecido por los hombres de letras y, así, tener condiciones de derribar la tiranía, tornándose el único poder soberano. Viene de ese periodo la famosa idea, o sea, la opinión pública será entonces el único poder, el juez supremo, la propia verdad.

Aunque en el campo de la difusión de información sea positivo ese movimiento, que el propósito propagado fuese lo de una impresa/jornal como "un mirar omnipotente del pueblo"[13], al que parece, no corresponde a la opinión pública tal como idealizada (formada de modo libre y plural), cuando se defiende una opinión pública idealizada solo por algunas personas (los intelectuales, como se fuese los únicos con capacidad de raciocinar).

En eso Rousseau ha distinguido de los pensadores del *Circulo Social*, pues para él la opinión pública no es una fuerza a ser producida por los hombres de la letras, así como para Habermas según lo cual el espacio público (léase: opinión pública) debe ser ocupado por el ciudadano civil (del mundo de la vida).

Ocurre que aunque el liberalismo clásico tenga libertado el hombre de gobiernos autoritarios, consagrado inúmeros principios/derechos en los tratados internacionales, de entre ellos el de opinión pública, también es cierto que fue pasible de críticas y de revisión por parte de la doctrina de la época (pasaje de esta fase para la fase del Estado social), porque la idea liberal acabo por estimular (mismo plegando lo contrario) la desigualdad.

Narra la historia que en toda la Europa se instala un liberalismo conservador, que hace una revisión de los principios, originariamente proclamados como universales, para poner freno en su aplicación o extensión, y para instaurar dudas/rechazo cuanto a las ideas del derecho natural (como a de igualdad), enflaqueciendo los ideales liberales.

La verdad es que la burguesía, ahora en ascensión con las oportunidades que el Estado liberal le confiere, aprovecha para ocupar el espacio común/colectivo/público, con sus ideologías e intereses, usando de mecanismos de difusión de "información" (dirigida) con la legitimación de que ella viene con el sello de opinión pública.

En este punto, explica Monzón que:

[13] Marx, K. (1980), "La libertad de prensa", p. 42

> Según la mentalidad aristocrática y conservadora, articulada más tarde en la teoría de la sociedad de masas, la opinión pública, si existe, no es sino la expresión del sentimiento y la irracionalidad de las masas y, si tiene algo de noble y racional, ello habrá de atribuirse a las clases minoritarias y aristocráticas que son las que aportan las ideas y dirigen al resto de la sociedad. (...), normalmente se suele tomar por opinión pública la opinión de la clase dominante porque es ésta la clase que, al controlar el poder y los distintos aparatos ideológicos, difunde su pensamiento como pensamiento universal[14].

Ocurrió que el poder de las elites aristocráticas, al percibir que el absolutismo tenia caído en su agotamiento fatico delante los ideales liberales del pueblo en las calles, de forma astuta asume la bandera liberal como un manto protector para la dominación ajena pretendida (casi siempre conquistada).

Antes de la revolución liberal (*ancien régime*), el hombre era aprisionado por la imposición de la fuerza (de censura, por ejemplo) del Estado, Iglesia y elites. Después de ella, continuó detenido en las manos de la elite, pero ahora por la manipulación de una opinión que es fabricada por pequeños grupos que detienen el poder.

Oportunas son las palabras de Carvalho anota:

> En el pasado, era el Estado imponiendo el silencio a los órganos de la prensa, el costo de procesos monstruosos, violencias físicas y todo tipo de los instrumentos de censura. Hoy, es una prensa poderosa a intrusarse en las intimidades y a formar la opinión pública, con lo riesgo de conducirla, de influenciarla para ese o aquello pensar[15].

Posible afirmar, en ese sentido, que nadie mudó o mudó a la forma de Lampedusa[16], pues lo poder y la dominación continúan la misma, todavía con otra ropaje porque substituí la violencia explícita (física; militar; imposición del silencio al hombres) por la violencia latente (manipulación del pensamiento ajeno).

Mudase el rotulo (absolutismo para liberalismo), todavía las posiciones en la pirámide social son las mismas, es decir, el poder concentrado en el vértice y en las manos de la elite con la grande masa de espectadores dominados en la base piramidal. En la práctica, así, se ha producido la sensación de pluralización del discurso, pero efectivamente el permaneció como antes (polarizado).

Avanzando, un siglo más tarde, en un periodo caracterizado como sociedad de masas, el concepto de «opinión pública» es revisado por los teóricos de la época (a ejemplo de Marx) para defender el proletariado como clase ascendente y que sería la

---

[14] Monzón, C., op. cit., pp. 74-93

[15] Carvalho, L. G. (2003), "Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira", p. 22

[16] "Vamos mudar todo para que todo continúe como está", Giuseppe Tomasi di Lampedusa. "II Gattopardo" (escrito en 1956, sobre la aristocracia siciliana).

representación de la "orden natural" de la sociedad, así como los destinos del Estado.

Aquella idea del liberalismo de una opinión pública a través de todos los hombres es una ficción, porque son apenas algunos (clases o grupos) que ejercen el raciocinio público. Con eso, defendiese que ella sea como una representación por parte de ciertos grupos o clases.

Todavía, en esa perspectiva, la esencia del que sea opinión pública ha perdido en diálogo/debate, las opiniones no tienen su curso libre porque el poder de las clases/grupos las representa (las controla), lo que es ruin porque algunas personas (o sectores sociales) pueden adoptar caminos diferentes de aquello decidido por eventual representación.

De esa fase hasta los días actuales es así que la opinión pública tiene aparecido, o sea, por las manos de grupos representativos de las clases más variadas posible, que dicen lo que es o no de interés de las personas de uno u otro seguimiento social, por lo tanto, diciendo lo que es a opinión pública.

La idea de grupos o clases representativas no significa necesariamente que sean plurales y democráticas, porque muchas son mismo controladas por algunas pocos individuos, que las presiden o dirigen, diciendo lo que se debe entender o decidir sobre los hechos o asuntos que les son de interés.

Pero lo problema no reside solo en el hecho de ser la «opinión pública» condensada en la manos de grupos/clases representativa del pueblo, sino también cuando la es concentrada en un poder cualquier como aquello que advén de los medios de comunicación de masas que, a pretexto de informar el individuo, manipula el pensamiento alejo.

De esa forma, en ese plano histórico-ideológico, no tiene sido la opinión pública formada por el debate abierto y plural, sin distinciones, con la deseada racionalidad habermasiana donde las personas puedan reunirse sin presiones y decidirse libremente sobre los asuntos que son de interés general, o sea, tener opinión efectivamente pública.

En la sociedad actual, después de esas dos etapas importantes en la construcción teórica del término en análisis, Monzón (1986: p. 332-349) observa que una teoría de la opinión pública debería contar con la tradición clásica y, también, con la interdisciplinaridad del tema porque lo mismo está impregnado/usado (abierto por naturaleza que es) de variantes[17].

[17] Monzón, C., op. cit., pp. 332-349

4. Dimensión político-ideológica: ¿cuál es, realmente, lo problema?

La «opinión pública», originalmente, surge como un concepto político y racional pretendiendo representar el pueblo, por medio de un proceso natural (orden/derecho natural). Después, gana fuerza con la revolución francesa y, por consiguiente, parece en constituciones y leyes como expresión del derecho de opinión/información.

Fue estableciéndose como el referente obligado que legitima y controla el poder con la nueva postura estatal (liberal-democrática), tornándose el público poderoso política y jurídicamente a medida que ella se firma en la sociedad como un valor indispensable y con asiento de derecho fundamental en el sistema.

Todavía, luego, cae en un cierto declino porque sufre con nuevos fenómenos (a ejemplo de los efectos de la propaganda e ideologías de los medios de comunicación de masas), constatándose la utopía de que realmente sea ella un poder de la razón y lo pueblo tuviese mismo la conducción de los asuntos públicos.

De acurdo con el pensamiento de Key[18] "la imagen de la opinión pública como un gigante irresistible" sucumbe delante de los "todopoderosos manipuladores de la opinión", verdaderos arquitectos (persuasión) del consentimiento alejo para forjar la opinión pública, legitimándose así sus ideas/interés.

Complementa Monzón, explicando la variantes/cambios en las concepciones del término:

> El concepto de opinión pública como opinión de ciudadanos libres, informados y responsables, sin embargo, se irá transformando según avanza el siglo en opinión de masas incultas, irracionales e irresponsables hasta convertirse en el primer tercio de siglo XX en objeto de manipulación y control bajo el efecto de la propaganda[19].

La cuestión fue la desvirtuación valorativa (en la esencia) de la opinión pública, como también sufre otros conceptos igualmente importantes para los cambios que ocurrían en la época de la revolución francesa, como la «libertad de información» que nasce para informar, pero se invierte en manipulación.

Por otras palabras, iniciase con una buena intención de romper con la hegemonía del discurso absolutista en una esfera (información/opinión pública) que debería ser pública (abierta y plural), todavía luego desanda, al reverso, tomando caminos pretéritos por una elite que se apropia de un patrimonio común de todos (el conocimiento, el saber, la información, la opinión ajena y pública).

Originalmente la esfera pública se destinaba al acceso universal, es decir

[18] V. O. Key citado en Monzón, C., op. cit., p. 96

[19] Monzón, C., op. cit., p. 97-98

habermasiano, que la publicidad (como sinónimo de espacio y de opinión, públicos) de la esfera pública consistía en "la inclusividad conversacional a todos los individuos, en condiciones de plena igualdad formal, para la discusión de asuntos de interés general"[20], conforme explica Machado (2002: p. 149).

Todavía, los espacios públicos (opinión) de discusiones no fueran plural y abierto como idealizado, siendo abierto y frecuentado solo por esta elite instruida/intelectual en locales conocidos como *Centros de Socialización* (salones y cafés europeos), lo que Habermas llamó de "esfera pública burguesa".

En ese punto, Briggs y Burke:

> Esta refeudalización de la esfera pública torna la política un espectáculo que los políticos y los partidos procuran administrar, de tiempo en tiempo, con el consentimiento aclamante de la población despolitizada. La masa de la población es excluida de la discusión pública y del proceso de tomada de decisión, y es tratada como recurso manipulable que los líderes políticos pueden utilizar para extraer, con auxilio de las técnicas de medios, la aprobación suficiente para legitimar sus programas políticos[21].

La prensa es el grande mecanismo de difusión de eses acontecimientos todos (libertad, información, opinión), asumiendo un poder comunicacional sin fronteras y con una velocidad impresionante. Con efecto, todo que representa alguna forma de poder, rápidamente, tornase pasible de dominio, lo que ocurrió, porque formase una elite que domina el grande medio de comunicación de masas en la época que era los periódicos.

Instaurase, así, o que podríamos llamar de la *gran carrera por el poder comunicacional*, porque el significaría detener dos cosas muy caras en aquello momento, o sea, información y opinión en las manos. Esa inversión de propósitos en la titularidad y finalidad de valores públicos, remétenos a Bobbio: "tendencia no al máximo control del poder por parte del ciudadanos, pero al máximo control de los súbditos por parte del poder"[22].

Los medios de comunicación, así, son usados como un fin en sí mismo, para manipular la realidad factual (la opinión pública) de acuerdo con los intereses político, social, cultural y económico, de entre otros, y no tal como fue en el pasado idealizado, es decir, para propiciar al individuo información real y de interés general y relevante, dándole voz (participación), con eso, de darle condiciones concretas de

---

[20] Machado, Jónatas (2002), "Liberdade de Expressão", p. 149

[21] Peter Burke y Asa Briggs citados en Thompson, J. (1995), "A Mídia e a Modernidade: uma teoria social da mídia", p. 236

[22] Bobbio, N. (2000), "O Futuro da Democracia", p. 43

autodeterminación.

5. Autorregulación: una solución democrática

La libertad conferida a los medios de comunicación es para servir al individuo. Ella solo tiene validad si, como y cuando es utilizada a favor del individuo. Tratase de una libertad que está a servicio de las personas (titulares del derecho de ser informado correctamente y de participar del proceso de formación de informaciones que les son de utilidad y relevancia públicas).

Así, los medios de comunicación tienen finalidades esenciales que sirven como instrumento para la consecución de su obligación, como medio y no como fin último de la información, tal como: la procura da verdad, la garantía de un mercado libre de ideas, la protección de diversidad de opiniones, de entre otros.

De esta forma, los medios de comunicación deben inclinarse delante su finalidad, reconociendo sus problemas para, entonces, promover políticas de ajuste, de mejorías, a partir de ella propia, es decir, a partir de sus decisiones y autonomía. Para tanto, surge la propuesta de autorregulación como un mecanismo democrático donde, internamente, el proprio medio de comunicación si (auto) reglamenta.

Este proceso de autorregulación debe ser comprendido, también, con la participación de la sociedad civil (idea de Corregulación), como la televisión francesa con sus micros espacios de participación ciudadana, porque eso contribuye para la vigilancia y mejora de los contenidos vehiculados.

Esta autoconsciencia de los medios en promover la propia regulación, en coparticipación con la sociedad civil, solo no es saldable a la democracia como sirve de freno a una situación (no pretendida, pero posible) de regulación estatal, o sea, como ultima *ratio* la salida estatal como mano amiga y no enemiga de la libertad comunicacional.

Fiss explica que: "en cuanto la estructura tradicional reposa en la vieja idea liberal de que el Estado es enemigo natural de la libertad, ahora estamos siendo solicitados a imaginar el estado como amigo de la libertad"[23]. Claro que hay un riesgo cuando si considera el Estado reglando la libertad, pero, se no hay respeto a los principios y directrices inspiradoras de esta libertad comunicacional, entonces lo remedio seria la regulación.

La cuestión de la autorregulación es un debate reciente en la historia de los medios de comunicación, a ejemplo de la región latinoamérica, donde la discusión se reduce a un grupo pequeño de textos. En la España, todavía, ya hay un movimiento

[23] Fiss, O. (2005), "A ironia da Liberdade de expressão", p. 60

académico (sobre todo entre los periodistas) que gana fuerza poco a poco.

Es una materia afecta a la deontología y la ética periodista, implicándole un compromiso de identidad con sus finalidades y una percepción del valor que lleva la información como mecanismo de reproducir hechos reales, con eso, propiciar al individuo condiciones de autodeterminación social, política, económica, etc.

En fin, es necesario que los medios de comunicación tienen en mente el espirito de prensa y no de empresa, prestigiando el pensamiento marxista delante una prensa como función, es decir, de ser el mirar omnipotente del pueblo y no instrumento de poder y dominación de los individuos a partir de una opinión publicada-editada.

6. Conclusiones

Observase que el paradigma que liberó la información de los sótanos cerrados de la Iglesia, que libertó la expresión de la censura del Estado, y que abrió los espacios destinados al público y que estaban también cerrados, en el pasado, a fin de que fuese de dominio público, a partir de la revolución de la prensa con Gutenberg (1450) y pasando por las grandes revoluciones setecentistas, sufre esta anomalía en su naturaleza jurídico-ideológica (informar y expresar para formar hombres ideológicamente libres).

Importante desmitificar falsas nociones como a de que el postulado liberal es condición única a la formación libre de opinión pública, pues el postulado solo garante que el informador noticie o que él quiera, de la manera como quiera y no momento que quiera vehicular. En este sentido, la opinión no es pública (formada de manera libre por los destinatarios de la información), pero publicada (opinión privada o editada tornada pública).

Por eso surge la importancia de una (re)visitación en el concepto de libertad, también, porque conexo al de opinión pública. La dimensión liberal fue y aun es importante, pues al limitar el poder e el arbitrio estatales propicia al hombre la libertad negativa, pero, ahora, se presenta insuficiente. El liberalismo perdió su validez en la contemporaneidad.

Así, actualmente, necesario la dimensión social de ser libre, es decir, de participar activa e igualmente de las decisiones que influencian la vida en sociedad, de gozar la libertad con opción real de elección (autodeterminación), y no solamente como condición de no ser molestado o cerceado por los otros.

En la actual cuadra constitucional, todavía, los valores del pluralismo, de la democracia (espacio público *habermasiano*) y de la información, entre otros, inspira una (r)evolución jurídico-social en el actual paradigma de la libertad comunicacional, donde el individuo tenga participación no proceso de formación de la noticia de interés general y de relevancia pública.

Para eso, la propuesta de autorregulación o corregulación como mecanismo de un reequilibrio entre las libertades de prestar información y de obtener información, porque aquella sirve a esta, y no al contrario. Así sería mejor porque democrático, al envés de una no pretendida, pero quizá necesaria regulación estatal como un antídoto contra abusos del poder comunicacional.

Bibliografía

Aragon, Manuel (1989). "Constitución y democracia: temas clave de la constitución española". Madri, Tecnos.

Bobbio, Norberto (1997). "O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo". São Paulo, Paz e Terra.

Bourdieu, Pierre (1998). "Contrafogos I-II". Traducción de Lucy Magalhães. Rio de Janeiro, Zahar Editor.

Carvalho, L. G. Grandinetti Castanho de (2003). "Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira". Rio de Janeiro, Renovar.

Chomsky, Noam (2003). "Controle da mídia: os espetaculares feitos da propaganda". Traducción de Antônio Augusto Fontes. Rio de Janeiro, Grafhia.

Cucurella, Margarita Boladeras (2001). "La opinión pública en Habermas", Anàlisi 26/51-70. Barcelona.

Debord, Guy (1997). "A sociedade do espetáculo". Traducción de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro, Contraponto.

Fiss, Owen M. (2005). "A ironia da Liberdade de expressão": Traducción de Gustavo Binenbojm & Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro, Renovar

Habermas, Jürgen (1981). "Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública". Barcelona, Gustavo Gili, D.L.

Machado, Jónatas (2002). "Liberdade de Expressão", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Ivridica 65. Coimbra, Coimbra Editora.

Mannheim, Karl (1972). "Liberdade, poder e planificação democrática". Traducción de Miguel Maillet São Paulo, Editora Mestre Jou.

Marx, Karl (1980). "A liberdade de imprensa". Traducción de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre, L&PM.

Mill, Jonh Stuart (1989). "On Liberty". Cambridge, Cambridge

Monzón, Cándido (1996). "Opinión pública, comunicación y política". 2ª ed. Madrid, Tecnos.

Nascimento, Milton Meira (1989): "Opinião Pública e Revolução". São Paulo: Nova Stella Editorial.

Thompson, John B. (2008). "A Mídia e a Modernidade: uma teoria social da mídia". 10 ed. Traducción de Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis, VozesVozes.

O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DO MAR E A FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Milena Barbosa de Melo[1]
Raissa Maria dos Santos[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. A diversidade do sistema de resolução de conflitos internacionais previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; 3. O caso da Organização Regional de Litígios da Organização Mundial de Comércio; 4. Considerações finais.

1. Introdução

Desde os primeiros passos da humanidade, o ambiente marinho tem favorecido o desenvolvimento social, sendo, portanto, o grande sustentáculo das atividades de comércio realizadas entre as nações. Neste sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, considerada como a grande constituição para os oceanos, tem fundamental importância, visto reger situações de reforço da paz e da segurança internacional, estabelecidas no artigo 2º da carta das Nações Unidas de 1945.

Sendo assim, apesar da morosidade entre as negociações (1973-1982)[3] e, após , a sua entrada em vigor em contexto internacional, a qual foram necessárias mais doze anos, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar surge como um verdadeiro acordo multilateral amparando as ações e omissões praticadas no mar, estabelece parâmetros essenciais de funcionamento das áreas especificadas no tratado internacional.

Para além das questões relacionadas com os fundos marinhos, visto ter sido considerada como patrimônio comum da humanidade, a Convenção das nações Unidas sobre o Direito do Mar estabelece um sistema bastante elaborado para a resolução de conflitos na perspectiva marinha internacional.

Dessa maneira, o artigo 287º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, bem como no decorrer da Parte XV da UNCLOS, institui um sistema bastante flexível para a resolução de conflitos no ambiente marinho. Sendo assim, ao mesmo tempo que dispõe sobre o iniciante Tribunal Internacional de Direito do Mar, estabelece regras de conexão com a Corte Internacional de Justiça e ainda, com os Tribunais

---

[1] Phd in International law by the Coimbra University. Universitary Professor, research. email: milenabarbosa@gmail.com

[2] Lawyer office Brazil. raissa.mariaadv@gmail.com

[3] SILVA. Alexandre. **O BRASIL E OS 30 ANOS DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR**. Revista Acadêmica, Vol. 84, 2012, p. 76.

Arbitrais e a Câmara de Controvérsias dos Fundos.

Com o advento do Tribunal Internacional de Direito do Mar - ITLOS, muitas questões relacionadas com a proliferação de tribunais, tais como a falta de coerência do sistema normativo internacional, o enfraquecimento da jurisdição internacional e consequentemente da Corte Internacional de Justiça, foram temas constantes nas agendas das conferências, que por meio destes deram origem ao Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar. Nesse sentido, surge a pergunta problema do presente estudo: a proliferação de sistemas de solução de controvérsias que surgem no meio ambiente marinho fragiliza o direito do internacional?

Apesar das grandes polêmicas geradas com a criação do Tribunal Internacional de Direito do Mar, este tem desenvolvido um interessante, embora às vezes lento, trabalho. A maneira como o ITLOS está disposta no cenário internacional, bem como a forma como profere suas decisões tem despertado o interesse de muitos especialistas na área, pois se constatou, desde a entrada em vigor do Tribunal Internacional de Direito do Mar, uma grande evolução no Direito Internacional e principalmente no Direito do Mar.

Sendo assim, o objetivo geral deste trabalho é analisar se a proliferação de sistemas que se destinam a resolução de conflitos no meio ambiente marinho enfraquece o direito internacional. E, como objetivos específicos: Analisar o contexto em que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar foi idealizada, identificar os impactos que ocorreram com as inovações oriundas com a Convenção do Mar, analisar se os procedimentos destinados à resolução de controvérsias estabelecidos no artigo 287º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar gera a fragmentação do direito internacional.

O estudo será realizado de maneira pormenorizada a partir das questões traçadas no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e, em determinado momento relacionadas com o sistema de resolução de litígios da Organização Mundial de Comércio, ao analisar o caso da pesca do peixe-espada, que envolveu o Chile e a Comunidade Européia. Para tanto, utiliza-se como o método indutivo. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e analítica, com abordagem qualitativa. Como referencial teórico realizamos estudos de Direito Internacional.

2. A diversidade do sistema de resolução de conflitos internacionais previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

Em relação ao sistema de resolução de conflitos estabelecidos pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, com sede na cidade de Hamburgo, Alemanha, foi considerado o símbolo para um recomeço nas relações legais entre o Norte e o Sul; Leste e Oeste. Este instrumento foi resultado de um pacote especial destinado à solução de controvérsias, com o objetivo de

desenvolvimento de atividades no âmbito da terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

O Tribunal Internacional de Direito do Mar é um corpo judicial internacional estabelecido pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, conforme elucidado anteriormente, destinado a solucionar disputas concernentes a interpretação e aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e ainda, de outros acordos que conferem jurisdição ao Tribunal.

Nesse sentido, importa ressaltar que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e seus acordos estão voltados para todas as questões concernentes ao espaço oceânico, quais sejam: atividades de pesca, poluição, delimitação marítima, navegação, navios, pesquisa científica, exploração e explotação dos recursos naturais.

O Estatuto do Tribunal Internacional de Direito do Mar está expresso no Anexo VI, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que é composto por quarenta e um artigos, dispostos em cinco secções. Embora o estatuto do Tribunal tenha entrado em vigor com a Convenção de que é parte, em 1994, o Tribunal Internacional de Direito do Mar apenas entrou em funcionamento efetivamente em outubro de 1996, quando, no mesmo período, realizou a sua primeira sessão.

A ideia do estabelecimento de um Tribunal especial para o Direito do Mar começou a ser construída em 1969, em meio aos trabalhos preparatórios desenvolvidos pelo Comitê dos Fundos Marinhos, os quais levaram à convocação, anos mais tarde, da III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Esta ideia de estabelecer um Tribunal Especializado no âmbito do Direito do Mar era defendida pela maioria dos participantes da citada conferência.

Muitas razões fundamentaram a criação do Tribunal Internacional de Direito do Mar. As principais foram: O descrédito vivenciado pela Corte Internacional de Justiça, em meados dos anos 70, pelos países em vias de desenvolvimento, em decorrência da insatisfação surgida após o caso ocorrido no Sudoeste Africano em 1966. A questão principal residia na parcialidade identificada nos trabalhos realizados na Corte, pelos membros dos Estados que desta faziam parte[4].

[4] Este descrédito não foi sentido apenas pelos países em vias de desenvolvimento, mas também países desenvolvidos com grandes influências na política e economia mundial, como é o caso dos Estados Unidos da América, na disputa que se envolveu com a Nicarágua. Nesse sentido ver: Tiba. 2006. Op.cit "Developing countries were not the only ones that felt disappointed by the rulings of the ICJ. The United States' position in the Nicaragua case is one prime example In that case, the U.S. felt that the ICJ was biased against it which led to the United States' withdrawal of its recognition of the Court's optional jurisdiction clause" Tradução: "Os países em desenvolvimento não foram os únicos insatisfeitos com o julgamento da CIJ. O posicionamento dos Estados Unidos no caso da Nicarágua é um bom exemplo. Neste caso, os Estados

A necessidade de se criar uma jurisdição mais alargada e flexível com especialidade em Direito do Mar, que pudesse resolver os conflitos dos Fundos Marinhos, onde estivessem envolvidos não apenas estados partes, mas também aqueles que não são partes e ainda Organizações Internacionais. Visto que essa questão não é possível na Corte Internacional de Justiça.

A reivindicação dos países em vias de desenvolvimento para cumprimento do princípio da representatividade equitativa, visto que a insatisfação quanto a representatividade geográfica apresentada pela Corte Internacional de Justiça era considerada adversa. A proibição apresentada de forma taxativa na convenção quanto a obrigatoriedade em solucionar os conflitos por meios pacíficos.

Outra questão de extrema importância, que para muitos estudiosos incentivou a criação dos tribunais internacionais, e neste caso, o Tribunal Internacional de Justiça, foi, além da falta de popularidade existente da Corte Internacional de Justiça, as atividades desenvolvidas pelos instrumentos judiciais de cunho regional logravam êxito por isso deveria ser incentivada a criação de cortes e tribunais de alcance não apenas regional, mas internacional.

O Tribunal Internacional de Direito do Mar é considerado um corpo judicial independente idealizado para solucionar disputas a respeito da interpretação e aplicação das provisões que se relacionam com a prevenção, ao controle e à redução da poluição do ambiente marinho de todas as partes identificadas na convenção, nesse sentido, Thomas A. Mensah afirma:

> [...] The International Tribunal for the Law of the Sea (the tribunal) is one of the judicial bodies designated by the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea to serve as compulsory procedures entailing biding decisions in disputes concerning the interpretation or application of the Convention.

Esta autonomia alcançada pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar aconteceu em decorrência do acordo de privilégios e imunidades adotado em Nova York em 23 de maio de 1997, que reconhece a personalidade legal do Tribunal Internacional de Direito do Mar *"as Nações Unidas reconhece o Tribunal Internacional do Direito do Mar como um corpo judicial internacional autônomo"*.

Esta independência e autonomia concedem aos membros o poder de estruturar regulamentos, incluindo normas procedimentais. O Estabelecimento do Tribunal Internacional de Direito do Mar põe em total funcionamento o sistema de disputas da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Sendo, contudo, a última instituição que entrou em funcionamento, depois da entrada em vigor da UNCLOS em novembro de 1994.

Unido sentiu que a CIJ foi tendenciosa contra o mesmo levando-o à retirada de seu reconhecimento da clausula de competência facultativa da Corte."

No primeiro ano de funcionamento deste órgão, ao qual podemos denominar de fase organizacional (*organizational phase*), foram adotados os seguintes documentos básicos, para seu funcionamento: Regulamento do Tribunal: Instrumento que desenvolve as regras processuais que regem a atividade judicial do Tribunal e de suas Câmaras; as diretivas sobre a preparação e apresentação dos casos: tanto na fase escrita, quanto na oral; resoluções sobre a prática interna: contém disposições relativas à documentação preparatória, às deliberações do Tribunal, à redação das sentenças, ao voto, e a participação de peritos. Assim como, acordo sobre privilégios e imunidades, na qual estabelece privilégios e imunidades dos juízes e demais funcionários do Tribunal, bem como das pessoas que participam nos seus procedimentos.

O Tribunal Internacional de Direito do Mar tem jurisdição compulsória para a maioria das disputas concernentes a interpretação e aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Na maioria dos casos, a jurisdição é dividida com a Corte Internacional de Justiça, os Tribunais Arbitrais e ainda, com o Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio, em cumprimento a liberdade de escolha estabelecida pela Convenção, em favor das partes.

3. O caso da Organização Regional de Litígios da Organização Mundial de Comércio

A globalização e o crescimento da economia estimularam os acordos de comércio de todos os tipos, muitos deles idealizaram seus próprios mecanismos para interpretação legal e definição de suas disputas. Assim, identificamos uma acentuada colaboração, para crescimento em larga escala da economia em função da proliferação de instrumentos, tanto de abrangência regional, como universal e ainda de estrito caráter específico.

Nessa tendência, fruto de longas discussões na oitava rodada *(Uruguai Round)* de negociações multilaterais na área de comércio internacional, foi criado o Órgão de Resolução de Litígios (DSB – *Dispute Settlement Body*)[5]. Este órgão foi idealizado como um mecanismo de solução de conflitos na área do comércio, e tem um sistema de regras e procedimentos para resolver controvérsias sobre as regras estabelecidas pela

[5] "According to article 3.2 Dispute Settlement Understanding (DSU), the dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predicability to the rule-oriented multilateral trading system". Tradução: "Segundo o artgo 3.2 do DSU, a resolução de controvérsias da OMC é um elemento central para a segurança e previsibilidade de um sistema multilateral de comércio orientado por regras."

Organização Mundial de Comércio[6].

Todos os membros da Organização Mundial de Comércio aceitam, por definição, a jurisdição exclusiva e compulsória do órgão de resolução de litígios, para todas as matérias relacionadas com os acordos estabelecidos pela Organização Mundial de Comércio[7]. Dentre tais acordos identificamos: o MEAs *(Multilateral Environmental Agreements* - Acordos Ambientais Multilaterais), que vem a ser um instrumento regulador para questões relacionadas com o Meio Ambiente e que em caso de conflitos surgidos no âmbito da competência desse acordo, as questões podem ser levadas para o Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio.

O sistema de solução de controvérsias é uma continuação do sistema de solução de controvérsias do GATT. Contudo, reformas importantes aconteceram no sistema quando a Organização Mundial de Comércio foi criada. Em particular, o processo foi feito de forma menos política e mais legalista, prevendo o estabelecimento de painéis quase-automáticos, adoção de relatórios e autorização de retaliação. Além disso, o Órgão de Apelação foi criado a fim de compensar a redução da influência política dos Estados Membros sobre o trabalho dos painéis na Organização Mundial de Comércio. A importância de acordos ambientais multilaterais para o combate aos problemas ambientais transfronteiriços, regionais ou globais, é reconhecida por toda a comunidade internacional. O número de acordos ambientais multilaterais vem crescendo extraordinariamente nas últimas décadas[8].

A ampliação do âmbito de atuação do Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio pode culminar em conflito de jurisdição. O potencial conflito entre as medidas comerciais dos acordos multilaterais ambientais e as regras do sistema multilateral de comércio é tema presente na agenda de trabalho do Comitê sobre

[6] "The Dispute Settlement Understanding or DSU was one of the principal achievements of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (1986-1993). The DSU established a more effective system to resolve trade disputes. Compared to the dispute settlement system of the GATT, the most significant innovation provided for by the DSU concerned the introduction of the 'reverse consensus' requirement for the adoption of panel reports. For a panel report to become legally binding, it no longer has to be adopted by consensus as was required under the GATT dispute settlement rules. Under the DSU rules, adoption by 'reverse consensus' suffices". Peter Van den Bossche. The Making of the 'World Trade Court' Chapter in CUP book on WTO Dispute Settlement.2005.Tradução: "O Conjunto de Regras e Procedimentos Relativos à Solução de Controvérsias (DSU) foi uma das principais conquistas da Rodada Uruguai de Negociação de Comércion Internacional (1986-1993). O DSU estabelece um sistema mais efetivo de resolução de conflitos de comércio."

[7] Nesse sentido, a ORL reafirma que os membros precisam cumprir com todas as provisões da OMC, que serão interpretadas de maneira harmoniosa e aplicadas de forma cumulativa e simultânea.

[8] Lamy, Pascal. El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional. WTO NOTICIAS: DISCURSOS — DG PASCAL LAMY. Sorbonne, Paris, 19 de mayo de 2006.

Comércio e Meio Ambiente (Committee on Trade and Environment – CTE) da Organização Mundial de Comércio, desde o momento da sua instalação em primeiro de janeiro de 1995. Nesse sentido, Alexandra González e Gabriele Marceau[9] afirmam:

> [...] pouco foi dito sobre a sobreposição de conflitos que poderiam surgir devido a mecanismos de resolução de controvérsias paralelos e o resultante 'forum shopping' que poderia perturbar a certeza obtida através da regulação das relações internacionais através de mecanismos de resolução de controvérsias.

Assim, se uma disputa surge no âmbito dos acordos ambientais multilaterais, tal controvérsia poderá ser solucionada pelo Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio, ou através de outros instrumentos indicados nesse acordo? Alguns membros da Organização Mundial de Comércio afirmaram que as disputas relacionadas com os acordos ambientais multilaterais poderiam ser levadas para o Órgão de Resolução de Litígios [10], visto que este possui uma jurisdição exclusiva, contenciosa e compulsória[11] para todos os membros da Organização Mundial de Comércio. A possibilidade de conflito entre a OMC e os acordos multilaterais ambientais, assim como o protocolo de cartagena e ainda a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, é verdadeiramente identificada.

É nesse sentido que identificamos a real possibilidade de conflitos entre o Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio e os instrumentos destinados à solução de controvérsias que se encontram estabelecidos nos acordos ambientais. Sendo assim, observamos a relação deste Órgão de Resolução de Litígios e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, quando da possibilidade de surgimento de um quadro adjudicativo de litispendência internacional[12], entre aquele órgão e os instrumentos dispostos nesta convenção. Esta situação que até o momento não se encontra resolvida envolve a principal questão entre qual jurisdição seria competente para solucionar o problema, tendo em consideração que as partes não concordaram em seguir uma solução apresentada pelo Comitê do comércio e meio ambiente.

Para ilustrar tal conflito entre os instrumentos destinados à solução de conflitos,

---

[9] González, Alexandra; Marceau, Gabriele. "The relationship between the dispute-settlement mechanisms of MEAs and those of the WTO". In: RECIEL. 1(3) 2002.

[10] "Alguns membros da OMC expressaram preocupação de que controvérsias relacionadas ao MEAs poderiam ser levadas ao sistema de solução de controvérsias da OMC."Idem

[11] Nesse sentido Ver Peter Van Den Bossche. WTO Dispute Settlement. Conferência ministrada no World Trade Institute. 2 de maio de 2005.

[12] Nesse sentido ver: Vale Pereira. Op.Cit.

nos reportamos ao caso ocorrido entre o Chile e a Comunidade Européia[13] em 1991, quando o Chile decidiu não permitir o acesso dos navios pesqueiros espanhóis em seus portos para a exportação de peixe-espada[14].

Esta situação aparece como o primeiro cenário, em que se pode identificar um conflito de jurisdição entre a Organização Mundial de Comércio e o Tribunal Internacional de Direito do Mar[15]. Sendo, portanto, o primeiro caso em que se estabelece uma situação de desacordo, entre as normas da OMC e as normas ambientais adotadas multilateralmente.

O "caso peixe-espada" reforçou a preocupação com a necessidade de estabelecer critérios ou princípios para dirimir eventuais conflitos entre os acordos multilaterais ambientais e a Organização Mundial de Comércio, contribuindo para a inclusão deste tema no mandato negociador da Declaração Ministerial de Doha.

Este caso tem particular importância, visto que o Chile acredita ser uma questão de conservação ambiental, e a Comunidade Européia defende que se trata de uma questão meramente comercial. Muitas implicações podem surgir, pois tanto a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, como as normas que regem o Órgão de Resolução de Litígios, são normas aplicáveis para a situação.

Caso ambos os acordos tenham sido invocados, mas se nenhum dos foros declina de sua competência, qual prevalecerá? Podem ambos se pronunciar sobre a mesma questão? Podem os aspectos comercias e ambientais se dividirem e adotarem soluções diferentes e independentes?

Ressalta-se, contudo, que este caso não é formalmente considerado um conflito de jurisdição, visto que os procedimentos que ocorriam tanto no Órgão de Resolução de Litígios como no Tribunal Internacional de Direito do Mar foram suspensos por requerimento estabelecido através de acordo entre as partes.

Não obstante o fato de o processo no Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio estar suspenso, seria bem provável que este órgão examinasse a atitude do Chile frente a Comunidade Européia se baseando nas disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Possivelmente, as conclusões de ambos os instrumentos acerca do conflito, não

[13] Ver:Guide Report.OMC. 2004.

[14] Swordfish

[15] Lamy. Op.cit. 2006.

seriam harmônicas[16]. Nesse sentido, Marcos Orellana Cruz[17], afirma que para essa situação em que dois fóruns jurisdicionais estão apreciando o mesmo caso, podem surgir, sem sombra de dúvidas, uma potencial incompatibilidade e contradição nas decisões que forem emitidas.

Este caso foi resolvido de maneira diplomática pelas duas partes que concordaram em não levar adiante a controvérsia em nenhuma das duas instâncias inicialmente acionadas – Organização Mundial de Comércio, pela Comunidade Europeia e o Tribunal Internacional de Direito do Mar, pelo Chile. Este caso veio reforçar a preocupação com a necessidade de estabelecer critérios ou princípios para dirimir eventuais conflitos entre os Acordos Multilaterais Ambientais e a Organização Mundial de Comércio, o que contribuiu para a inclusão deste tema no mandato negociador da Declaração Ministerial de Doha.

Em relação ao entendimento estabelecido pelos países envolvidos na controvérsia, Orellana[18] afirma que a negociação entre a Comunidade Européia e o Chile para um livre acordo de comércio contribuíram para que as partes chegassem a um entendimento. O sucesso da conclusão do livre acordo de comércio com a Comunidade Européia é alto para a agenda política do Chile, que nos reporta para outras considerações desse estágio. Aos olhos dos negociadores, a questão do acesso aos portos é vista como uma 'pedra no sapato', um obstáculo para o livre comércio.

A estrutura deste acordo contém três aspectos especiais: o reestabelecimento da comissão técnica e científica, acesso aos portos para pesca científica e a criação de um

---

[16] "The WTO dispute settlement system and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) could have reached different conclusions on factual aspects or on the interpretation of the provisions of the Convention". Organização Mundial de Comércio In: Trade Enviroment and WTO. April 2004. P. 36.Tradução: "O sistema de solução de controvérsias da OMC e o Tribinal Internacional de Direito do Mar (ITLOS) poderiam ter atingido conclusões diferentes sobre aspectos factuais ou sobre as disposições da Convenção".

[17] "With two jurisdictional fora hearing the swordfish case, the potential for contradictory or incompatible decisions increases. At the crossroads of the different branches of international law that bear a role in the controversy, namely international environmental law, the law of the sea, and international economic law, lives the swordfish (Xiphias Gladius), migrating through the waters of the vast Pacific Ocean".Cruz, Marcos Orellana. "The Swordfish in Peril: the EU Challenges Chilean Port Access Restrictions at the WTO". In: BRIDGES COMMENT. 2001.Tradução: "Com dois forums judiciários de audiência, o potencial de contradição ou desições incompatíveis no caso do peixe espada aumenta. O peixe-espada (Xiphias Gladiu) vive, migrando entre as águas do oceano pacífico, no cruzamento dos diferentes ramos do direito internacional que desempenham um papel nesta controvérsia, especificamente o direito internacional ambiental, o direito do mar, e o direito internacional econômico."

[18] ORELLANA. Op cit.

fórum multilateral de conservação para o Pacífico Sul[19]. O fato de ter havido a suspensão de ambos os procedimentos, trouxe benefícios de forma especial para a comunidade internacional, visto que evitou um conflito direto de jurisdições e ainda colaborou de forma direta para a manutenção e coerência do Direito Internacional, pois naquele momento, o cenário do Direito Internacional não se encontrava realmente preparado para enfrentar uma situação deste porte[20].

Sabemos que o âmbito de atuação do Órgão de Resolução de Litígios pertencem as questões relacionadas com o *comércio* e que o âmbito de atuação do Tribunal Internacional de Direito do Mar relaciona-se especificamente com as questões que envolvem o meio ambiente marinho (tais questões são exaustivamente citadas no decorrer da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar).

Contudo, é possível que conflitos comerciais relacionados com o meio ambiente marinho podem ser submetidos ao Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial de Comércio. Cientes de que inexiste, no cenário internacional, um sistema coercitivo de competência semelhante ao direito interno de cada país, convêm estabelecer alguns limites baseados nas regras e princípios gerais do Direito Internacional para que cheguemos a um denominador comum. Nesse sentido, Orellana, afirma;

[19] "The provisional agreement also envisages the implementation of a joint research fisheries programme on swordfish in international waters in the Southeast Pacific. The parties will designate four Chilean vessels and four Community vessels to participate in the program every season, and the catch allowed for each group of vessels will not exceed one thousand metric tonnes per year. The four Community vessels participating in the program will be granted access to the Chilean ports of Arica, Iquique, and Punta Arenas for landing and transfer shipment purposes. The ports selected are respectively located in the far north and south of the Country, and their designation follows a double objective: first, to stimulate the economy of these isolated regions, and second to avoid confrontation between the Spanish distant-water vessels and the artisanal fishermen of the central region. It remains to be seen whether scientific fishing is substantially different from normal economic fishing operations, or whether it is just an artifice of rhetorical discourse projecting a new label onto the same activity. The continuation of this programme shall be reviewed before the end of a two-year period." Idem.

[20] Nesse sentido, Liane Schalatek. Trade and Environment, the WTO, and MEAs.The Heinrich Böll Foundation. 2001.Washington, DC; Lamy.2006.Op.cit.

> A questão aqui presente é que a controvérsia do peixe espada não funciona a partir da aplicação da presente doutrina do mar, mas sim a partir de brechas e ambigüidades na Lei de pesca em alto mar. Tal controvérsia é apenas mais uma entre os vários conflitos emergem quando as partes não conseguem atingir um acordo com relação a medidas de conservação para reservas biológicas. Um Estado costeiro, de cuja pesca nao regulada em alto mar afeta seus direitos EEZ, sentirá seus interesses na preservação ambiental sendo comprometidos sendo então compelido a agir de alguma forma. O fracasso de uma organização internacional de pesca ou de algum arranjo relacionado à conservação nao evitaria resultados semelhantes.

Em benefício do Direito Internacional, as partes conseguiram chegar a um acordo e suspenderam os seus litígios em ambos os instrumentos envolvidos. Essa situação evidencia que, na realidade, a comunidade internacional destinada à solução de conflitos não se encontra preparada para resolver situações desse gênero. Portanto, resta aos países, organizações e tribunais internacionais buscar a solução mais adequada para os casos em que os litígios podem levar a conclusões diferentes.

Não é simples encontrar uma solução para essas situações, visto que inexiste ainda no cenário do direito internacional a possibilidade dos instrumentos e organismos internacionais exigirem dos países que cumpram determinadas deliberações, pois como sabemos, essa situação decorre da soberania de cada País. Esse é realmente o ponto mais frágil que podemos identificar no sistema do Direito Internacional, por isso é que o uso da boa-fé nas relações econômicas entre os países é de relevante importância.

O caso em pauta fora solucionado pela modalidade não jurisdicional, nomeadamente, a conciliação. Evidenciando, portanto, o determinado pela própria Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar que, em caso de conflito de jurisdição, envolvendo os órgãos jurisdicionais para resolução de controvérsias, a controvérsia será solucionada por uma modalidade diplomática, nomeadamente, a conciliação.

4. Considerações finais

O advento da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar foi o grande marco para o desenvolvimento do Direito Internacional e em específico para o Direito do Mar. Com sua vigência, as formas de atividades cujo intuito é a obtenção de lucros passaram a ser realizadas através de modalidades diferentes, porém mais cuidadosas. De forma meticulosa, a Convemar mostra a importância da preservação do meio ambiente marinho, os cuidados que devem ser buscados para realizar atividades de exploração e explotação nos fundos marinhos. Há mais de vinte anos em vigor, esta Convenção se mostra realmente um poderoso instrumento que propicia a harmonia entre os países, através da inovação em tornar obrigatória a resolução de disputas, por meios pacíficos.

A figura da proliferação de tribunais internacionais trouxe à baila a grande

problemática da fragmentação do Direito Internacional e em especial, do Direito do Mar. Os especialistas da área mostraram as desvantagens do surgimento em massa de tribunais internacionais especializados, em contrapartida, outra corrente argumenta o interessante fenômeno proliferativo como algo benéfico para as relações jurídicas internacionais. Assim, com o advento do princípio da obrigação de solucionar os conflitos por meios pacíficos, em cumprimento ao disposto na Carta das Nações Unidas, as questões relativas à fragmentação do Direito Internacional, insegurança jurídica, proliferação de tribunais sem a real necessidade foram os principais temas suscitados para debate neste contexto.

Em decorrência da criação de um tribunal de cunho especializado no cenário internacional, pôde ser identificada inclusive, certa competição dos membros que fazem parte da Convemar, para obter mais adesões entre os instrumentos internacionais de cunho especializado ou não. Contudo, inobstante o risco de fragmentação decorrente da proliferação de tribunais internacionais, os indícios até a atualidade sugerem que a escolha por um tribunal internacional é mais benéfica que prejudicial, visto que como fora analisado, seria uma forma de incentivo aos Tribunais internacionais para procurar realizar suas atividades com igualdade e coerência nas suas decisões.

A harmonização entre os instrumentos dispostos no contexto da jurisdição internacional e que estão destinados à solução de conflitos pode ser o meio para se evitar conflitos de leis e contribuir para a criação de certa expectativa partilhada numa base regional. A harmonização legal a nível procedimental tem um papel importante para qualquer esquema de acesso à justiça no âmbito internacional, visto possibilitar a simplificação do ônus para os demandantes que a jurisdição ocasiona.

Em qualquer caso, a promoção da estabilidade das normas jurídicas internacionais é apenas um dos vários papéis que detêm os instrumentos jurídicos internacionais. Se o Tribunal Internacional de Direito do Mar é capaz de ajudar os Estados ou pessoas a resolverem seus litígios, ou seja, capaz de envolver os tribunais nacionais em um diálogo sobre a integração das normas internacionais para libertação de navios em sistemas jurídicos nacionais, isto é, capaz de trabalhar cooperativamente com situações que envolvam os fundos marinhos, a autoridade para promover um ambiente jurídico estável põe em funcionamento suas contribuições para uma série de relações em curso, de forma significativa. As perspectivas para essas contribuições são reais, superando assim os riscos de incoerência entre as decisões do ITLOS e outros tribunais internacionais.

Referências

Cruz, Marcos Orellana. “The Swordfish in Peril: the EU Challenges Chilean Port Access Restrictions at the WTO”. In: BRIDGES COMMENT. 2001.

González, Alexandra; Marceau, Gabriele. “The relationship between the dispute-

settlement mechanisms of MEAs and those of the WTO". In: RECIEL. 1(3) 2002.

Lamy, Pascal. El lugar y la función (del derecho) de la OMC en el orden jurídico internacional. WTO NOTICIAS: DISCURSOS — DG PASCAL LAMY. Sorbonne, Paris, 19 de mayo de 2006.

Mensah, Thomas A. - The Dispute Settlement Regime of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. Kluwer Law International, 1998.

Mensah, Thomas A. - The International Tribunal for the Law of the Sea. Leiden Journal of International Law- Kluwe Law International. (1998). p. 527-546.

Mensah, Thomas A. - The International Tribunal for the Law of the Sea and the protection and Preservation of the Marine Environment. Review of European Community & International Environment Law. 8:1 (1999). p. 1-5.

Mensah, Thomas A. - The Place of the International Tribunalfor the Law of the Sea in the International System for the Peaceful Settlement of Disputes. Hague: Kluwer Law International, 2001.

Pereira, Maria Assunção do Vale - As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

Pereira, Maria Assunção do Vale - As vias de Resolução de Conflitos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. 7:(2001). p. 45-77.

Peter Van den Bossche .The Making of the 'World Trade Court' Chapter in CUP book on WTO Dispute Settlement.2005.

Schalatek, Liane. Trade and Environment, the WTO, and MEAs.The Heinrich Böll Foundation. 2001.

Silva. Alexandre. O BRASIL E OS 30 ANOS DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. Revista Acadêmica, Vol. 84, 2012, p. 76.

Tiba, Firew Kebede - What caused the multiplicity of International Courts and Tribunals?. Gonzaga Journal of International Law. 10:2 (2006).

WTO. Comunicación, La Organización Mundial del Comercio División de Información y Relaciones con los Medios de - Con el comercio hacia el futuro. Genebra: Organização Mundial de Comércio, 2003.

WTO. Comunicación, La Organización Mundial del Comercio/ División de Información y Relaciones con los Medios de - Entender la OMC. Genebra: Organização Mundial de Comércio, 2005.

WTO. Trade Enviroment and WTO. April 2004

A DIGNIDADE HUMANA E A CRISE HUMANITÁRIA DOS REFUGIADOS NAS REGIÕES IBERO-AMERICANAS

Kymberly Vitória dos Reis Alcântara [1]
André Augusto de Souza Augustinho [2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Processo histórico; 3. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR); 4. Brasil: o regime internacional dos direitos humanos e o regime internacional dos refugiados; 5. Cosiderações finais

1. Introdução

Desde os primórdios indivíduos migram de uma região para outra em busca de condições melhores de sobrevivência, o homem era caçador e coletor, ficando totalmente submisso ao espaço e ao clima de determinando lugar, possuindo assim uma vida nômade. Foi a partir do Período Neolítico que o mesmo se tornou sedentário, passando a adaptar seus instrumentos, armas ou ferramentas de maneira que pudessem cultivar animais e desenvolver a agricultura, possibilitando o surgimento das comunidades primitivas. Com o decorrer dos anos, civilizações tornaram-se potências mundiais, dominando, assim, o mundo, diante da insatisfação dos subalternos, guerras foram estabelecidas colocando todos em situação de vulnerabilidade.

O mundo pós-guerra tornou-se uma grande ameaça ao existencialismo humano, nações permanecem em estado de alerta causado por guerras, violência, perseguições, diante de ameaças transnacionais ligadas ao terrorismo e ao meio ambiente. Os refugiados têm sido uma constante na política internacional por decidirem abandonar determinada região e migrar para outra em busca de segurança e auxílio.

O regime internacional dos refugiados pode ser conceituado por ROGERS (1992) como o conjunto de normas, leis e instituições desenhado para proteger e assistir os migrantes forçados que cruzaram uma fronteira internacional devido ao medo de perseguição ou, conforme instrumentos regionais, devido à violência generalizada em seus próprios países, agressão estrangeira, conflitos internos ou violação massiva de Direitos Humanos.

Já a definição de refugiado se encontra presente na Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951, em seu artigo 1º do capítulo I, sendo, porém, configurada pela atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) da

---

[1] Graduanda em Direito pela Universidade de Taubaté - UNITAU

[2]Professor Mestre do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté com Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Mestrado em Desenvolvimento Humano: formação, Políticas e Práticas Sociais

Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados Palestinos no Oriente Próximo (UNRWA) e de organizações não-governamentais nacionais e internacionais, bem como a dos Estados que aderiram ou agem de acordo com os instrumentos internacionais que versam sobre a questão.

Pode-se afirmar que o instituto do refúgio pode se caracterizar por dois momentos: o primeiro momento como o momento anterior ao reconhecimento do *status* de refugiado e o segundo momento como o momento posterior ao reconhecimento, sendo esses dois momentos interdependentes.

O presente trabalho visa expor as injustiças sofridas pelos refugiados e ressaltar os problemas enfrentados por estes ao chegar ao território sul-americano, discorre ainda sobre momento anterior a autenticação da condição de refugiado, conjuntamente ao Direito Internacional e as garantias dos Direitos Humanos, tendo a arguição sido desenvolvida a partir da violação destes direitos fundamentais. Em tal cenário de crise, compreender os fundamentos que embasam esse instituto é de grande significância para uma melhor compreensão do fenômeno, possibilitando o desenvolvimento de mecanismos mais eficientes diante das proposições de respostas mais adequadas e eficientes a este tipo de conflito.

2. Processo histórico

A historiografia referente à colonização do Novo Mundo se trata de uma expansão com caráter mercantilista, sistema, este, em que a função da Colônia, papel exercido pelo Brasil e a maioria dos territórios americanos, seria completar a economia metropolitana, representada na época pelos países europeus. Trata-se de um tipo de colonização em que os trópicos tomam o aspecto de uma vasta empresa comercial destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu, como era o caso das Américas. Francisco Falcon afirma que "Na realidade, porém, a colônia existe em função e para a metrópole, estando suas relações definidas através do chamado 'exclusivo colonial'" (FALCON, 1998, p 79).

Os Estados europeus daquela época entendiam que colonizar uma determinada área era povoá-la a fim de explorar suas riquezas e foi com o mercantilismo que houve uma aquisição maior de recursos, já que este tipo de política econômica possui como um dos princípios básicos o fato das colônias existirem apenas para atender aos interesses das metrópoles. A expressão deste fato em categoria ideológica é a teoria do pacto colonial, no qual se traz a falsa hipótese de que haveria de fato um pacto ou acordo tácito entre metrópoles e colônias (TOPOI, 2000, p. 85). Ao se tratar da América portuguesa, a partir da utilização de trabalho compulsório em lavouras com o *plantation* e na exploração de áreas de mineração, ainda há a presença do trabalho escravo como mecanismos arrecadatórios.

A atividade colonizadora concentrou-se inicialmente na exploração de metais

nobres existentes na região ou de gêneros tropicais de alto valor no mercado europeu, como é o caso da Espanha e Portugal ao se tratar das regiões sul-americanas. Porém, quando a extração de riquezas já não era possível, as colônias na América serviam como depósitos comerciais ou simplesmente refúgio de uma população marginalizada.

As grandes navegações chegaram na América e encontraram uma grande população de nativos, porém em pouco tempo essa mesma população achava-se reduzida. A crueldade referente à matança de indígenas foi retratada por Frei Bartolomé de Las Casas, 2001, ao afirmar:

> A causa pela qual os espanhóis destruíram tal infinidade de almas foi unicamente por não terem outra finalidade última senão o ouro, para enriquecer em pouco tempo, subindo de um salto a posições que absolutamente não convinham a suas pessoas. Enfim não foi senão a sua avareza que causou a perda desses povos e quando os índios acreditaram encontrar algum acolhimento favorável entre esses bárbaros, viram-se tratados pior que os animais e como se fossem menos ainda que o excremento das ruas; e assim morreram sem fé e sem sacramentos, tantos milhões de pessoas.

Pode-se dizer que Frei Bartolomé de Las Casas estava correto ao alegar que a história da conquista e colonização da América foi uma obra escrita com sangue. Os colonizadores eram tiranos, os espanhóis, assim como os demais colonizadores, tornaram-se cegos pela cobiça e não mediram esforços para alcançar a maior quantidade possível de riquezas, ainda que para isso os pobres nativos perdessem precocemente de suas vidas.

J. H. Elliot relata que "O estabelecimento formal do trabalho forçado para a população nativa, apenas precipitou um processo que já estava tornando-se catastrófico - a sua total extinção", a forma crítica e denunciativa do extermínio dos nativos pela crueldade, fome, trabalho forçado e pelos maus tratos a que os mesmos eram submetidos (ELLIOT in BETHEL (org) 1998, P. 153).

Percebe-se que há uma uniformidade entre a maneira de pensar dos autores Las Casas e Elliot no que se refere ao mau tratamento conferido pelos colonizadores aos gentios da terra. Portanto, foi dizimando drasticamente a grande população de ameríndios que as estas localizações pertenciam, que a redução da população nativa veio intimamente relacionada à violência da conquista e à exploração sobre este povo.

Atualmente, ao analisar a região Ibero-américa de maneira generalizada, pode-se defini-la como o agrupamento dos países latino-americanos somados à Espanha e a Portugal, possuindo como línguas predominantes o português e o espanhol devido às consequências da colonização. Desafios comuns, histórias de evolução compartilhadas e perspectivas de desenvolvimento acelerado marcam este momento social ibero-americano. Não obstante, em termos econômicos, há atualmente uma crise financeira que assola fortemente os representantes europeus deste grupo, causando uma inversão

em relação ao *status quo* das eras de colonização.

Em meio às adversidades, o Brasil concentra as atenções e os investimentos no atual momento mundial de profundas transformações, com o qual se espera, de maneira otimista, que se esteja trabalhando em uma perspectiva de amadurecimento das ideias por parte dos próprios ibero-americanos a respeito do desenvolvimento internacional cooperativo.

O mundo encontra-se em desenvolvimento, sendo que, para isto, os conflitos entre as nações geram uma corrida pelo controle do poder. Nações conjuntamente com o seu respectivo Estado governamental têm por maior responsabilidade a proteção de toda população que se encontra sob sua jurisdição, porém por diversas razões, como guerras, perseguições e violação dos direitos, muitos indivíduos decidem refugiar-se em outros países, buscando assim encontrar um ambiente acolhedor e auxiliador, o que tem sido um desafio para os países anfitriões. Julgam-se refugiados as pessoas que se deslocam de seu lugar habitual, para outro, objetivando em outras regiões melhores condições de vida.

As Políticas de acolhimento no Brasil são frágeis, fato este que muitos outros países se identificam, pois, ao receber os emigrados, não alcançam o propósito de conceder dignidade humana. O representante André Ramirez do ACNUR, (Auto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados) no Brasil, constatou que é um equívoco pensar que os refugiados buscam países desenvolvidos, já que, segundo seus dados, 86% destes se encontram nos países em desenvolvimento como é o caso dos países sul-americanos.

3. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi originado pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1950, para proteger e assistir as vítimas de perseguição, violência e intolerância. Esta agência ganhou duas vezes o Prêmio Nobel da Paz, uma em 1954 e outra em 1981, e atualmente é uma das principais agências humanitárias do mundo. Os objetivos básicos da mesma são proteger homens, mulheres e crianças refugiadas e buscar soluções duradouras para que possam reconstruir suas vidas.

Segundo os dados da ACNUR e da nova edição do relatório "*Tendências Globais*", ao final de 2016 havia cerca de 65,6 milhões de pessoas forçadas a deixarem seus locais de origem por diferentes tipos de conflitos. O mesmo afirma que o número de 65,6 milhões abrange três importantes componentes. O primeiro componente refere-se ao número de refugiados que alcançou o marco de 22,5 milhões e se tornou o mais alto de todos os tempos, destes, 17,2 milhões estão sob a responsabilidade do ACNUR e os demais são refugiados palestinos registrados junto à Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA).

Já o segundo componente é o deslocamento de pessoas dentro de seus próprios países, que no fim de 2016 totalizou 40,3 milhões em comparação aos 40,8 milhões de 2015, entretanto, o deslocamento interno é um problema global e representa quase dois terços do deslocamento forçado em todo o mundo, sendo bem frequentes na Síria, Iraque e Colômbia; e o terceiro componente está relacionado às pessoas que foram forçadas a deixar seus países em busca de proteção como refugiados, no final de 2016 o número total de solicitantes de refúgio era de 2,8 milhões.

Ante ao exposto, pode-se afirmar que dos 65,6 milhões, em média 1 a cada 113 pessoas em todo mundo foi forçada a se deslocar. Uma conclusão substancial do relatório Tendências Globais é que o nível de novos deslocamentos continua muito alto, do total contabilizado ao final de 2016 de 65,6 milhões, 10,3 milhões representam pessoas que foram forçadas a se deslocar pela primeira vez e cerca de dois terços deste contingente (aproximadamente 6,9 milhões) se deslocaram dentro de seus próprios países, equivalendo a 1 pessoa se tornando deslocada interna a cada 3 segundos.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados publicou dados em 2017 referentes à atual situação do Uruguai, que foi pioneiro ao recepcionar quatro famílias refugiadas da América Central. Esta chegada faz parte de uma iniciativa conhecida como Marco Integral Regional de Proteção e Soluções (MIRPS) para as Américas, que se baseia nos compromissos feitos pelos Estados na Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes de 19 de setembro de 2016, bem como nos mecanismos regionais existentes de responsabilidade compartilhada como é o caso da Declaração de Ação de São José e o Plano de Ação do Brasil.

O governo da República Oriental do Uruguai vem adotando um Programa de Reassentamento desde 2009, o qual possibilita que indivíduos refugiados com necessidades específicas de proteção possam ser acolhidos no país. É através deste programa que pessoas refugiadas da Colômbia e da Síria foram acolhidas no país, o Programa de Reassentamento do Uruguai ainda inclui famílias afetadas pela situação do Norte da América Central (El Salvador, Honduras e Guatemala).

O processamento de seleção de famílias que foram apontadas e assistidas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados foi liderado pela Comissão de Refugiados, CORE, instituição responsável por decidir sobre as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Uruguai. A CORE é composta por inúmeras instituições governamentais, universitárias e a sociedade civil com o apoio técnico do ACNUR e do SEDHU, Serviço Ecumênico para a Dignidade Humana.

Na República Federativa do Brasil, em setembro de 2013, o CONARE publicou a Resolução nº. 17 que autorizou as missões diplomáticas brasileiras a emitir visto especial a pessoas afetadas pelo conflito na Síria, mas foi em 21 de setembro de 2015 que a Resolução teve sua duração prorrogada por mais dois anos. Os critérios de concessão do visto humanitário atendem à lógica de proteção por razões humanitárias, ao levar em

consideração as dificuldades específicas vividas em zonas de conflito, mantendo-se os procedimentos de análise de situações vedadas para concessão de refúgio (art. 3º da Lei nº 9.474/1997), afirma a ACNUR.

O objetivo deste projeto brasileiro foi deliberar procedimentos e ações conjuntas, distinguir pessoas, familiares e casos sensíveis, além de auxiliar as unidades consulares brasileiras na emissão de documentos com um processamento célere e seguro ao conceder vistos especiais nas representações consulares brasileiras da Jordânia, do Líbano e da Turquia. A emissão dos vistos especiais e o programa de capacitação de diplomatas brasileiros no exterior foram reconhecidas pelo ACNUR como "um gesto humanitário, generoso e exemplar", nas palavras do Alto Comissário Assistente para Proteção do ACNUR, Volker Türk, podendo afirmar que o Brasil tem sido um país exemplo quando se trata de receptividade.

Para o Alto Comissário Assistente para Proteção do ACNUR, Volker Türk, a medida representa o espírito da Declaração e do Plano de Ação do Brasil de 2014, que busca fortalecer a proteção internacional de refugiados e outros deslocados na América Latina e no Caribe, lidando ao mesmo tempo com as crises globais. O nono secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, afirma "O Brasil é um país de asilo e exemplo de comportamento generoso e solidário" e é exatamente através deste ato honroso que os necessitados poderão ser alcançados e acolhidos. Afirmou ainda Agni Castro-Pita, membro da ACNUR, "O ACNUR reconhece como importantes conquistas os passos dados pelo Brasil rumo a integração dos refugiados por meio da abertura dos CRAIs, dos cursos técnicos profissionalizantes e de idioma português, bem como cursos de empreendedorismo" e será através de mais projetos assistenciais como estes que os refugiados terão condições de começar uma vida nova nos territórios para os quais migrarem.

4. Brasil: o regime internacional dos direitos humanos e o regime internacional dos refugiados

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU) referentes ao ano de 2015, há mais de 244 milhões de pessoas que se encontram fora do seu país de origem, números que equivalem a 3,4% da população mundial. Ante ao exposto é necessário compreender qual o papel dos Estados receptores no acolhimento e garantia de direitos das pessoas migrantes.

No Brasil houve um aumento expressivo de migrantes nos últimos anos, contudo, o mesmo ainda possui um índice referente à migração muito baixo em relação a outros países sul-americanos. Dados publicados em 2017 pela Polícia Federal apontam que há cerca de 1,2 milhões de migrantes no Brasil, o que representa menos de 1% da população do país.

De acordo os dados do Comitê Nacional para os Refugiados, CONARE, do

Ministério da Justiça e Segurança Pública, referentes a abril de 2016, houve um aumento de 2.868% nos pedidos de refúgio nos últimos anos no Brasil. Há no país apenas 8.863 refugiados de 79 nacionalidades, sendo as cinco maiores nacionalidades representadas por 2.298 sírios, 1.420 angolanos, 1.100 colombianos, 968 congoleses e 376 palestinos.

O Estatuto do Estrangeiro, Lei n.6815/1980, contraria tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como princípios democráticos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. O mesmo ainda criminaliza a migração ao considerar o migrante como "ameaça à Segurança Nacional", restringindo a liberdade dos migrantes. Já a Lei de Refúgio brasileira (Lei 9474/1997) é considerada um avanço por se tornar um marco legal e referência para outros países, pois uma nação que se projeta como ator global nas relações internacionais não pode se abster de desenvolver soluções oportunas diante dos desafios relacionados à mobilidade humana.

A Convenção de 1951 não define "perseguição", o que pode ser uma preocupação para muitos, mas conceitua ser refugiado a pessoa que "temendo ser perseguida" cruza uma fronteira internacional (ONU, 1951). Diante da lacuna na lei, o ACNUR buscou suprir tal situação ao apresentar uma interpretação para o termo, ao sustentar que a partir do artigo 33 da Convenção há a possibilidade de compreender que uma ameaça à vida ou à liberdade devido à raça, religião, nacionalidade, opinião política ou ao pertencimento a um grupo social é sempre perseguição, porém, outras sérias violações de Direitos Humanos pelas mesmas razões também podem constituir perseguição afirma o ACNUR (UNHCR, 1992).

É preciso entender e evidenciar a relação orgânica que leva à superação da discussão sobre se os padrões internacionais de Direitos Humanos devem balizar a interpretação dos termos componentes da definição de refugiado, pois uma vez sustentado que a proteção internacional se funda nos princípios dos Direitos Humanos torna-se evidente não apenas a possibilidade, como a necessidade de que tais princípios constituam a referência para a interpretação dos instrumentos internacionais sobre refugiados.

Compreende-se que o instituto do refúgio busca reparar uma situação de violação de Direitos Humanos para garantir que o indivíduo goze de liberdade de palavra, crença e que esteja a salvo do temor da perseguição conforme consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Tais compreensões possibilitam a concretização de um processo que determina o *status* de refugiado, de maneira que o mesmo fuja das limitações que tentem extinguir tal proteção, devido a interesses que negligenciam o caráter forçado do movimento, resultando em uma compreensão sobre o refúgio que está de acordo com o desenvolvimento histórico do Regime Internacional dos Refugiados.

As organizações Conectas Direitos Humanos, Missão Paz, Cáritas Arquidiocesana de São Paulo, Centro de Referência de Acolhida para Imigrantes de São Paulo - CRAI/Sefras, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Instituto Terra, Trabalho e

Cidadania (ITTC) desenvolveram 5 pontos que foram inicialmente apresentados em 2014 ao governo brasileiro por meio de carta conjunta com cerca de 40 assinaturas da sociedade civil, sendo eles:

> 1. A garantia dos Direitos Humanos das pessoas migrantes, sem discriminação de nenhum tipo e independente da situação migratória.
> 2. O estabelecimento de procedimentos de regularização migratória rápidos, efetivos e acessíveis como uma obrigação do Estado e um direito do migrante.
> 3. A não criminalização das migrações, incluindo o princípio de não detenção do migrante por razões vinculadas à sua situação migratória.
> 4. O controle judicial e o acesso dos migrantes a recursos efetivos sobre todas as decisões do poder público que possam gerar vulneração de seus direitos.
> 5. A criação de uma instituição nacional autônoma, com um corpo profissional permanente e especializado e mecanismos de supervisão e controle social, responsável pela aplicação da lei.

Nos anos seguintes, essas coalizões de organizações trabalharam conjuntamente para monitorar a tramitação da Nova Lei e incidir sobre sua formulação. Em diferentes momentos as mesmas apresentaram propostas concretas à construção do texto, dialogando com autoridades e parlamentares em audiências públicas e demais oportunidades. Levaram ainda a questão para fóruns internacionais, como o Conselho de Direitos Humanos da ONU, e promoveram um amplo debate na sociedade por meio da publicação de artigos de opinião e notas de imprensa, bem como da campanha pública "Migrar é direito", com petição que alcançou quase dez mil assinaturas conforme relatam os referidos sites oficias (2017).

Faz-se necessário um regime eficiente de proteção e cuidado que não deve ser produzido exclusivamente por ONGs, mas sim por meio de relações conjuntas entre os Órgãos Públicos e Organizações Não Governamentais.

Os governos entre as nações não devem apenas contribuir com recursos financeiros, é imprescindível o preparo destes refugiados para o alcance de vida digna no novo país. No que concerne aos crimes exercidos em face dos mesmos, devem ser combatidos e extintos com maior força e agilidade, pois é inadmissível que qualquer pessoa seja tratada com desrespeito, ferindo o princípio da dignidade humana.

BOBBIO (1992) defendia que os Direitos Humanos são provas existentes de consenso entre os indivíduos, sendo assim, privilégios essenciais que previnem a desordem em sociedade. Já Nelson Mandela afirma em uma de suas declarações referentes ao ato de praticar a lei e a justiça:

> Considero isso como um dever que tinha, não apenas com meu povo, mas também com minha profissão, praticar a lei e a justiça para toda a humanidade, gritar contra esta discriminação que é essencialmente injusto e oposto a toda a base de atitude através da justiça que integra a tradição do treinamento legal neste país. Eu acreditei que ao me opor contra esta injustiça eu deteria a dignidade do que seria uma profissão honrada.

É indispensável o esforço de toda uma nação em praticar a lei e a justiça para com toda a humanidade, dia após dia, para que esta cresça e se torne uma nação íntegra e humanitária.

5. Cosiderações finais

Há uma "crise na proteção ao refugiado", a admissão destes em um país pode representar a diferença entre a vida e a morte. Esta crise tem uma ligação direta com a determinação do status de refugiado, pois esta definição tem sido considerada de forma restrita, para que através deste mecanismo, um menor número de pessoas possa ser incluído nesta categoria. O presente artigo buscou expor as injustiças sofridas pelos refugiados e ressaltar os problemas enfrentados por estes ao chegar ao território sul-americano, discorreu ainda sobre o momento anterior à autenticação da condição de refugiado, conjuntamente ao Direito Internacional e às garantias dos Direitos Humanos.

Ressaltou-se que a Convenção de 1951 foi um marco significativo em muitas nações, porém quando desvinculada dos Direitos Humanos e de uma análise histórica-contextual, abre-se uma lacuna sobre a sua eficácia. Há uma real necessidade de revisão nas estruturas normativas e institucionais sobre as quais se apoiam a proteção internacional do refugiado, não podendo esquecer da essencialidade que existe dos governos e institutos em desenvolverem mecanismos auxiliadores na adaptação e instalação dos mesmos.

Os governos entre as nações não devem apenas contribuir com recursos financeiros, é imprescindível o preparo destes refugiados para o alcance de vida digna no novo país. No que concerne aos crimes exercidos em face dos mesmos, devem ser combatidos e extintos com maior força e agilidade, pois é inadmissível que qualquer pessoa seja tratada com desrespeito, ferindo o princípio da dignidade humana, para que desta forma o Brasil, e os demais países, se tornem uma nação íntegra e humanitária.

Referências

ASANO, Camila Lissa; TIMO, Pétalla Brandão**. A nova Lei de Migração no Brasil e os direitos humanos**. Brasil, 2017. Disponível em: <https://br.boell.org/pt-br/2017/04/17/nova-lei-de-migracao-no-brasil-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos. Tradução**: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BRASIL. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Brasil, 1951. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. Tendências **Globais sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR**. Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. O **ACNUR no Brasil: "O Brasil é um país de asilo e exemplo de comportamento generoso e solidário".** Brasil, 2005. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>. Acesso em: 14 jan. 2018.

BRASIL. **United Nations High Commissioner for Refugees**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/brasil-tem-quase-9-mil-refugiados-de-79-nacionalidades/>. Acesso em: 19 jan. 2018.

CHIENTAROLI, Natalia. **Em meio à crise humanitária, o que a América Latina faz pelos refugiados sírios? Das portas abertas do Brasil ao fracasso do Uruguai**. 14/09/2015. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/41625/em+meio+a+crise+humanitaria+o+que+a+america+latina+faz+pelos+refugiados+sirios+das+portas+abertas+do+brasil+ao+fracasso+do+uruguai.shtml>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CHIENTAROLI, Natalia. **O que a América Latina faz pelos refugiados sírios?:** O Brasil é o país que mais recebeu sírios desde o início da guerra civil; Argentina, Equador e Venezuela têm projetos para receber mais; famílias recebidas no Uruguai querem voltar para Oriente Médio. 2016. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2015/09/o-que-a-america-latina-faz-pelos-refugiados-sirios-7674.html>. Acesso em: 17 jan. 2017.

Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951. **Resolução n. 429**, realizada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1950, em New York. Digit. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/. Acesso em: 21.jan.2018.

ELLIOT, J. H. **A conquista Espanhola e a Colonização da América**. In: BETHEL, Leslie. (org). América Latina Colonial. Volume I e II. São Paulo: Edusp, 1998.

FALCON, Francisco**. Mercantilismo e transição**. 9ª ed. São Paulo, Brasiliense, 1998; pp79-81.

LAFUENTE, Javier. **Potências da América Latina discutem respostas à crise humanitária na Venezuela: Aumento da migração e falta de controle do tráfico de drogas, dois dos temas que preocupam Brasil,**

Argentina, Colômbia e Peru. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/05/internacional/1501944884_122197.html>. Acesso em: 19 jan. 2018.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. **O Paraíso Destruído. A Sangrenta História da Conquista da América**. Porto Alegre: L&PM Pocket/Descobertas, 2001.

MORAIS, Renata Cabrera de; BLUME, Bruno André. **O BRASIL E A CRISE DE REFUGIADOS: Como o país tem lidado com uma das maiores crises humanitárias da história.** 2015. Disponível em: <http://www.politize.com.br/o-brasil-e-a-crise-de-refugiados/>. Acesso em: 18 jan. 2018.

REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. **Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, v. 22, n. 49, 06 set. 2012. Jan./mar de 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100004&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ROGERS, R., 1992. **The Future of Refugee Flows and Policies**. International Migration Review, 26(4), pp. 1112-1143. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/i323494>. Acesso em: 21 jan. 2018.

SANTOS, Renan Felipe dos; SOCIEDADE, In. A Crise Migratória... da América Latina. 2016. Disponível em: <https://direitasja.com.br/2016/08/17/a-crise-migratoria-da-america-latina/>. Acesso em: 15 jan. 2018.

SCHWARTZ, Stuart B. **Sugar plantations in the formation of Brazilian society**. New York: Cambridge University Press, 1985. (1550-1835). Disponível em: <https://trove.nla.gov.au/work/17797672?q=subject:"Brazil+Bahia+Sugarcane+plantations+Social+conditions,+1550-1835"&c=book&versionId=20876710>. Acesso em: 19 jan. 2018.

TAPAJÓS, Vicente**. História da América**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

UNHCR. 1992. **Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951** Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee. Geneva: UNHCR. Disponível em: http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html. Acesso em: 20 jan.2018.

URUGUAI. ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. Refugiados da América Central chegam no Uruguai: Quatro famílias refugiadas da América Central chegaram na semana passada no Aeroporto Internacional de Carrasco em Montevidéu, no Uruguai, para poder reconstruir suas vidas longe da violência. Montevidéu, 2017. Disponível em:

<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-da-america-central-chegam-no-uruguai/>. Acesso em: 20 jan. 2018.

VERWEY, Anton; ZERBINI, Renato; SILVA, Ariel. A percepção brasileira dos refugiados. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 43, jun. 2000. Jan./june 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100011>. Acesso em: 10 jan. 2018

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE SOB A PERSPECTIVA DA JURISPRUDENCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO[1]

Deilton Ribeiro Brasil[2]
Isabella Cristina Silva Paiva[3]

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia utilizada; 3. Discussão e resultados; a) O caso do desassoreamento do Rio Itajaí-Açu de Santa Catarina; b) O caso do Município de São Jerônimo - RS. Mínimo existencial; c) O caso da exploração de águas subterrâneas; d) O caso do Município de Bombinhas – SC. Inexistência de direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. 4. Conclusões.

1. Introdução

Conforme Prudente (2012, p. 29), no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário está sendo permanentemente convocado, com os demais Poderes Republicanos e toda a coletividade, a defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (artigo 225, *caput,* Constituição Federal de 1988), adotando técnicas e procedimentos processuais mais rápidos e eficazes (artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, Constituição Federal), que repudiem qualquer postura de inércia ou omissão, antes os desafios dos novos direitos, em temas emergentes e difusos, como dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente natural, artificial, do trabalho e cultural, visando à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

E na conjuntura atual de uma globalização econômica cada vez mais insensível em seus projetos de acumulação de riqueza material em poder dos mais fortes e dominadores, em uma ação gananciosa e aniquiladora dos valores fundamentais da pessoa humana e dos bens da natureza, há de se exigir, por imperativos de ordem pública, uma ação diligente e corajosa de um Poder Judiciário independente, na defesa

[1] Este artigo é proveniente do Projeto de pesquisa "Direitos fundamentais e o acesso à água potável: a dignidade humana na construção de um Estado de Direito Ambiental" que obteve apoio financeiro do UNIPTAN/FUNADESP/FAPEMIG

[2]Pós-Doutor em Direito pela Università Degli Studi de Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG e do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (período 02/2014 a 08/2017). Email: deilton.ribeiro@terra.com.br

[3] Acadêmica de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN. Bolsista da FAPEMIG. E-mail:bella.paiva@hotmail.com

de uma ordem jurídica justa para todos, em termos de tutela jurisdicional oportuna e efetiva, visivelmente comprometida com a defesa dos direitos e garantias tutelados pela Constituição da República Federativa do Brasil (PRUDENTE, 2012, p. 29).

Para Dell'Orto (2012, p. 27), algumas questões brasileiras evidenciam a importância desse processo. Já temos aqui, por exemplo, substancial conteúdo jurisprudencial quanto à conceituação da função ecológica da propriedade como desdobramento do papel social da terra. No tocante às reservas legais, um dos itens polêmicos na discussão da Lei nº 12.561/2012 (Código Florestal), o Superior Tribunal de Justiça já deliberou ser ela obrigatória e inerente à propriedade. A Magistratura, portanto, deve estar cada vez mais preparada para que a prevalência da lei seja inexpugnável garantia de sustentabilidade. A Justiça não tem partido ou ideologia. Não é "eco-fundamentalista" e tampouco liberal quanto à exploração desmedida da natureza. É, simplesmente, a guardiã dos preceitos constitucionais, dos deveres e direitos dos indivíduos e da sociedade. É nessa condição que desempenhará papel decisivo na observância de leis e normas nacionais e tratados internacionais voltados à viabilização de um mundo economicamente próspero, socialmente justo e ambientalmente saudável.

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição e do pleno acesso à justiça (artigo 5º, incisos XXXIV, XXV e LXXVIII, Constituição Federal de 1988), se bem instrumentalizada, na procedimentalidade do processo justo e na força determinante de sua autoaplicabilidade protetora e de eficácia imediata (artigo 5º, § 1º, Constituição Federal), com a técnica processual moderna da tutela mandamental-inibitória negativa ou positiva (antecipatória ou final) reprimirá o abuso, em tempo de evitar, em muitos casos, que a prática do ilícito ambiental aconteça (artigos 294, 300 e 311 do Código de Processo Civil de 2015), livrando, assim, o cidadão e a coletividade de correr atrás do prejuízo, em busca de uma indenização quase sempre injusta, ainda que materialmente possível (PRUDENTE, 2012, p. 29).

No mesmo sentido, a Lei nº 6938/1981 preceitua como objetivos essenciais da Política Nacional do Meio Ambiente "a compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" e "a preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida" (artigo 4º, incisos I e VI).

2. Metodologia utilizada.

Este trabalho é resultado de um subprojeto da pesquisa "Direitos fundamentais e o acesso à água potável: a dignidade humana na construção de um Estado de Direito Ambiental", desenvolvida no âmbito do Programa de Iniciação Científica, do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN (2014-2015), com fomento da FUNADESP/FAPEMIG. Ele tem por objetivo analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acerca da defesa do meio ambiente ecologicamente

equilibrado que se constitui em um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. As perguntas motivadoras da investigação são: Como o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando o tema de defesa do meio ambiente? Qual (is) principal (is) argumentos utilizados nessas decisões?

Metodologicamente tratou-se de uma busca jurisprudencial no sítio do Portal do Superior Tribunal de Justiça, cujo recorte de decisões surgiu da necessidade de se estudar o tema de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado pela vertente do Poder Judiciário. Da mesma forma, não houve preocupação em se estabelecer o marco temporal ou geográfico específico.

Na análise de jurisprudências, a metodologia utilizada nesta pesquisa, consiste em coletar as decisões de um ou diversos juízes ou ministros, sobre um determinado assunto jurídico, com o intuito de identificar o retrato do problema. A análise da jurisprudência, portanto, consiste em identificar o posicionamento das decisões em relação ao problema (no caso, envolvendo a defesa do meio ambiente) e suas inclinações a possíveis soluções que porventura não tenham sido adotadas.

Assim, a análise das decisões colacionadas busca compreender, interpretar e explicar o significado, a organização e o sentido da decisão judicial. Busca-se traçar quais os caminhamos que foram percorridos até o momento da decisão, quais argumentos foram usados, os princípios utilizados, bem como as divergências existentes em cada voto. Antes da coleta de dados, foi necessário realizar uma pesquisa exploratória, além de remeter à base bibliográfica em que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está assentado. Foram feitos vários recortes de artigos científicos a respeito do tema.

Após a leitura dos achados teóricos sobre o tema, passou-se, então, à delimitação do recorte de objeto, como uma forma de apurar como seria feito a pesquisa pelas decisões no sítio do Tribunal indicado. Foram escolhidas as palavras-chave ou termos de busca para a realização das consultas de jurisprudência, quais sejam, “jurisprudência e ambiental e defesa”, “meio ambiente e ecologicamente equilibrado”, “sadia qualidade de vida e preservação” e o operador booleano “e”.

Optou-se por analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça devido à sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, e por se tratar de instância superior, que após a decisão proferida pelos mesmos, resulta no trânsito em julgado da ação. Quantitativamente não se resultou em muitos processos, assim optou-se por realizar uma análise qualitativa a partir de algumas categorias de análise melhor descritas no tópico dos quatro julgados colacionados.

Como resultado das análises feitas percebe-se que a tendência dos julgadores é a de assegurar a concretude da defesa do meio ambiente às partes que o pleiteavam. A principal fundamentação dos julgados, por sua vez, é que meio ambiente ecologicamente

equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. Discussão e resultados

a) O caso do desassoreamento do Rio Itajaí-Açu de Santa Catarina.

No Recurso Especial nº 588.022-SC (DJ: 05/04/2004) do Superior Tribunal de Justiça o Relator Ministro José Delgado da 1ª Turma em seu voto julgou a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do IBAMA, FATMA – Fundação de Amparo tecnológico ao Meio Ambiente, Município de Itajaí e ADHOC – Administradora Hidroviária Docas Catarinense que teve por objetivo a defesa do meio ambiente no caso do Rio Itajaí-Açu, rio federal que sofre influência das marés e da zona costeira (mar territorial, mangue e sistema estuarino) que estão sendo constantemente agredidos pelas atividades de dragagem do Canal do Porto de Itajaí, de dragagem de local denominado "Saco da Fazenda", localizado nas proximidades da foz do Rio Itajaí-Açu e pelas atividades de recuperação do Talude e Plataforma da Estrutura do Molhe Sul, construído na foz do Rio Itajaí-Açu.

A ação civil pública objetivou, ainda, a defesa da ordem jurídica constitucional na medida em que as atividades acima elencadas estão sendo desenvolvidas sem a realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA e sem apresentação do Relatório de Impacto Ambiental – RIA, inobstante disposição constitucional expressa nesse sentido, além de terem sido licenciados pelo Órgão Ambiental Estadual – FATMA – Fundação de Amparo à Tecnologia e Meio Ambiente, quando deveriam ter sido licenciadas e estar sendo fiscalizadas, pelo Órgão Ambiental Federal – IBAMA, único com atribuição legal e constitucional para atuar nesse sentido.

Em primeiro grau, julgou-se o pedido parcialmente procedente para o fim de: 1) declarar a competência do IBAMA para o licenciamento das atividades de desassoreamento no Rio Itajaí-Açu, com fulcro no artigo 10, § 4º da Lei nº 6938/81; 2) declarar a necessidade de apresentação pela ADHOC de prévio Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental ao IBAMA para licenciamento dos trabalhos de desassoreamento do canal do Porto de Itajaí e do 'Saco da Fazenda' visando a manutenção e/ou expansão da atividade portuária; 3) condenar a ADHOC a apresentar Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental ao IBAMA, relativos aos trabalhos de desassoreamento do canal do Porto de Itajaí e do 'Saco da Fazenda' que colimem a manutenção e/ou expansão da atividade portuária, no prazo de 24 meses, sob pena de multa diária no valor de R$10.000,00 (dez mil reais); 4) ordenar ao IBAMA que se abstenha de licenciar trabalhos de desassoreamento do canal do Porto de Itajaí e do 'Saco da Fazenda', sem que haja prévia apresentação pela ADHOC de Estudo de Impacto Ambiental e relatório de Impacto Ambiental, uma vez decorrido o prazo de 24 meses; 5)

condenar os réus nas custas processuais *pro rata*.

Em seu voto o Ministro José Delgado manifestou a preocupação da sociedade brasileira quanto ao sistema nacional de proteção ao meio ambiente, não obstante os melhores princípios e regras que estão presentes na nossa legislação, não terem conseguido alcançar, com o êxito necessário, um estágio de eficácia e efetividade. Ressaltou ainda que não se pode ignorar quão tem sido valiosa a contribuição doutrinária para o aperfeiçoamento dos princípios e normas que protegem o meio ambiente. Os autores têm apresentado sugestões que se voltam para uma compreensão integral dos valores ecológicos e que alcançam os propósitos de valorização da cidadania e da dignidade humana. A sociedade testemunha, contudo, que há, ainda, uma apatia do Estado em relação ao problema e uma ausência de conscientização educacional para a valorização do meio ambiente. O Poder Judiciário assume, portanto, uma gradual e intensificada responsabilidade para que os propósitos do Direito Ambiental vigente sejam alcançados.

A Constituição Federal de 1988 define o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial ao futuro da Humanidade. Também estabelece direitos e deveres para a sociedade civil e para o Estado. Podemos dizer que o acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não é só um direito, mas também um dever de todos. Desse modo, tem obrigação de defender o ambiente não só o Estado, mas, igualmente, a comunidade. Os empreendimentos e atividades considerados potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente dependem de licença ambiental, geralmente precedida de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), com a publicidade necessária para garantir a participação popular nas audiências públicas, obedecendo ao princípio da informação.

Para o Ministro José Delgado, somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, é que se poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nesse região. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do Direito Ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger o patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. Melhor dizendo, é dever constitucionalmente imposto ao Estado dar uma resposta à altura do anseio da coletividade, que, por seu representante, não expressa ambição individual, mas coletiva, da atual para as futuras gerações, que terão por herança o que lhes for deixado. Cabe a nós, portanto, refletirmos a respeito do que haveremos de legar aos nossos filhos.

Desse modo, foi negado provimento aos recursos especiais examinados para se concluir que está diretamente afetada pelas obras de dragagem toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA para o licenciamento das atividades de desassoreamento do Rio Itajaí-Açu com fulcro no artigo 10, § 4º da Lei nº 6938/81 e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual a FATMA é supletiva.

b) O caso do Município de São Jerônimo - RS. Mínimo existencial.

No Recurso Especial nº 1.366.331-RS (DJe: 19/12/2014) o Ministro Relator Humberto Martins da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou a ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul que pleiteava o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de encanamento dos esgotos que saem de cada uma das residências situadas nas ruas Jerônimo Ferreira, José Batista Anjolim, Antônio de Carvalho, Glauco Saraiva e Caetano Bianchi situadas no Bairro Vila Quininho, em São Jerônimo, com tratamento e a destinação adequadas, de forma a não causar poluição do lençol freático e ao Rio Jacuí.

O juízo de primeiro grau deu parcial procedência à ação civil pública – limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto em bairros desassistidos do Município de São Jerônimo. A omissão que se arrasta há mais de ano, comprometendo de forma concreta a saúde pública, demonstra a negligência do Município com o dever de zelar pela vida e saúde de seus concidadãos, garantindo infra-estrutura de moradia digna aos seus habitantes, não mais cabendo aguardar inserção em programa de esgotamento sanitário, mas, nesta situação posta, deve o Poder Público agir de imediato.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela insuficiência da condenação, pois a obra de canalização, sem a instalação de rede de tratamento, implicará no lançamento de todo o esgoto no próprio solo ou em algum curso d'água, fazendo apenas com que a poluição seja transferida de lugar. O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento, mantendo os termos da sentença. Em suma, consignou o Tribunal *a quo*, basicamente, que o artigo 45 da Lei nº 11.445/2007 não impõe a construção de rede de esgotos, como pleiteia o MPE/RS.

Para o Ministro Relator Humberto Martins a interpretação mais razoável da norma federal aponta para o dever de o Município implementar sistema completo de abastecimento de água e de captação de esgoto sanitário. O § 1º, entretanto, evidencia exceção específica para o caso de o Município não possuir receita suficiente para a construção de rede completa de abastecimento de água e/ou tratamento de esgoto. O caso dos autos não se encontra no permissivo do referido parágrafo. O Poder Executivo local já havia apresentado proposta ao Poder Legislativo para que se firmasse convênio que possuía, entre outras medidas, a implementação do saneamento básico em todo o Município. Alegar simplesmente a falta de previsão orçamentária para eximir-se da obrigação social vai de encontro à vontade anteriormente manifestada.

A interpretação do artigo 45 da Lei nº 11.445/2007 passa necessariamente pelos direitos sociais, pela "reserva do possível" e pela tutela do "mínimo existencial". Ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível" o entendimento doutrinário é que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice a saber: a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias e; c) por fim, na perspectiva de eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

A dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez que é "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha – de decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. Daí indagar-se: o administrador público possui, em todos os casos, discricionariedade para escolher as prioridades, ou seja, para decidir quais valores serão contemplados e, consequentemente, quais serão postergados em face da escassez dos recursos públicos?

A regra é que, por típica atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade; boa parte deles, referendados pela vontade manifestada nas urnas. Há, entretanto, um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito. Com isso, observa-se que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Não priorizar os direitos essenciais implica o destrato da vida humana como um fim em si mesmo; ofende, às claras, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio do "mínimo existencial" o mesmo prevê que a impossibilidade de concretização de todos os direitos sociais não impede que as pessoas possam pleitear, no mínimo, o acesso a condições mínimas para uma vida digna. Evidencia-se que o mesmo não deixa de ser uma decorrência do reconhecimento da reserva do possível. Por não haver recursos para tudo, é que se deve garantir, ao menos, o suficiente para que se possa viver com dignidade. Esse mínimo existencial não pode ser postergado, devendo, portanto, ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido, abre-se a possibilidade para efetivação de outros gastos não entendidos, num juízo de razoabilidade, como essenciais. Por esse motivo, o princípio da

reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

É interessante citar a observação feita por Cançado Trindade (1997, p. 493), com o objetivo de demonstrar que também no âmbito do Direito Internacional ainda não existe um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial. É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um "núcleo fundamental" de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados "direitos de subsistência" (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.

Para Olsen (2008, p. 190-192), a reserva do possível deve ser considerada um elemento externo à norma de direito fundamental, que é o que preconiza a teoria externa das restrições. Não seria possível definir, de forma abstrata, as prestações que estariam abrangidas por determinado direito. Isso só poderia ser definido no caso concreto, comparando a pretensão apresentada com os recursos materiais disponíveis. E essa ponderação seria passível de controle, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, razão pela qual a teoria externa seria a que melhor preserva os direitos fundamentais.

Dessa forma, a escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (OLSEN, 2008, p. 195).

Nota-se, ainda, que o saneamento básico possui intrínseca relação com os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, porquanto essencial para que o indivíduo não viva em contato direto com material orgânico prejudicial à saúde. O saneamento básico é instrumentalizado mediante infraestrutura de canalização e técnicas de tratamento de esgoto – sem deixar que os dejetos orgânicos do esgoto entrem em contato com os lençóis freáticos, rios, reservatórios de água etc. O direito à saúde é direito fundamental, estendendo-se ao conceito de bem-estar físico, mental, social, integração ao meio ambiente e à sociedade – bem como à capacidade de exercício de direitos individuais. A falta de saneamento básico pode obstar o gozo do direito à saúde, estando até mesmo relacionado a casos de mortalidade infantil. O saneamento básico, portanto, é pressuposto para o pleno gozo dos direitos à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana – fundamento da República, conforme preceituado no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o Ministro Relator Humberto Martins deu provimento ao recurso especial para condenar o Município a elaborar o projeto técnico de encanamento de esgotos no prazo de 60 dias, incluindo, por conseguinte, os valores da realização do projeto na lei orçamentária do exercício financeiro subsequente.

c) O caso da exploração de águas subterrâneas.

No Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.352.664-RJ (DJe 20/05/2013) o Ministro Relator Mauro Campbell Marques da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o agravo interno interposto pelo Condomínio Edifício Serra Shopping, inconformado com a decisão *a quo* que deu provimento ao recurso especial por entender necessária a outorga para a exploração de águas subterrâneas por meio de poço artesiano. Em suas razões, o agravante sustenta que a exigência de outorga para a exploração de águas subterrâneas por meio de poço artesiano para uns viola o princípio da igualdade.

Em seu voto o Ministro Relator Mauro Campbell Marques ressalta que quanto à aludida afronta aos artigos 12 e 20 da Lei Federal nº 9433/1997 e 45 da Lei nº 11.445/2007, o STJ possui posicionamento no sentido de que o inciso II do artigo 12 da Lei nº 9433/1997 é claro ao determinar a necessidade de outorga para a extração de água do subterrâneo. Restrição essa justificada pela problemática mundial de escassez da água um recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico.

Note-se que o artigo 12, II, da Lei nº 9433/1997, ao distinguir os usuários que tinham e os que não tinham acesso à fonte alternativa de água, revela-se como instrumento adequado para garantir o uso comum de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pelas presentes e futuras gerações, segundo uma igualdade material, não meramente formal (artigo 225 da Constituição Federal de 1988), sobretudo considerando a finitude do recurso natural em questão. Com essas considerações, foi negado provimento ao agravo regimental.

Cavalieri Filho (2005, p. 152-154) sobre a ampliação do campo de incidência da responsabilidade civil objetiva, bem como sua justificativa, defende que "quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independente de culpa".

Assim, no processo de proteção do meio ambiente um importante papel desempenha o instituto da responsabilidade civil, tradicionalmente concebida com a finalidade de tornar possível a restituição de uma lesão injustamente provocada. Porém, em matéria ambiental, além da restituição do estado anterior à ocorrência do dano, a responsabilidade civil ganha outros contornos e peculiaridades (GIUDICE, 2005, p. 53).

d) O caso do Município de Bombinhas – SC. Inexistência de direito

adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente.

No Recurso Especial nº 1.222.723 (DJ 17/11/2011) o Ministro Relator Mauro Campbell da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu seu voto no recurso interposto pelos recorrentes Dorival Gonzaga da Silva e outros, inconformados com o aresto proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que concluiu acerca (i) da necessidade de autorização do órgão competente para retirada de qualquer vegetação do local, (ii) da ausência de exagero no comando sentencial que determinou a demolição da obra e a recuperação da área sob o entendimento de que esta foi construído em área de preservação permanente e sem a observância das exigências legais e (iii) da existência de área ambiental que encerra sítio de rara beleza cênica no litoral brasileiro.

O laudo técnico de vistoria, elaborado pelo IBAMA classificou a área na qual edificado o empreendimento como de preservação permanente, como segue: [...] as edificações em construção, abrangem terrenos da faixa de marinha, sendo que a obra do prédio da extremidade da praia está situada sobre um pequeno curso d'água (sem denominação), ou seja, está sendo construído integralmente sobre a área de preservação permanente. O referido curso d'água foi obstruído por barramento de concreto (parte do alicerce da edificação) continuando a correr ainda no mesmo curso por pouco metros e, em seguida, o mesmo foi canalizado através de tubos de concreto, sob edificação e posteriormente sob areia, até o mar (praia). A obstrução e a canalização do referido curso d'água ocorrem no interior da edificação, sob a escada de concreto de acesso aos pavimentos superiores (aproximadamente na parte central da construção).

A vistoria ainda constatou atividades de corte no morro, terraplenagem, supressão da vegetação natural, obstrução e canalização do curso d'água, causaram e causam significativas ações modificadoras daquele ambiente natural, contribuindo também de forma direta, para a poluição da areia e da água da praia, prejudicando assim, as condições de balneabilidade daquele ambiente. O laudo ainda esclareceu que o empreendimento teria sido construído sobre as terras de marinha, caracterizado como vegetação fixadora de dunas e área de preservação permanente de acordo com o Código Florestal. E ainda que na área do empreendimento tivesse sido constatada a presença de dois tipos de vegetação: fixadora de dunas, típica de restinga e vegetação de Mata Atlântica, as quais apresentavam importante função de proteção das propriedades costeiras contra a ação de ondas de tempestades. E sobre o impacto do empreendimento, conclui que a implantação dos cinco blocos sobre a única faixa de vegetação fixadora de dunas existentes poderia acarretar descaracterização da vegetação de restinga, redução das áreas de restinga, aumento da população de espécies prejudiciais ao homem e diminuição da biodiversidade.

O laudo técnico ainda esclarece sobre o impacto ambiental ao ecossistema pela implantação definitiva: [...] o risco maior na finalização da obra é o tipo de sistema de tratamento de esgoto a ser implantado na área. A FATMA sugere um tratamento de esgotos que pode ser implantado sem que se prejudique a balneabilidade da praia, mas

a mesma deve ser rigorosamente fiscalizada para que se certifique de seu funcionamento. A questão do empreendimento muito próximo a praia deve ser avaliada. O trânsito de pessoas neste local irá aumentar, e consequentemente o aumento na quantidade de lixo e dificuldade da vegetação natural se regenerar. E ainda, a retirada do solo na base da encosta para construir os pavimentos poderá prejudicar a balneabilidade da praia, já que chuvas fortes podem provocar a lixiviação deste solo para o mar que se encontra a poucos metros da praia.

Sobre o comprometimento da paisagem cênica com o término da construção, a perita informou: [...] a construção já modificou a paisagem. O seu término poderá ser prejudicial se não houver um sistema de esgoto de tratamento bastante criterioso, comprometendo a balneabilidade da praia. O acesso de pessoas e depósito de resíduos pode afetar as condições estéticas e sanitárias deste ambiente. É necessário alertar as autoridades quanto às condições sanitárias e estéticas deste local. Já existe um empreendimento antigo nesta localidade. Não estão tão próximo à praia, deposita seus resíduos na região próxima ao reservatório de água e seu sistema de tratamento de esgoto foi encontrado exposto a céu aberto em uma área com erosão e alteração da vegetação. Talvez este já esteja prejudicando a balneabilidade daquela praia. No que diz com as medidas a serem adotadas para a recuperação da área, a perita nomeada concluiu que: [...] para recuperar toda a área seria necessário demolir o empreendimento, retirar a vegetação exótica e replantar vegetação nativa de encosta, típica desta região. Se a obra não for demolida, existe uma área significativa nos entornos da mesma que pode e deve ser recuperada.

E mais: acerca da possibilidade de permanência do empreendimento no local, a perita esclareceu sobre a dificuldade de se instalar um sistema de tratamento de esgoto na área, pela proximidade com a praia e a superficialidade do lençol freático (acima de 2m). Refere que, através das informações recebidas da engenheira sanitarista da FATMA, a implantação de uma fossa séptica e filtro anaeróbico na área – sugerida em caso de manutenção do empreendimento, exigiria um acompanhamento rigoroso, a ser comprovado por meios de fotografias, já que seria necessário rebaixar o lençol freático. Se não fosse possível rebaixá-lo, foi sugerida ou a implantação do sistema de tratamento acima do terreno, ou recalcamento de todos os efluentes para área de infiltração e nesta construir o sistema como um todo, ou seja, tanque séptico, filtro anaeróbico e valas de infiltração.

O Relator Ministro Mauro Campbell em seu voto esclareceu ainda que inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo

legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse.

O termo *propter rem* significa "por causa da coisa". Tais obrigações surgem devido o sujeito ser titular de um direito sobre a coisa, elas nascem espontaneamente sem que haja dependência da vontade do devedor. Assim, o direito de que se origina é transmitido para os sujeitos da relação. A obrigação *propter rem* possui oponibilidade inter partes já que vincula o sujeito ativo com o sujeito passivo, assim em um contrato de prestação de serviços as partes estão vinculadas por força de uma prestação, terceiros não sofrem vinculação.

Do mesmo modo, descabe falar em culpa ou nexo causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição. Sendo a hipótese de obrigação *propter rem*, desarrazoado perquirir quem causou o dano ambiental, se o atual proprietário ou os anteriores ou a culpabilidade de quem o fez ou deixou de fazer. Com essas considerações, o Ministro Relator Mauro Campbell votou por conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

4. Conclusões

Para Leite; Belchior (2014, p. 38) o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado os princípios de Direito Ambiental para a interpretação das normas ambientais, o que fortalece uma Hermenêutica Jurídica Ambiental. É o que ocorre com os empreendimentos e atividades considerados potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente dependem de licença ambiental, precedida de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente - EIA/RIMA (STJ, REsp nº 588.022-SC, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ: 05/04/2004); princípio do mínimo existencial (REsp nº 1.366.331-RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe: 19/12/2014); exigência de outorga para a exploração de águas subterrâneas (STJ, REsp nº 1.352.664-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, DJe 20/05/2013).

Dessa forma, pode-se afirmar com os resultados da pesquisa, é que o Superior Tribunal de Justiça em todos os casos encontrados e analisados tende a assegurar a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Portanto, exerce papel fundamental na construção de um Estado de Direito Ambiental, visto que esta é parâmetro de seguimento do legislador constitucional, servindo de embasamento para a busca da efetiva defesa do meio ambiente.

Observa-se uma importante contribuição do Poder Judiciário que está sendo permanentemente convocado a defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações (artigo 225, Constituição Federal). Soma-se a isso a incorporação dos valores e princípios mediante a positivação dos direitos fundamentais no âmbito do direito ambiental com uma pré-compreensão diferenciada do intérprete de forma a concretizar o Estado de Direito Ambiental.

Alinhado a ideia de uma cidadania ambiental, que tem como marca característica o protagonismo da sociedade civil para que, a defesa do meio ambiente, seja exercida de forma adequada no plano jurídico-constitucional, a participação da sociedade civil deve ser estimulada para que a iniciativa tão somente relegada ao Poder Público. Contudo, é necessário ainda, para que as normas jurídicas adquiram eficácia, que os cidadãos se habituem a um processo de cobrança de consecução dos direitos já assegurados na legislação; e de exigência de participação nos processos políticos e decisões evitando-se dessa forma, o incremento da judicialização de direitos ambientais no Brasil.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 588.022-SC**, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 05/04/2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=588022&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 01 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.352.664-RJ**, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 20/05/2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudência/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1352664&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 01 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.366.331-RS**, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/12/2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1366331&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 01 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.222.723-SC**, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell, DJ 17/11/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201002161243&dt_publicacao=17/11/2011> Acesso em: 20 jan. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v. I.

CAVALIERI FILHO, Sérgio**. Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DELL'ORTO, Cláudio. O judiciário e a Rio+20. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano

XVI, nº 369, jun., 2012.

GIUDICE, Bruno Moraes. **Teoria do risco integral no dano ambiental**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2005. Disponível em <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10145/10145.PDF> Acesso em: 29 jan. 2017.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: MORATO, José Rubens; PERALTA, Carlos E. (Org.) **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Editor Instituto O direito por um planeta verde, 2014.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PRUDENTE, Souza. O perfil do poder judiciário republicano: na conferência das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável – Rio+20. In: **Revista Jurídica Consulex**. Ano XVI, nº 369, jun., 2012.

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Hélintha Coeto Neitzke[1]
Celso Hiroshi Iocohama[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Acesso à justiça; 3. Convenções processuais; 4. Convenções processuais sob a ótica do acesso à justiça; 5. Conclusão

1. Introdução

Os direitos fundamentais são os direitos subjetivos consagrados e protegidos pelas normas constitucionais. Os direitos fundamentais se diferem dos direitos humanos em razão de que aqueles estão previstos no plano interno de cada país, enquanto que estes são protegidos no plano internacional. No entanto, ambos contemplam, mesmo que em planos distintos, os direitos relacionados à liberdade e à igualdade dos indivíduos, cidadãos.

Os direitos fundamentais, de acordo com o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, são garantidos a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país e dizem respeito aos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ressalte-se que os direitos fundamentais podem ser expressos ou tácitos e estão previstos não somente no âmbito do artigo 5º da Carta Magna. Há quem prefira denominá-los em dimensões (gerações), de acordo com o período e época que cada um passou a ser reconhecido e protegido. Enquanto que os direitos de primeira geração estão ligados ao valor liberdade, os direitos de segunda geração estão relacionados à igualdade material. Quanto a estes, não há dúvidas na doutrina. Mas o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos de terceira e quarta dimensão, os quais acarretam certa divergência na doutrina, mas, em tese, os direitos da terceira geração referem-se aos direitos ligados à fraternidade ou solidariedade enquanto que os direitos da quarta dimensão estão associados à pluralidade.

No entanto, a classificação proposta por Giorgio Jellinek[3] merece maior destaque

---

[1] Mestranda do Programa de Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Civil – Família e Sucessões pela UNICESUMAR. Bolsista da Capes/Prosup. Advogada. Email: helintha@yahoo.com.br

[2] Doutor em Direito pela PUC/SP. Doutor em Educação. Mestre em Direito pela UEL/PR. Docente da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado. Email: celso@prof.unipar.br

[3] JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbjettivi**. Milano: Societá Editrice Libraria, 1912.

entre as inúmeras classificações existentes, pois permitiu a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. É quanto a esse último que o presente trabalho versará. Essa garantia de participação que a parte conta decorre da teoria chamada *status*, a qual se subdivide em quatro. É através do *status* positivo que o cidadão pode exigir do Estado uma ação positiva de dar, de fazer ou de prestar algo. Jellinek propõe ainda outras categorias de *status*: negativo, passivo e o ativo. O status negativo (ou *status libertatis*) revela a liberdade que o indivíduo tem frente ao estado e geralmente refere-se aos direitos políticos de liberdade e igualdade, direitos básicos dentro de um país democrático. Já o *status* passivo (ou *status subjectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo frente ao Estado, quando que, em determinados casos, o Estado pode prevalecer sobre os interesses individuais. Por fim, Jellinek trata do *status* ativo *(*ou *status activus)*, o qual leva em conta uma participação e influência na vontade do Estado, voltado, sobretudo, ao exercício da cidadania. A teoria aceita e fortemente difundida por Jellinek é a base fundamental da relação entre o Estado e o indivíduo, imprescindível para a realização dos direitos do jurisdicionado frente à autoridade política do Estado. Neste sentido, que se pode afirmar que o Estado Constitucional deve ser um Estado Democrático.

Vale ressaltar ainda que as garantias fundamentais não se confundem com os direitos fundamentais. As garantias referem-se ao meio, ao instrumento criado pela lei para assegurar a proteção e efetividade aos direitos fundamentais, uma vez que o simples reconhecimento e declaração de um direito pode ser insuficiente em si mesmo, necessitando, muitas vezes, de um instrumento que lhe concretize. Dessa forma, direitos distingue-se das garantias fundamentais, que, conforme Pedro Lenza: "os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados"[4]. Ademais, "a fixação da garantia e a declaração do direito têm uma linha divisória pouco nítida e, não raro, localizam-se no mesmo dispositivo, tal como ocorre com o habeas corpus, garantia criada para assegurar a liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII)".[5]

As garantias ofertadas como meio de proteção ao direito fundamental podem se tratar de garantias fundamentais ou mesmo de remédios constitucionais, como assim são chamados. Estes são espécies daquelas, "uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios

[4] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 695.

[5] NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 364.

constitucionais"[6], sendo que em "determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito"[7].

Os remédios constitucionais estão dispostos em alguns incisos do artigo 5º da Constituição Federal e contam com leis ordinárias que disciplinam seu processamento, são eles: *habeas corpus*; mandado de segurança individual e coletivo; *habeas data*; mandado de injunção; ação popular e ação civil pública. Vale lembrar que muitos autores não disciplinam a ação civil pública como um remédio constitucional.

Já as garantias fundamentais são, eminentemente, princípios que asseguram os direitos fundamentais protegidos, não por meio de um instrumento tipicamente previsto em lei, como o são os remédios constitucionais, mas por meio de valores adotados e garantidos por certas sociedades. Assim, os princípios processuais, além de valores aceitos pelo nosso ordenamento jurídico, são garantias constitucionais que visam assegurar e efetivar os direitos fundamentais consagrados e protegidos pela nossa Constituição Federal.

As garantias fundamentais constitucionais são o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa; o juiz natural; a inafastabilidade da apreciação jurisdicional e a razoável duração do processo. Saliente-se que tais garantias não estão somente previstas na Constituição Federal de 1988, mas alguns deles foram contemplados pelo atual diploma processual civil (Lei nº. 13.105/2015), no capítulo I, destinado às normas fundamentais do processo civil, reforçando sua importância perante o ordenamento jurídico pátrio. Este trabalho pretende tratar tão somente a respeito da garantia de acesso ao Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça a lesão.

2. Acesso à justiça

O acesso à justiça, estampado no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna de 1988, prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Trata-se de um direito fundamental processual, cuja garantia constitucional se perfaz no acesso ao Poder Judiciário por meio de uma ação, quando diante de lesão ou ameaça a direito subjetivo. A lei não autoriza ao legislador, nem mesmo qualquer outro cidadão, a impedir o acesso em juízo daquele que se sentir lesado acerca de seus direitos, pretensões e bens.

---

[6] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 696.

[7] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 696.

É possível conceituar o direito de ação como aquele direito que "todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos"[8] e, portanto, qualquer lei em sentido amplo, que vise impedir, retardar ou prejudicar o direito de suscitar a proteção jurisdicional, deve ser considerada nula e, imediatamente, rechaçada no ordenamento jurídico.

Disponibilizar o mero acesso à justiça não é suficiente, é necessário que alguns entraves sejam superados, sob pena de não se ofertar substancialmente este direito. É neste sentido, que entraves de ordem econômica, social e cultural devem ser superados para que possa afirmar que o direito de acesso à justiça foi efetivamente garantido.

Na mesma linha, entraves formalísticos e procedimentais devem ser ultrapassados. Explica Oliveira que é necessário "prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos que", venha conceder "ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus"[9]. É necessário que ele venha acompanhado de outros adjetivos para que acesso seja considerado idôneo. Ou seja, a tutela jurisdicional prestada não deve ser meramente formal, mas deve vir revestida de adequação, celeridade e efetividade. Na concepção de Kazuo Watanabe, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa"[10].

A tutela jurisdicional adequada perpassa pela observância estrita ao princípio do devido processo legal, princípio este que fundamenta todos os demais princípios do processo civil, como o contraditório, ampla defesa, isonomia, duplo grau de jurisdição, juiz natural, inadmissão de provas ilícitas, entre outros. Em que pese o fato de que o conceito de "devido processo" tenha se modificado no tempo, por tratar-se de uma cláusula aberta que é, atualmente prefere-se falar em "processo justo", com garantia mínima de meios e resultados[11]. Vale ressaltar que precisar o que vem a ser um devido

---

[8] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.132.

[9] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

[10] WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

[11] COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004, p. 99.

processo legal justo é algo que escapa do controle dos operadores do direito. O que se pode afirmar que se trata de um conceito não adstrito à esfera do processo jurisdicional, pois invade também as esferas do processo administrativo, legislativo e o arbitral, alcançando inclusive as relações entre particulares. Assim, o devido processo legal justo obriga a todos os poderes, legislativo, judiciário e executivo. "Os adeptos do método instrumentalista do processo formularam sugestões destinadas à eliminação dos impedimentos ao efetivo acesso não apenas a justiça, como função do Estado, mas também ao valor justiça, representado pela formulação correta da regra de direito material ao caso concreto e pela obtenção dos resultados práticos nela previstos em tempo razoável"[12].

Um devido processo legal justo, sem dúvidas, engloba o direito a um procedimento que seja adequado ao direito material *in* concreto, pois não basta a garantia de uma oportunidade perante o Poder Judiciário, mas a garantia de ser ofertado um procedimento adequado, idôneo e coerente, compatível com a pretensão que se busca demonstrar em juízo, dentro de um prazo razoável de tempo. "Na formulação de técnicas idôneas, é indispensável compreender, no contexto dos direitos fundamentais, aqueles de organização e de procedimentos"[13] com o intuito de promover a tutela dos direitos, capazes de garantir a necessária adequação e efetividade, "pois de nada adiantaria possibilitar o ingresso à justiça se o processo judicial não garantisse meios e resultados"[14]. Pode ocorrer que os procedimentos ofertados pelo legislador não sejam suficientes ou compatíveis com o direito material levado perante o Poder Judiciário. Neste caso, diante do *déficit* procedimental, faz se necessário que o juiz promova a flexibilização do procedimento, por meio do princípio da adaptabilidade, uma vez que o magistrado não pode se eximir de julgar ou mesmo alegar obscuridade na lei, mas deverá fazê-lo ainda com o máximo de eficiência possível. Somente a partir do momento que o procedimento tornar-se adequado às necessidades das partes, por meio da adaptabilidade procedimental, é que se pode afirmar que o devido processo legal foi estritamente observado, em seu aspecto substancial.

Não se pode olvidar ainda do princípio do contraditório que perpassa três aspectos: o aspecto do conhecimento, da participação e da influência. Assim, o contraditório não se reduz ao conhecimento da outra parte acerca da existência do processo, mas também aborda a garantia de participação ativa da mesma durante todo

---

[12] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61.

[13] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 288.

[14] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 288.

o *iter* procedimental e o direito das partes de influir nos caminhos do processo. Logo, o processo não deve ser visto como um simples instrumento de realização dos direitos dos indivíduos, mas um campo propício à participação ativa no procedimento e esta participação deve concorrer para a decisão final ultimada pelo juiz, no processo. As partes vão, assim, contribuir, ativamente, para a decisão a ser proferida pelo juiz.

3. Convenções processuais

A partir da vigência do atual Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015), que se deu a partir do dia 18 de março de 2016, passou-se a disciplinar expressamente as chamadas convenções processuais, espécie dos negócios jurídicos processuais, uma vez que estes podem ser unilaterais, bilaterais e plurilaterais. As convenções processuais ou acordos processuais, como também são chamadas, podem ser bilaterais ou plurilaterais.

Não que o Código de Processo Civil de 1973 não previsse tal possibilidade, no entanto, as hipóteses eram limitadas e expressamente previstas. São exemplos de convenções processuais no CPC/1973: a convenção de eleição de foro; a suspensão condicional do processo; o adiamento da audiência de instrução, entre outros.

A grande diferença é que a partir do CPC/2015, tais convenções processuais podem ser também atípicas, ou seja, suas hipóteses não ficam delimitadas, mas há liberdade para as partes as criem. Assim, concede-se às partes a autonomia para que promovam acordos processuais. Eis o conteúdo o artigo 190 do CPC/2015:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
> Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2017)

As convenções processuais, da forma como são previstas no artigo 190 do atual CPC/2015, têm sua origem e amplo uso no âmbito da Arbitragem, onde os interessados podem ditar os trâmites do procedimento, o qual pode ser pactuado na convenção de arbitragem, de forma prévia à existência do litígio ou mediante cláusula compromissória, após o litígio já instaurado (Lei nº. 9.307/1996). No entanto, para que os interessados "possam recorrer a este meio de solução de controvérsias, que tem natureza jurisdicional, os interessados devem ser capazes de contratar (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis"[15]. Saliente-se que "as partes tem liberdade de

[15] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei 9.307/96. São

escolher o direito material (material e processual) aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais do direito, nos uso e costumes e nas regras internacionais do comércio"[16].

Mas é a partir do atual diploma processual que as convenções processuais, comumente adotadas pela arbitragem, ganham previsão expressa no ordenamento jurídico, com um dispositivo próprio e ainda com a permissão de serem atípicas, em razão da cláusula aberta que é o artigo 190, o que aumentará assim, consideravelmente, sua ocorrência, pois as partes têm ampla autonomia para convencionarem. O artigo 3º, § 3º "estabelece um dever geral de estímulo à autocomposição. A negociação sobre o processo constitui uma das formas possíveis de solução consensual dos litígios, valorizando a possibilidade de acordo sobre o modo de resolver os conflitos"[17], e isto se dá, "especialmente quando não seja possível a sua própria resolução por via amigável"[18].

Dessa forma, todos os doutrinadores que entendiam que sobre as normas processuais não se podia negociar, estão tendo que reconhecer no artigo 190 a permissão expressa da lei para tanto. Há quem entenda que o artigo 190 pode ser enxergado como um desdobramento do artigo 200 e surge para sanar todas as dúvidas a respeito da possibilidade ou não de se celebrarem negócios processuais atípicos.

É por tal razão que Didier Júnior[19] acredita que, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, pode-se falar na existência do princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, com a subsistência, inclusive, de um microssistema e, por tal razão, os artigos 190 e 200 devem ser interpretados conjuntamente. Assim, o artigo 190 é um dos exemplos que às partes foi dada maior autonomia e liberdade no âmbito processual, mas pode-se citar ainda a permissão que as partes têm para, por meio negocial, proporem o saneamento compartilhado do processo (art. 357, § 2º), bem como dispor a respeito dos ônus, também em sua forma negociada, previsto no artigo 373, § 3º, ambos do atual Código de Processo Civil. Mister afirmar que as partes não podem

---

Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

[16] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

[17] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 227.

[18] NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 227.

[19] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

propor negociação sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição. Negocia-se a respeito do processo, alterando suas regras e não sobre o objeto litigioso do processo, conforme Didier Júnior[20].

Então qual a finalidade e para que vieram as convenções processuais? Além de permitir que as partes convencionem, como o próprio nome diz, a respeito do procedimento e/ou das situações jurídicas processuais, ajustando às especificidades da causa, a principal finalidade das convenções processuais, a nosso ver, é garantir uma maior autonomia às partes no âmbito processual, tendo em vista que elas são as maiores interessadas em solucionar o direito material levado à juízo. Sob a ótica da Justiça, as convenções processuais têm a finalidade de promover maior eficiência, celeridade e efetividade ao processo. É claro que as partes não estão livres para negociar sobre qualquer assunto de interesse processual. Elas vão precisar obedecer a vários requisitos e observar os limites legais para que suas convenções processuais sejam consideradas válidas.

Dessa forma, a cláusula geral do artigo 190 permite às partes convencionar a respeito do procedimento ou a respeito das situações jurídicas processuais (ativas ou passivas). Nada impede que as partes negociem tanto a respeito do procedimento como das posições jurídicas, num mesmo acordo processual. Enquanto que o artigo 191 trata a respeito do calendário processual, convenção processual típica celebrada entre as partes e o juiz. O calendário processual consiste na faculdade concedida às partes de promoverem a adaptação do procedimento às especificidades da causa, fixando, para tanto, os prazos e/ou datas para o cumprimento dos atos processuais a que estão sujeitas.

4. Convenções processuais sob a ótica do acesso à justiça

A democracia também se perfaz através da participação ativa no âmbito do processo, uma vez que a democracia integra a atividade de estabelecer regras que em termos processuais servem de instrumento para a concretização e preservação de direitos fundamentais.

O mero acesso à justiça não preenche a garantia de observância ao direito fundamental da inafastabilidade jurisdicional, sendo necessário um acesso de ordem substancial. Neste sentido, "o leque de investigações ora se abre ao longo de novos procedimentos e da renovação daqueles tradicionalmente existentes, contextualizando a dinâmica de seus resultados com demandas do grupo social, situado em determinado

[20] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

tempo e espaço"[21]. O formalismo deixa de ser absoluto e passa a ser relativizado: "a questão da simplificação dos procedimentos, em que o formalismo é relativizado ante a sua interferência na realização das pretensões em juízo"[22]. A questão da forma deve ser ponderada, pois nos dizeres de Gomes Neto, para "um processo ágil e funcionalmente coerente com seus escopos, é preciso também relativizar o valor das formas, saber utilizá-las e exigi-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas"[23]. "O apego exagerado à forma cria obstáculos não razoáveis à utilização do processo como mecanismo de promoção de direitos fundamentais".[24]

Neste sentido, Ávila afirma que "onde há um direito, há um remédio, e remédio é aquilo que combate o mal, 'remédio' é uma expressão metafórica ilustrativa do dever de adequação instrumental: onde há um direito, deve haver um instrumento adequado à sua proteção"[25]. Continua o autor: o "direito a um procedimento adequado nada mais é do que a conseqüência mediata da própria proteção de um direito".[26]

Vale ressaltar que a liberdade concedida às partes em sede processual em nada afronta o interesse público e as normas cogentes do sistema jurídico. A terceira onda proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth[27] abarca as mudanças verificadas em nosso atual diploma processual, por meio das convenções processuais, pois é através da simplificação procedimental (leia-se também flexibilização procedimental), seja por meio do legislador, de forma abstrata, seja através do juiz, no caso concreto, é possível

---

[21] GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti:** análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 94.

[22] GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti:** análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 95.

[23] GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti:** análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 100.

[24] CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 143.

[25] ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, set. 2008.

[26] ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, set. 2008.

[27] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

se constatar a observância efetiva ao princípio do acesso à justiça. Nas palavras de Cappelletti e Garth[28]: "não é possível, nem desejável resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis". Não propiciar às partes a oportunidade de participarem ativamente ajustando suas necessidades ao direito material, é obstar o direito fundamental do acesso à justiça, violando também o direito ao devido processo legal justo.

Outrossim, satisfazer o acesso à justiça perpassa o âmbito do processo e adentra, inclusive, na concepção moral de cada indivíduo, pois "significa encontrar os valores próprios que cada um elege em tal patamar, dentro das circunstâncias em que vive e segundo a satisfação das necessidades de cada pessoa, inserido no seu grupo social".[29]

Não se pode olvidar que a participação ativa das partes no procedimento encontra limites na boa-fé processual e nos limites impostos pelas normas cogentes que revelam o interesse público sobressalente.

O fundamento que se apoia as convenções processuais reside na adoção do princípio da adaptabilidade procedimental promovida pelas partes e engloba a necessidade de as partes participarem ativamente desta mudança. Significa dizer que, por meio do contraditório, as partes devem tomar conhecimento a respeito do procedimento que foi alterado. Somente neste momento, pode-se falar em efetiva e substancial observância ao direito fundamental processual de acesso à justiça. Não propiciar às partes a oportunidade de participarem ativamente ajustando suas necessidades ao direito material, é obstar o direito fundamental do acesso à justiça, violando também o direito ao devido processo legal justo. Para Dinamarco o "processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha"[30]. Continua o autor: "Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa. Tão é o que se propõe quando se fala em processo civil de resultados".[31] Já nas palavras de Watanabe: "o direito de acesso à Justiça é, portanto,

---

[28] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 69.

[29] TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 22.

[30] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 267.

[31] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 5. ed. São

direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito"[32].

Por outro lado, a "garantia de imparcialidade da jurisdição brota do dever de colaboração (ou cooperação) entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da Jurisdição"[33], nos dizeres de Grinover. E continua a autora: "Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente".[34]

Como observa Cichocki Neto, há limitações exoprocessuais e endoprocessuais ao acesso à justiça, sendo que a flexibilização do procedimento e sua posterior adaptabilidade, em determinados casos, será condicionante para a concretização do acesso à justiça. Para tanto, "a superação desses entraves depende sempre de maior adequação entre o instrumento disponibilizado e o direito que, com ele, pretende-se fazer valer".[35]

Assim, "sempre que o rito legal for incapaz de proporcionar uma tutela jurisdicional estatal tão efetiva quanto a autotutela, para que a substitutividade da jurisdição se mantenha legítima, deve-se garantir, ao juiz e às partes, o direito (quiçá um dever-poder) de promoverem", sem qualquer prejuízo "ajustes no trâmite processual, por meio da adequação do procedimento, para adaptá-lo às peculiaridades da causa e do direito material".[36]

Mas para tanto, mister se faz mencionar, nas palavras de Cambi e Neves[37], que

---

Paulo: Malheiros, 2005, 2005, p. 267.

[32] WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.

[33] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de janeiro: Forense universitária, 1990, p. 3.

[34] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de janeiro: Forense universitária, 1990, p. 3.

[35] CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 130.

[36] REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 129.

[37] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 15.

um preparo científico adequado por parte dos docentes nas Universidades, maturidade dos sujeitos processuais e da sociedade inclusive, faz-se necessária para a superação da enraizada cultura do litígio e da espera da tão sonhada sentença, a fim de que a técnica da flexibilização procedimental venha, de fato, contribuir para a concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa, à eficiência da prestação jurisdicional, à justiça da decisão e à pacificação social promovendo, assim, a tão esperada efetividade do processo.

Assim, mister é "incrementar o sistema processual, com instrumentos novos e novas técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas".[38]

Dessa forma, quando o juiz decide por aumentar os prazos processuais ou alterar o procedimento em relação às provas, bem como quando as partes optarem por estabelecer convenções processuais a respeito do procedimento (art. 190) ou quando, juntamente com o juiz, as partes fixarem o calendário processual (art. 191), elas estão atuando ativamente no processo, promovendo mudanças (leia-se adaptações) que lhe sejam pertinentes diante de um procedimento que não é, em sua essência, adequado, como deveria ser.

Com certeza, o efetivo acesso à justiça, quando em estrita observância ao devido processo legal justo, por meio de um procedimento que seja adequado ao direito material levado a juízo, restará vislumbrado quando o magistrado e as partes puderem promover a adaptabilidade procedimental cooperativa necessária no processo.

No caso das partes, o estabelecimento das convenções processuais, previstas no art. 190 do diploma processual, que poderá ocorrer no processo ou antes mesmo de sua existência, é a maior garantia do direito fundamental processual de acesso à justiça, uma vez que as partes podem promover, também de forma cooperativa, ajustes no procedimento, de acordo com as especificidades do caso concreto, bem como a respeito das situações jurídicas processuais ativas e passivas.

Neste momento, o direito estará oportunizando a participação democrática das vontades das partes no âmbito processual, ofertando um efetivo acesso à justiça, por meio de um procedimento adequado, promovendo, com toda a certeza, a máxima proteção à dignidade da pessoa humana.

5. Conclusão

Falar em direito à participação procedimental no processo é oportunizar meios

[38] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 368.

reais para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos no âmbito de uma relação jurídica processual e para isso imprescindível que seja oportunizada uma participação de forma ativa. Ativa no sentido de que a parte pode e deve participar de forma atuante e racional.

Dessa forma, o processo não deve ser visto como um simples instrumento de realização dos direitos dos indivíduos, mas um campo propício à participação ativa no procedimento. Esta participação deve concorrer para a decisão final ultimada pelo juiz no processo. As partes vão, assim, contribuir, ativamente, para a decisão a ser prolatada.

O devido acesso à justiça só ocorre quando as partes podem decidir o que é melhor para elas dentro do processo, *in casu*, realizando acordos processuais acerca do procedimento ou a respeito das situações jurídicas (faculdades, ônus, deveres e poderes processuais). É por meio dos negócios processuais, também conhecido por convenções processuais, que o acesso à justiça é devidamente garantido e implementado, pois através deles as partes podem convencionar a respeito do *iter* procedimental e seus desdobramentos, contribuindo para a efetividade e a eficiência da tutela jurisdicional. E isso só será possível, a partir da adoção do princípio da flexibilização e adequação procedimental.

Referências

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, set. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 64, p. 219-259, out./dez. 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de**

Processo, São Paulo, vol. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti:** análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de janeiro: Forense universitária, 1990.

JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbjettivi**. Milano: Societá Editrice Libraria, 1912.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Jasson Ayres. **O acesso à justiça e soluções alternativas.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988

A PARTICIPAÇÃO DA GOVERNANÇA NA ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EDUCAÇÃO

Maykel Ponçoni[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Regulamentação do direito à educação pública na legislação brasileira; 3. A governança nas politicas públicas para a educação; 4. A transparência na prestação dos serviços de educação pública; 5. Conclusão

1. Introdução

Um amplo rol de direitos sociais, dentre os quais se insere o direito à educação, foram previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, que determina as atribuições do poder público.

O processo de redemocratização e aprovação em nível constitucional dos direitos sociais, demonstram a evolução do país em muitos aspectos. Apesar desses avanços, a federação brasileira tem pela frente desafios para efetivar o direito à educação. Inicialmente garantida apenas para o ensino fundamental, a universalização e gratuidade tem sido aos poucos expandida para as outras etapas do ensino básico.

A Emenda Constitucional nº 59 de 2009 determinou a universalização dos ensinos infantil e médio, garantindo acesso para todos os jovens dos quatro aos dezessete anos de idade.

Compete ao Estado empreender ações, prover a infraestrutura e os serviços necessários para que o direito público subjetivo se efetive.

Este estudo apresenta uma perspectiva descritiva da temática, almejando contribuir no sentido de atingir os objetivos de expansão dos níveis de ensino e implementação de políticas na área de educação pública, mesmo num contexto de restrições orçamentárias.

Assim, compreender as bases legais e a evolução da concretização do direito à educação, pode auxiliar os formuladores e gestores de políticas públicas.

A expansão das modalidades de parcerias entre Estado e entidades da sociedade

---

[1] Doutoranda e mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho/RJ, servidora do Governo do Estado de Mato Grosso na Unidade Setorial de Correição e presidente da Segunda Junta de Julgamento do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Mato Grosso, diretora de estudos jurídicos da Rede Internacional de Excelência Jurídica seção São Paulo e pesquisadora da Academics Stand Against Poverty (ASAP)

civil sem fins lucrativos, criadas para atuar em setores de interesse social, com o propósito de implementar políticas públicas[2] ganhou especial destaque no contexto neoliberal, notadamente após a realização do Consenso de Washington, em 1989, em que se propôs a redução do tamanho do Estado[3], especificamente no que concerne à prestação direta de serviços sociais.

Portanto, em virtude de o direito à educação ser responsabilidade estatal custeada pelas três esferas de governo (União, Estados, DF e municípios), e contar com a participação da iniciativa privada na execução de prestação de serviços educacionais, se evidencia que são muitos os atores envolvidos na área da educação pública.

Neste cenário se insere a presente pesquisa, referente à atuação da governança nas relações intergovernamentais e suas respectivas relações com a iniciativa privada e sociedade, para implantar as políticas públicas para a educação, com transparência de modo que permita o controle social.

2. Regulamentação do direito à educação pública na legislação brasileira

Partindo do pressuposto de que o ingrediente jurídico é fundamental para se criar políticas públicas, o sucesso da ação governamental tanto no plano normativo como na prática, depende do direito e de variáveis a ele ligadas.[4]

O direito à educação evolui ao longo das constituições brasileiras. Portanto, compreender essa evolução constitucional subsidia o entendimento do papel da governança na efetivação dos direitos sociais positivados.

Compreender o conteúdo das normas educacionais de natureza constitucional, que são produto de uma longa história de conquistas sociais. Em um sintético resgate

---

[2] Para uma definição de política pública, confira BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38, n. 12; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patrícia Cristina (orgs.). *O direito na fronteira das políticas públicas*. São Paulo: Páginas & Letras, 2015, p. 7-11.

[3] O Consenso de Washington foi formulado por economistas de instituições financeiras estadunidenses, e acreditava-se que a aplicação de suas disposições pelos países ainda em desenvolvimento, como o Brasil, poderia impulsionar seus sistemas econômicos. Nesse sentido, cf. especialmente BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. As políticas neoliberais e a crise na América do Sul. *Rev. Bras. Polít. Int.,* Brasília, v. 45, n. 2, p. 135-146, 2002.

[4] SUNDEFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDEFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). Direito da Regulação e políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47.

histórico da evolução do direito à educação ao longo das Constituições Brasileiras, nota-se que o direito à educação primária gratuita a todos os cidadãos, encontra-se entre o rol de direitos e prerrogativas individuais enunciadas na primeira constituição brasileira, outorgada em 1824.[5]

Todavia, percebe-se um retrocesso em relação ao direito à educação, pois a primeira Constituição Republicana publicada em 1891, não mais garantia o livre e gratuito acesso ao ensino. Importante destacar que, essa situação trouxe consequências no plano político, isso porque determinava que os analfabetos não tinham direito ao voto.[6]

As poucas referências à educação nessa Constituição de 1891 se limitavam a dispor sobre a competência não privativa do Congresso em "animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências" e "criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados".[7]

A segunda Constituição republicana do Brasil realizou mudanças progressistas em 1934, mas durou apenas até 1937. Foi importante por institucionalizar a reforma da organização político-social brasileira, constitucionalizou direitos econômicos, sociais e culturais.

Uma das inovações resultantes foi a extensão do direito à educação aos jovens e adultos e, pela primeira vez, a vinculação obrigatória de recursos resultantes de impostos para manutenção do sistema de educação. Entretanto, essas inovações não tiveram efeito, porque o golpe de Estado de 1937 pôs fim à vigência da Constituição de 1934, antes mesmo de ser votado o Plano Nacional de Educação.

Durante a ditadura do Estado Novo vigorou a Constituição de 1937, na qual os poderes Executivo e Legislativo encontravam-se concentrados no Presidente da República, que legislava via decretos-lei. Isso fez com que grande parte da Constituição de 1937 não tivesse eficácia.

Teve como consequência um retrocesso em relação à Constituição anterior, por

---

[5] Cf. art. 179, inciso XXXII da Constituição Federal de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

[6] Cf. o art. 70 em seu § 1º inciso II da Constituição Federal de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

[7] Cf. o art. 35 da Constituição Federal de 1891.

extinguir a vinculação de recursos. Embora obrigatório e gratuito o ensino primário, exigia dos menos necessitados uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar, como uma forma de solidariedade.[8]

Ainda, foi colocado como primeiro dever do Estado em matéria de educação o ensino pré-vocacional e profissional voltado aos menos favorecidos.

A promulgação da Constituição de 1946 teve como característica a tendência restauradora das linhas de 1891 e as inovações da Constituição de 1934, em especial em matérias de proteção aos trabalhadores, à ordem econômica, à educação e à família.[9] Dedicou à educação o Capítulo II do Título VI – Da Família, Da Educação e Da Cultura. Retomou a vinculação obrigatória de parte do orçamento.[10]

No período de ditadura militar, a Constituição de 1967 buscou institucionalizar e legalizar o regime militar, atribuindo ao Poder Executivo a maior parte do poder de decisão e aumentou sua influência sobre o Legislativo e o Judiciário.

Essa Constituição preocupou-se apenas com o acesso à educação a restrita faixa etária dos sete aos quatorze anos. Destinados aos mais necessitados o ensino médio e superior público e, ainda assim, seriam gradualmente mais restritivos, pois o texto constitucional previa que a gratuidade daria lugar a bolsas de estudos que deveriam ser restituídas.[11]

Uma expressiva alteração da intervenção social do Estado se observa com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, ampliou o rol dos direitos sociais, entre os quais se insere o direito à educação, e as atribuições do poder público. A perspectiva política e a natureza pública da educação são destacadas pela expressa definição de seus objetivos e pela estruturação de todo o sistema educacional.

Identifica-se a relevância dada pelo legislador ao direito à educação, que passa a

---

[8] Cf. art. 130 da Constituição Federal de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

[9] BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

[10] Cf. art. 169, inciso XXXII da Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

[11] Tratou da educação em seu Título IV. Cf. Constituição Federal de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

ser mais detalhado, inclusive com previsão de instrumentos jurídicos que o garantam.[12]

Pela primeira vez elencam de forma explícita num texto constitucional brasileiro, a educação como um dos direitos sociais[13]. O artigo 205 dispõe que a educação é "direito de todos e um dever do Estado". A especificação do ensino no artigo 206 que expõem como seus princípios norteadores. Além de assegurar gratuidade de ensino em todas as redes, não somente no ensino fundamental, e no ensino médio não mais como exceção. O ensino superior é, pela primeira vez, também posto como gratuito.

O detalhamento da educação é apresentado no artigo 208 e tem como inovação a extensão do acesso a todos os grupos etários, mesmo àqueles fora da idade regular para o ensino fundamental.[14]

Alterações por meio da Emenda Constitucional nº 14 de 1996, suprimiu a obrigatoriedade e determina a "progressiva universalização do ensino médio gratuito". Em 2009 sofreu nova alteração por meio da Emenda Constitucional nº 59, que alterou a redação do inciso I, passando a vigorar "A educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria".[15]

Dessas alterações entende-se que passa a incorporar à educação obrigatória também o ensino médio e a educação infantil.

O direito à educação básica gratuita em todas suas etapas. Oferta de vagas em creches e pré-escolas para crianças, estende o direito à educação e abre a possibilidade

---

[12] Dedicou os artigos 202 a 214 da seção I do capítulo III – Da Educação, Da Cultura e Do Desporto, do título VIII – Da Ordem Social, além do artigo 60 das Disposições Constitucionais Transitórias.

[13] No art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2017.

[14] Modificado pela Emenda Constitucional nº 14 de 1996, tendo na nova redação que deverá ser assegura a oferta gratuita para todos aqueles que não tiveram acesso ao ensino fundamental em idade apropriada. a alteração elimina a ambiguidade quanto à obrigatoriedade de frequentar a escola para os que não o fizeram no período regular. O que se depreende da nova redação é o caráter opcional ao aluno, mantendo-se porém o dever expresso do Estado de ofertar o acesso aos que a ele recorram. Cf. MORAIS, Rafael de Freitas. *Efetivação do direito à Educação nas políticas públicas para jovens e adultos no Estado de Minas Gerais*. 2007. 62f. Monografia (conclusão de curso) - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte.

[15] _____. Emenda Constitucional n. 59 de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm?TSPD_101_R0=ca2f9eaad802c6c8e035fc153aad1511d080000000000000005b22cbb1ffff0000000000000000000000000005a8e30e60084df94fc > Acesso em: 21 nov. 2017.

de incorporação do ensino infantil ao nível básico de educação e também no sistema de ensino regular.[16]

A fragmentação em níveis, diz respeito ao ensino e não ao direito, porque o direito à educação, como todo direito, é uno.

Nesse sentido, as competências e responsabilidades relacionadas à educação não devem estar dissociadas das diretrizes principiológicas e objetivos do Estado.

No Brasil, diversas leis e decretos foram publicados de modo a institucionalizar direta ou indiretamente estruturas de governança, que podem ser aplicados no dever de oportunizar a educação.

Na perspectiva de a criar as condições necessárias à governança do Estado, o texto constitucional também fixou direitos e garantias fundamentais dos cidadãos[17]; organizou política e administrativamente o Estado[18] e os Poderes[19] Definiu e segregou os papéis e responsabilidades; instituiu sistema de freios e contrapeso, estruturas de controle interno e externo.[20]

Além de dispor sobre a organização do Estado, estabeleceu direitos e metas em relação à educação que devem ser perseguidos, e ainda, os meios que devem ser observados para implementá-las.

Desse modo, transferiu para o nível constitucional temas de alto grau de complexidade normalmente abordados por legislação infraconstitucional.

Ademais, todos os direitos têm um custo que pode ser suportado de diferentes formas e por diversos atores, isoladamente, em conjunto ou parceria.

Considerando a finitude e limitação do orçamento público, impossibilidade política de aumentar a carga tributária, no cenário brasileiro passou a ter destaque cortes

---

[16] Cf. Emenda Constitucional nº 53 de 2006, prever a oferta de educação infantil, em creches e pré-escolas, para crianças de zero a cinco anos de idade.

[17] Art. 5 da Constituição Federal de 1988.

[18] "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição" cf. art. 18 da Constituição Federal de 1988.

[19] "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" Cf. art. 2 da Constituição Federal de 1988.

[20] "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder" Cf. art. 70 da Constituição Federal de 1988.

de gastos. essa lógica foi promulgada a Emenda Constitucional n. 95/2016, que estabelece teto para os gastos públicos que afetam também os recursos destinados à educação pública.

Diante das ações governamentais que limitam a destinação de recursos orçamentários para os direitos sociais onde se insere a educação, aumenta a preocupação no sentido de compreender como ocorre a aplicação dos recursos financeiros obtidos; considerando que o aumento da eficiência da aplicação na área da educação, seria por meio da economia de recursos ou a expansão dos serviços de educação disponibilizados para a comunidade.

Portanto, a questão da qualidade do gasto público deve ser introduzida na gestão pública e o esforço em busca de melhorar os resultados educacionais estão ligados a uma boa governança.

3. A governança nas politicas públicas para a educação

Além do estabelecido constitucionalmente, outros instrumentos surgiram no plano infraconstitucional para fortalecer a governança pública, entre os quais temos: o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal[21] e a Lei de Responsabilidade Fiscal[22], que têm por objeto aspectos éticos e morais e o comportamento da liderança; o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública)[23], cujos treze fundamentos norteiam-se pelos princípios constitucionais da administração pública e pelos fundamentos[24] da excelência gerencial contemporânea; a Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de

[21] Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994.

[22] Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

[23] Instituído pelo Decreto n. 5.378 de 23 de fevereiro de 2005 e revisado em 2009 e em 2013.

[24] Fundamentos do GesPública: (1) pensamento sistêmico, (2) aprendizado organizacional, (3) cultura de inovação, (4) liderança e constância de propósitos, (5) orientação por processos e informações, (6) visão de futuro, (7) geração de valor, (8) comprometimento com as pessoas, (9) foco no cidadão e na sociedade, (10) desenvolvimento de parcerias, (11) responsabilidade social, (12) controle social e (13) gestão participativa. (BRASIL. Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública; Prêmio Nacional da Gestão Pública – PQGF; Documento de Referência; Fórum Nacional 2008/2009 / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. - Brasília: MP, SEGES, 2009.)

interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal; e os instrumentos de transparência, como a Lei de Acesso à Informação[25], que asseguram o direito fundamental de acesso à informação, que será abordado a próxima sessão deste estudo, como um meio de facilitar o monitoramento e o controle de atos administrativos e da conduta de agentes públicos.

Apesar do reforço da proteção constitucional conferida ao direito ao ensino fundamental, o regime jurídico geral aplicável aos direitos sociais, exigem uma nova atitude do Estado, especialmente a promoção de condições concretas de usufruto do direito.[26]

A governança teve origem nas organizações privadas, associada ao momento em que organizações deixaram de ser geridas diretamente pelo Estado e passaram à administração de terceiros, com a delegação do poder de gerir de recursos pertencentes ao Estado. Assim para melhorar o desempenho organizacional, reduzir os possíveis conflitos, alinhar ações e trazer mais segurança, foram realizados estudos e desenvolvidas múltiplas estruturas de governança.[27]

No Brasil, com o crescente interesse pelo tema governança tanto no setor privado quanto no público, foram desenvolvidos os estudos acadêmicos tratando de assuntos correlatos à governança e o papel do Estado ao regular as organizações privadas que executam serviços públicos, uma vez que o Terceiro Setor tem prestado atendimento nas áreas de interesse público com a educação.

Existem iniciativas de melhoria da governança, que se relacionam e se complementam. Em 2001, publicou-se um panorama sobre a governança corporativa no Brasil. No mesmo ano, a Lei n. 10.303/2001 alterou a n. 6.404/1976, das sociedades por ações e buscou reduzir os riscos ao investidor minoritário, assim como garantir sua participação no controle da empresa.[28]

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, lançou novas versões

[25] Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.

[26] DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n.2, p. 113-118, 2004.

[27] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria/Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 15 e 16.

[28] Ibidem, p. 1

(2004, 2009 e 2015) do Código das melhores práticas de governança corporativa, documento que define quatro princípios básicos de governança aplicáveis ao contexto nacional: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.[29]

Na quinta edição publicada em 2015[30], o Código adotou uma abordagem que estimula o uso consciente e efetivo dos instrumentos de governança, com foco na essência das boas práticas. Também ampliou as partes interessadas, considerando qualquer pessoa, entidade ou sistema que afeta ou é afetado pelas atividades de uma organização.

Segundo o IBGC, apesar do código ter sido desenvolvido primariamente com foco em organizações empresariais, ao longo do documento foi utilizado o termo "organizações", com a finalidade de tornar mais abrangente e adaptável a outros tipos de organizações, como Terceiro Setor, cooperativas, estatais, fundações e órgãos governamentais, entre outros.

No que se refere ao setor público, o contexto da crise fiscal da década de 80 exigiu novo arranjo econômico e político internacional, com a intenção de tornar o Estado mais eficiente. O que resultou no estabelecimento dos princípios básicos que norteiam as boas práticas de governança nas organizações públicas.[31]

Essa tendência de tornar o setor público mais eficiente e ético foi reforçada pela publicação em 2004 do guia de padrões de boa governança para serviços públicos.

Constam versões diferentes sobre a diferença entre gestão e governança, a adotada neste estudo é a utilizada pelo TCU – Tribunal de Contas da União no seu Referencial Básico de governança, aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública[32]. Se observados os princípios e fundamentos, podem incrementar o

---

[29] IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2015.

Disponivel em: <http://www.ibgc. org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>. Acesso em: 1 Out. 2013.

[30] Documento elaborado após discussões e consultas públicas organizadas em três etapas: consulta pública inicial (2014), audiência restrita e consulta pública (2015) e debate no âmbito do conselho de administração do IBGC junto aos coordenadores dos subgrupos e gestores do IBGC. Ibidem, p. 14.

[31] IFAC. International Federation of Accountants. *Governance in the public sector*: a governing body perspective. In International public sector study n. 13., 2001. Disponivel em: <http://www.ifac.org/sites/default/ les/publications/ les/study- 13-governance-in-th.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

[32] Se trata de documento publicado que reúne e organiza boas práticas de governança pública.

desempenho de órgãos e entidades públicas na efetivação do direito à educação.

A estrutura de governança reflete a maneira como diversos atores se organizam, interagem para obter boa governança. No contexto público, existem estruturas de governança externas e internas a órgãos e entidades:

> a) As instâncias externas de governança são responsáveis pela fiscalização, pelo controle e pela regulação, desempenhando importante papel para promoção da governança das organizações públicas. São autônomas e independentes, não estando vinculadas apenas a uma organização. Exemplos típicos dessas estruturas são o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União.
> b) As instâncias externas de apoio à governança são responsáveis pela avaliação, auditoria e monitoramento independente e, nos casos em que disfunções são identificadas, pela comunicação dos fatos às instâncias superiores de governança. Exemplos típicos dessas estruturas as auditorias independentes e o controle social organizado.
> c) As instâncias internas de governança são responsáveis por definir ou avaliar a estratégia e as políticas, bem como monitorar a conformidade e o desempenho destas, devendo agir nos casos em que desvios forem identicados. São, também, responsáveis por garantir que a estratégia e as políticas formuladas atendam ao interesse público servindo de elo entre principal e agente. Exemplos típicos dessas estruturas são os conselhos de administração ou equivalentes e, na falta desses, a alta administração.
> d) As instâncias internas de apoio à governança realizam a comunicação entre partes interessadas internas e externas à administração, bem como auditorias internas que avaliam e monitoram riscos e controles internos, comunicando quaisquer disfunções identi cadas à alta administração. Exemplos típicos dessas estruturas são a ouvidoria, a auditoria interna, o conselho fiscal, as comissões e os comitês.[33]

O Tribunal de Contas da União além dessas instâncias, afirma que existem outras estruturas que contribuem para a boa governança da organização, que são a administração executiva, a gestão tática e a gestão operacional.

A governança de órgãos e entidades da administração pública envolve três funções básicas: a) **avaliar** o ambiente, os cenários, o desempenho e os resultados atuais e futuros; b) **direcionar** e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas (usuários dos serviços, cidadãos e sociedade em geral) e assegurando o alcance dos objetivos estabelecidos; e c) **monitorar** os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as

[33] BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. 2014, p.46.

expectativas das partes interessadas.[34]

As ferramentas de governança pública podem ser utilizadas como instrumento para melhorar a articulação entre os envolvidos no setor da educação, com enfoque em otimizar a aplicação dos limitados recursos disponíveis, para atingir as metas estabelecidas para educação pública brasileira.

4. A transparência na prestação dos serviços de educação pública

A educação pública brasileira é um tema que envolve a responsabilidade e parceria do governo federal, estadual e municipal e deve englobar um esforço da sociedade e das instituições para garantir os direitos à educação para todos.

Na área da educação, a Administração Pública[35] de acordo com o princípio da continuidade do Estado, necessita prever, organizar, coordenar e controlar os atos da Administração, com base nos princípios constitucionais.

Cabe ao administrador público gerir os recursos do Estado destinados à execução das políticas públicas em educação, sem desvio ou uso inadequado. Deve também manter as condições que evidenciam a boa prática administrativa, e permitir por meio dos órgãos de fiscalização e controle interno, controle externo e social, a comprovação de que agiu de forma correta e eficiente.

A necessidade de transparência dos entes públicos e seus órgãos componentes, nas administrações direta e indireta é obrigatória. A Constituição Federal de 1988 estabelece de forma expressa que a Administração Pública brasileira deve prestar contas do uso dos recursos públicos e respeitar os princípios da publicidade, transparência entre outros princípios constitucionais.

Por isso, o gestor de recursos público não pode separar o controle de suas ações, para a proteção dos recursos contra erros, fraudes, corrupção, desperdícios e qualquer

[34] Alinhadas às tarefas sugeridas pela ISO/IEC 38500:2008.

[35] Em sentido orgânico, aparece como sinônimo de organização administrativa, um sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que em nome da coletividade satisfazem as necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar; no sentido objetivo ou material, a administração pública é sinônimo de atividade administrativa e função administrativa e no sentido formal designa o modo próprio de atuação dos organismos público; nesse sentido o exercício do poder administrativo. (FONSECA, I. C. M. Direito das Organização Administrativa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 25.)

irregularidade.

Para que os objetivos do governo sejam alcançados e a educação pública seja garantida de forma legal, é necessário se atentar aos princípios constitucionais, definidos no art. 37 da Constituição Federal: "[...] A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".[36]

Detalhada em seu § 1:

> A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Extrai-se do principio da publicidade que, a população tem o direito de ter conhecimento dos atos praticados na Administração Pública, em todos os passos, para o exercício do poder democrático, no qual o controle social é indispensável.

Consta no artigo 70 da Constituição Federal de 1988, em seu paragrafo único, consta a definição de quem possui a obrigação de prestar contas:

> qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

De forma complementar, o ordenamento jurídico brasileiro prevê várias normas que disciplinam a prestação de contas dos gestores de recursos públicos tanto ao poder público quanto à comunidade em geral.

A prestação de contas de forma transparente e compreensível é um dever que abrange tanto da gestão direta, indireta ou a executada por meio do terceiro setor.

A exigência de transparência recebeu um novo reforço no âmbito estatal brasileiro, a partir da publicação da Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

[36] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2017.

Constitui-se um tema de relevante importância social e de governança, que vem recebendo maior destaque em leis posteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988, com destaque para a Lei n. 9.755/98, que dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações e o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei n. 101/2000), a qual possui um capítulo intitulado de "Transparência, Controle e Fiscalização" (artigos 48 a 59), e sua 1 seção versa sobre a Transparência da Gestão Fiscal.

Essa Lei trata a transparência na gestão fiscal como um princípio de gestão, que tem por finalidade entre outros aspectos, proporcionar ao cidadão o acesso a informações relativas às atividades financeiras do Estado e desencadear de forma clara e previamente estabelecida, os procedimentos necessários à divulgação dessas informações.

A transparência, como princípio da gestão fiscal responsável, pressupõe a publicidade e a compreensibilidade das informações.

Importante enfatizar que o princípio da transparência é mais amplo que o da publicidade, porque a simples divulgação de dados sem tornar o conteúdo compreensível, utilizável para os cidadãos não pode ser considerado transparência.

Da mesma forma que a informação mesmo que compreensível, sem a necessária divulgação também não atende aos princípios constitucionais da Administração Pública.

5. Conclusão

O direito público subjetivo à educação está garantido em nível constitucional e cabe ao Poder Público empreender ações e políticas públicas para sua concretização, pois à educação corresponde importante papel na promoção da justiça social, mobilidade social e diminuição das desigualdades.

A discussão acerca das políticas públicas para a educação foi ampliada, dado o avanço das condições democráticas e também ao aumento da necessidade de arranjos institucionais de governos no modelo federativo brasileiro, necessários para se fazer a governabilidade.

Apesar dos avanços trazidos pela legislação, as publicações referenciais e a literatura no sentido de estruturar a capacidade de governança do Estado brasileiro, é pertinente reconhecer que, para atender as demandas sociais entre as quais a educação está inserida, é fundamental fortalecer os mecanismos de governança. Como estratégia

deve se ampliar a capacidade da avaliar, direcionar e controlar a gestão das politicas públicas em educação, colocadas em prática como forma de reduzir o distanciamento entre as esferas de Governo e a sociedade.

Em razão das limitações orçamentárias, o uso da prática da boa governança ganha relevância como estratégia de aplicar de maneira mais eficiente os recursos destinados à área de educação pública. Deste modo garantir o comportamento responsável, comprometido e transparente das lideranças, tanto na gestão direta, indireta ou por meio das parcerias com o setor privado, tendo em vista, inibir a corrupção e irregularidades com os recursos públicos destinados à educação pública e consequentemente reduzir as desigualdades sociais.

Referências

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. Constituições Brasileiras: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. *Constituição Federal de 1824*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Constituição Federal de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Constituição Federal de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 14 de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm > Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 59 de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm?TSPD_101_R0=ca2f9eaad802c6c8e035fc153aad1511d0800000000000000005b22cbb1ffff0000000000000000000000000005a8e30e60084df94fc > Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. *Lei n. 8.080,* de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria/Tribunal de Contas da União – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

_____. Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública; Prêmio Nacional da Gestão Pública – PQGF; Documento de Referência; Fórum Nacional 2008/2009/ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão. Brasília: MP, SEGES, 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão. 2014. 80p.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em: 21 nov. 2017.

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n.2, p. 113-118, 2004.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo: IBGC, 2015.

FONSECA, I. C. M. Direito das Organização Administrativa. Coimbra: Almedina, 2011.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão Pública: Abordagem Integrada da Administração e do Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: GEN/Atlas, 2017.

MORAIS, Rafael de Freitas. *Efetivação do direito à Educação nas políticas públicas para jovens e adultos no Estado de Minas Gerais*. 2007. 62f. Monografia (conclusão de curso) - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte.

UNDEFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos? In: SUNDEFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). Direito da Regulação e políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014

A PROTEÇÃO DA PESSOA QUE ATUA COMO AGENTE INFILTRADO NA LEI 12.850/13[1]

Thaylize Rodrigues Orsi[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Infiltração policial; 3. Garantias e mecanismos de proteção ao agente infiltrado; 4. Da necessidade de ampliação de garantias; 5. Conclusão

1. Introdução

A Lei 12.850, de Agosto de 2013, regula as formas de investigação e combate ao crime organizado no sistema brasileiro, entre eles traz a figura do agente infiltrado, que pela primeira vez, tem um regramento mais concreto e específico, isso porque, apresenta as formas de infiltração, deferimento da medida e garantias ao policial em atividade de investigação.

Ocorre que, ao efetuarmos uma leitura mais atenta a estas garantias previstas no artigo 14 da referida lei, é possível perceber que nenhuma delas efetivamente protege a vida e integridade física de um agente público no desenvolvimento de sua função.

Assim, o que pretendemos aqui apresentar é se há instrumentos para salvaguardar a vida e integridade física do agente de polícia que cumpre uma determinação do Estado, no combate ao crime organizado.

Nota-se que o aumento da criminalidade levou o legislador à criação de leis mais rígidas e necessárias para salvaguardar a sociedade, que clama por punições mais severas e efetivas para esse tipo de problema social. Neste quadro, encontra-se a Lei 12.850/13, que estabelece um regramento especial para o combate aos crimes praticados por organização criminosa.

Assim, "é hoje evidente e inquestionável o facto de a investigação criminal não poder enfrentar as novas formas de criminalidade organizada utilizando a mesma estratégia, a mesma metodologia e a mesma organização que utilizava na investigação do crime comum e tradicional, perpetrado de forma individualizada e sem os requisitos que lhe conferem a estruturação logística e estratégica"[3].

---

[1] O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Augusto Silva Dias

[2] A autora é mestranda em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Faculdade do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Escrivã de Polícia na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul

[3] BRAZ, José. *Um novo paradigma metodológico na investigação do crime organizado*. In: 2º

Ocorre que a investigação de delitos praticados pelo crime organizado não é realizada da forma tradicional, motivo pelo qual diversos meios de produção e coleta de provas foram inseridos nesta Lei, entre eles encontramos as figuras da ação controlada, colaboração premiada e, também, a figura da infiltração de agentes, que será objeto deste relatório.

Todavia, a infiltração de agentes no centro de organizações criminosas decorre grande risco à vida e à integridade física desses homens que trabalham para as forças do Estado, motivo pelo qual direitos devem ser assegurados aos executores desta medida.

Porém os direitos previstos no artigo 14 não atende aos riscos e aos anseios decorrentes desta atividade de risco. Assim, pretendemos analisar de forma mais aprofundada quais as alterações que podem trazer uma melhor proteção aos agentes de polícia.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, faremos apontamentos a cerca da Lei Portuguesa sobre infiltração de agentes, afim de que possamos melhor visualizar as melhorias que se esperam da lei brasileira. Observa-se que nossa intenção não é fazer uma comparação entre sistemas. O que faremos neste relatório é uma análise da lei brasileira com pequenas inserções no direito português, como forma de contribuir para o melhor entendimento do que ocorre no Brasil.

Por fim, cabe aqui apontar que não focamos nosso estudo na constitucionalidade da obtenção de prova pelo agente infiltrado, mas sim, apontar se há e em havendo, quais são as garantias decorrentes da referida lei para com esse agente.

2. Infiltração policial

A Lei Brasileira de prevenção ao crime organizado, Lei 12.850/13, traz em seu artigo 3º, a infiltração de agentes policiais, como forma de investigação e obtenção de provas. Dedica ainda a seção III para regulamentar especificamente este método utilizado como forma de investigação.

Todavia, tal forma de coleta de provas não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A revogada Lei 9034/95, que dispunha sobre os meios operacionais de prevenção e repressão ao crime organizado, trazia a figura do agente infiltrado como meio de obtenção de prova no artigo 2º, inciso V. Com a Convenção de Palermo, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 5.015/04, trouxe em seu artigo 20 a possibilidade de infiltração de agentes para a prevenção da criminalidade organizada. Na sequência, a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), no artigo 53, inciso I, também trouxe a mesma possibilidade para a investigação dos crimes previstos na referida Lei. Neste relatório, entretanto, analisaremos apenas a modalidade prevista na

Congresso de investigação criminal. - Coimbra, 2010, p. 331-347. p. 337.

Lei 12.850/13.

A redação do artigo 3º expressamente prevê que a infiltração será realizada por agentes policiais, lotados na área de investigação de seus respectivos órgãos, e atuarão para apurar as infrações cometidas ou a serem cometidas por organizações criminosas, definidas no artigo inaugural da Lei 12.850/13.

Lembrando que, quando falamos de criminalidade organizada, é preciso entender que sua evolução e aprimoramento vai de encontro com a evolução do sistema. Isso porque a organização criminosa tem grande poder financeiro e por este motivo seus métodos de atuação evoluem mais rápido que as forças do Estado para combate a este tipo de criminalidade. Em razão disso, possuem acesso aos meios tecnológicos mais recentes, a sistemas de última geração e também pessoal altamente qualificado no mercado financeiro, bem como infiltração de pessoas em órgãos do serviço público, que os possibilita alguma influência sobre o acesso aos atos praticados junto as investigações e processos criminais.

Como Jozé Braz afirma:

> "O crime organizado evoluiu rapidamente de um modelo de cartelização típico dos anos 80 do século passado, para um modelo de atomização massiva que funciona em rede, dificultando, com assinalável e preocupante sucesso, a percepção da sua própria natureza e dimensão. O incremento de novas formas de criminalidade organizada no contexto do processo de globalização tem por base critérios estritamente racionais de análise económica e de relação custo/benefício e, como escopo fundamental, a obtenção do máximo lucro no mais curto espaço de tempo, objectivo este que, bem vistas as coisas, é transversal ao sistema financeiro e económico neo-liberal"[4].

Assim, importante registrar que o papel do agente infiltrado junto a uma rede criminosa nada mais é que a integração deste agente junto a determinada organização, como se membro fosse, para que consiga obter informações que constituirão elementos de prova, com o objetivo de prevenção e repressão a futuros crimes cometidos pela organização criminosa.

Diante desta realidade, o sistema brasileiro viu-se compelido a elaborar uma legislação mais avançada, com técnicas que permitem o efetivo combate à organização criminosa e os delitos por elas praticados, motivo pelo qual, incluiu a figura do agente infiltrado como uma das formas de investigar ou até mesmo obter a(s) prova(s) a serem utilizada(s) em um possível futuro processo penal.

Ocorre que a figura do agente infiltrado ainda traz grandes discussões

[4] BRAZ, José. Investigação criminal: A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2013. p. 264.

doutrinárias, inclusive quanto ao seu conceito, ou até mesmo sua validade. A legislação brasileira foi omissa ao conceituar o agente infiltrado, descrevendo que a infiltração policial será precedida por requerimento do Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia, e mediante autorização judicial. Ainda, a mesma lei deixa claro que a infiltração policial é a *ultima ratio* da investigação, quando os demais meios de prova não forem suficientes para a investigação, e, ao solicitar a utilização desta infiltração, precisa fundamentação comprovada para a necessidade de utilização do agente.

Nesse contexto, o conceito de agente infiltrado ficou a cargo da doutrina, que assim o define: "a infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção de provas, onde um ou mais agentes de polícia, judicialmente autorizados, ingressam em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrantes, com a finalidade de alcançar informações e recolher provas a respeito de seu funcionamento[5]. Na verdade, a infiltração de agentes consiste em permitir que um agente da polícia infiltre-se no seio da organização criminosa, integrando-a como se um deles fosse[6].

Diferentemente do Brasil, em Portugal, o conceito das ações encobertas é retirado da própria Lei 101/2001, de 25 de Agosto. Nesse sentido, Isabel Oneto afirma que o conceito de agente infiltrado esta definido no artigo 1º, n. 2[7], onde define que: "são sujeitos das acções encobertas os "funcionários de investigação criminal ou terceiros actuando sob o controlo da Polícia Judiciária" que, "para prevenção ou repressão" de crimes, desenvolvem essas acções "com ocultação da sua qualidade e identidade" [8].

Aqui é possível analisar uma sensível diferença entre os sistemas legais, pois no Brasil, a atuação é exclusiva aos agentes policiais que estão em serviço de investigação, enquanto que o sistema português aceita a atuação de terceiros não integrantes de órgãos de polícia, pois em seu artigo inaugural afirma que as ações encobertas poderão ser realizadas não só por funcionários da investigação criminal, leia-se, Policiais, mas também por terceiros, desde que atuem sob o controle do órgão da polícia judiciária.

---

[5] MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Metodo, 2016. p. 272.

[6] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. 6ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

[7] A Lei 101/2011, de 25 de Agosto, estabelece todos os regramentos decorrentes da atuação do agente infiltrado. A Lei Portuguesa é definida como Ações Encobertas e traz Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. Ali encontra-se um rol de crimes onde são cabíveis a ação do agente infiltrado, o que diferencia do Brasil, pois em nosso ordenamento jurídico, a previsão legal da Lei 12.850/13 é para o combate ao crime organizado, não sendo definido em quais contextos e que crimes pode a utilização da figura do agente infiltrado. Outro delito que no Brasil há a previsão da utilização do agente infiltrado é na Lei 11.343/2011 - Lei de Drogas.

[8] ONETO, Isabel. O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra Editora, 2015. p. 141.

Outra diferença sensível entre Brasil e Portugal reside no deferimento a utilização do agente infiltrado como meio de prova, pois no primeiro, a analise é efetuada por um juiz de direito, antecedido de um parecer do Ministério Público. Enquanto que em Portugal, o deferimento da utilização é do Magistrado do Ministério Público, com comunicação ao Magistrado, para que analise a validade da medida.

Ressalta-se, neste ponto que, nossa pesquisa preocupa-se com as garantias de vida e integridade física do policial em serviço. Assim, partimos do pressuposto que a prova produzida pelo agente infiltrado foi analisado e autorizado pelo Órgão Judicial responsável, motivo pelo qual, não entraremos na discussão da diferença entre agente encoberto, infiltrado ou provocador, mas apontamos que estamos cientes da grande discussão que roda em torno de cada uma das figuras expostas.

Passaremos nesta etapa as análises das garantias ao executor da medida definidas em Lei.

3. Garantias e mecanismos de proteção ao agente infiltrado

Como já visto, a utilização do agente infiltrado é um meio de prova que pode ser utilizado para produção de provas tanto no inquérito policial como no processo criminal. Dessa maneira, entendemos que as provas obtidas com a infiltração são válidas, mesmo que ainda hoje a doutrina discuta quanto a sua constitucionalidade e quanto a possibilidade da infiltração ferir diversos direitos constitucionais da pessoa do investigado.

Para a utilização da figura de infiltração, faz-se necessário o treinamento e a integração de uma pessoa (que na verdade será, no Brasil, um agente policial), que colocará sua vida e integridade física em risco, com a finalidade de realizar o serviço que esta sendo proposto pelo Estado.

Ademais, no momento em que utilizamos a figura de um agente policial infiltrado dentro da estrutura da criminalidade altamente organizada, com estruturação, elevado poder financeiro, além de grande respeito a hierarquia, não podemos esquecer que se trata de um ser humano, que coloca sua vida em risco, para o melhor aproveitamento da investigação e futuro processo penal, tudo com uma finalidade de proteção a sociedade e combate ao crime.

Pensando nisso, o legislador incluiu expressamente alguns direitos dirigidos ao agente infiltrado, diferente do que acontece, por exemplo, com a Lei de drogas[9], que é silente quanto garantias em sua atuação. Na antiga Lei de combate ao crime organizado,

[9] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. (livro digital). p. 584.

Lei 9034/95, também não havia previsão de garantias, e isso ficava a cargo da doutrina. Com a edição da Lei 12.850/13, as garantias foram precariamente incluídas, merecendo diversos reparos.

O disposto no artigo 14 da Lei 12.850/13 enumera uma série de direitos do agente, dispondo-os em quatro incisos. Assim, analisaremos cada um destes incisos de forma separada para uma melhor compreensão das garantias previstas na lei e os problemas decorrentes da sua redação. Efetuaremos um contraponto com a Lei Portuguesa das ações encobertas como forma de melhor compreensão às críticas feitas à lei brasileira.

A) Inciso I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada:

A atuação infiltrada para qualquer agente de polícia apresenta diversos riscos, que são inerentes a atividade, não podendo este ser obrigado a participar de operações que não se sinta hábil a realizar. Dessa forma, a previsão existente no artigo 14, inciso I, autoriza qualquer agente policial recusar a atuação como agente infiltrado, mesmo que isso importe em descumprimento de determinação do Estado.

Até porque "a segurança dos agentes é outro domínio sensível, quer por actuarem junto dos criminosos quer por estarem sujeitos a eventuais represálias. Assim, desde logo, ninguém pode ser obrigado a participar numa actuação encoberta"[10].

Da mesma maneira, durante a atividade de infiltração, se o agente sentir que corre qualquer risco, poderá ele fazer cessar sua atuação, preservando sua integridade física em risco.

Regra semelhante já se encontra positivada em outros ordenamentos jurídicos, tais como o regramento Português, conforme o art. 3º, n. 2 da Lei 101/2001.

B) Inciso II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas:

Para um correto entendimento deste tópico, analisaremos a primeira parte, que diz respeito à alteração de identidade do agente. Após passaremos as questões pertinentes as medidas de proteção a testemunha, colocadas a disposição do agente infiltrado.

A previsão expressa na lei possibilita a alteração da identidade do agente infiltrado, aplicando-se, no que couber o disposto no artigo 9º da Lei de Proteção à testemunha. Essa alteração é uma medida que se impõe aos policiais, em serviço de infiltração, não só em razão de sua segurança pessoal, como também para garantir o

[10] Exposição de motivos da Lei 101/2001, de 25 de agosto. Disponível em < http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c315a4a53556b766447563464473397a4c334277624463354c565a4a53556b755a47396a&fich=ppl79-VIII.doc&Inline=true > Acesso em 27/06/2017.

sucesso da investigação e recolha dos elementos e provas contra a organização criminosa.

Victor Eduardo Rios Gonçalves afirma que a alteração da identidade tem uma dupla finalidade, qual seja, autoriza o agente a utilizar nome e documentos falsos no curso da infiltração, sem que isso possa se tornar crime e, segundo, em caso de ter a sua identidade revelada, o agente terá o direito de usufruir das medidas de proteção[11] previstos na Lei de proteção a testemunha, Lei 9807/99.

Diferentemente do que se espera da lei, que estabelece procedimentos e garantias ao agente executor da recolha da prova ao processo penal, o inciso II do artigo 14, não estabelece quando ou como haverá a alteração da identidade do agente policial, informando apenas que esta poderá ser alterada.

Como se pode observar, apenas há a afirmação do direito de ter sua identidade alterada, porém não estabelece o prazo de início ou fim da alteração. Ainda, não há menção se a alteração será apenas para o fornecimento de novos documentos de identificação, da criação de um novo perfil de atividades do cotidiano[12] ou se somente será uma identidade virtual, conhecida para o procedimento investigatório, sem a alteração real ou criação de documentos junto aos órgãos responsáveis pelos registros civis.

Assim, entendemos que esta previsão de alteração da identidade precisa ser complementada, estabelecendo garantias ao executor da medida de infiltração, tais como momento em que se implementará a nova identificação, prazo da alteração, em quais circunstâncias está autorizado a utilizá-la, pois uma vez que a previsão consta do tipo legal, há uma garantia de que a medida protegerá a vida e a integridade física do agente, bem como de que este está atuando dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei.

Por seu turno, a Lei Portuguesa de ações encoberto - Lei n. 101/2001, estabelece que o agente atuará com a identidade fictícia, conforme a redação do artigo 5º, que estabelece as particularidades, bem como os prazos para utilização .

Assim, o que podemos extrair é que, em Portugal, trata-se de uma medida de proteção e segurança do agente infiltrado, sendo que a lei os autoriza a atuar sob uma identidade fictícia, mas não só, a autorização se estende a utilização em meio social. Isso porque, ao tornar-se um agente infiltrado, a pessoa do policial deve assumir

[11] GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Legislação penal especial esquematizado. 2ª ed. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2016. posição 1688 de 1735 (Livro digital).

[12] BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei 12.850/13 e a atividade policial. In: Polícia e investigação no Brasil. Coord. Eneas Romero de Vasconcelos; Ezequiel Malarino; Kai Ambos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 213-253. p. 247.

integralmente a nova identidade, em todos os momentos de sua vida, enquanto durar a infiltração, isso para garantir sua proteção e segurança[13].

Como afirmado por Guedes Valente "a identidade fictícia é uma manifestação formal e material da protecção do agente encoberto, cujo risco que o agente corre não é comum, mas sim anormal, pelo que se impõe por necessidade e exigibilidade que os agentes encobertos actuem sob identidade fictícia"[14].

Retomando à Lei brasileira, a segunda parte do inciso II do artigo 14 que iremos analisar será a expressão "bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas": Aqui duas interpretações são realizadas pela doutrina brasileira. A primeira afirma que, estando o agente sob grave ameaça ou coação, este poderá utilizar das medidas previstas na Lei 9.807, bem como seus familiares quando se encontrarem em situação semelhante.

A segunda interpretação doutrinária é de que o agente infiltrado poderá ser arrolado na condição de testemunha, devendo prestar depoimento em juízo. Aqui, mais uma vez, há uma omissão legislativa, pois não indica em que condições ocorrerá este depoimento, se sua identidade e demais dados serão revelados.

Nos filiamos a parte da doutrina que entende que o agente infiltrado, quando intimado a depor em processo judicial, deve fazê-lo sob segredo de sua identificação, devendo esta ser mantida sob sigilo, inclusive do advogado de defesa[15].

Assim, caso haja extrema necessidade da oitiva do agente como testemunha, este deve fazer na condição de testemunha anônima, que é aquela cuja identidade civil verdadeira não é divulgada ao réu/arguido ou defensor de defesa. Esse anonimato é determinado para se prevenir ou impedir a prática de eventuais ilícitos contra as testemunhas (coação processual, ameaça ou até mesmo homicídio), possibilitando assim que seu depoimento ocorra sem qualquer constrangimento[16].

Há quem defenda que o sigilo da identidade da testemunha impede o exercício da legitima defesa e do contraditório, todavia, tal alegação não se sustenta, pois a defesa do réu/ofendido se dá através de fatos e não de pessoas[17].

Além disso, presume-se a fé pública do órgão policial responsável pela infiltração, até porque o trabalho foi realizado através de autorização judicial, sob fiscalização do

---

[13] BRAZ, 2013, p. 325.

[14] VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 429

[15] Cf. LIMA, 2016 e MENDRONI, 2016.

[16] MALLAN, Rodrigo apud LIMA, Sônia Silva Brito. O agente infiltrado: o problema da legitimidade no processo penal do estado de Direito e na experiência brasileira. Lisboa: Almedina, 2016. p. 322

[17] MENDRONI, 2016, p. 236.

órgão do Ministério Público e de um delegado de polícia.

Ademais, não podemos deixar de observar que, em casos extremos, o anonimato da testemunha será medida que se impõe, pois devemos acima de tudo proteger os direitos a integridade física e a própria vida desta que depõe, com base numa ponderação de interesses, nos qual deve prevalecer o direito à vida.

Assim, entende-se que a identidade do agente infiltrado deve ser mantida sob sigilo, não só quando este servir de testemunha em processo judicial, mas em toda a persecução criminal, exatamente para proteger a integridade física do policial e de seus familiares, pois "o trabalho significará atuação contra organização criminosa, que presumivelmente conterá integrantes de alta periculosidade, inclusive com disposição para ameaças e intimidações"[18]

Aponta-se que a Lei portuguesa vai além na previsão da utilização da identidade ficta do agente durante a infiltração, e o faz no art. 4º, n. 3, pois autoriza, através de decisão judicial fundamentada, que este a utilize ao prestar depoimento em juízo sobre os fatos objetos de sua atuação.

Ademais, não havendo outra forma, deverá o agente prestar depoimento de forma anônima, devendo observar o "uso de procedimento judiciário que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recursos tecnológicos que distorcem a voz dela durante o depoimento em juízo"[19]. Ainda, é preciso cuidar quanto a linha de perguntas que serão autorizadas ao defensor do acusado, pois este, dependendo, poderá induzir a testemunha a revelar sua real identidade.

C) Inciso III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário:

Como se pode observar da redação aqui posta, o sigilo da identidade do agente, bem como sua voz e imagem serão preservados durante a investigação e processo criminal. Entretanto, a lei possibilita que decisão judicial autorize a identificação do agente, fragilizando a sua proteção.

Todavia, precisamos questionar quais as hipóteses em que o juiz autorizaria a divulgação ou levantamento do sigilo da identificação do agente, sem que coloque em risco a vida e integridade física do policial e de sua família.

Aqui vislumbra-se duas possibilidades, a primeira, é caso o agente seja preso durante uma operação policial, cujo alvo seja a organização criminosa. Neste caso, deve

[18] MENDRONI, 2016, p. 223.

[19] MALAN, Diogo Rudge apud LIMA, 2016, p. 585.

haver a pronta intervenção do juiz para soltá-lo, devendo fundamentadamente levantar o sigilo da operação, bem como encerrá-la, em razão da abertura do sigilo.

E a segunda, é quando o agente comete um crime que vai além dos limites da infiltração. Neste caso, deverá haver o levantamento do sigilo da identidade do agente, para que responda pelo crime praticado. Entretanto, neste caso, deverá a apuração do delito correr em autos apartados, não sendo necessária a conexão entre os processos.

Como podemos ver, é uma medida excepcional, que deve respeitar o princípio da necessidade e ao princípio da proporcionalidade, pois em primeiro, devemos dever ao direito fundamental a vida e da integridade física do agente infiltrado que deve ser resguardado.

D) Inciso IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

A medida prevista neste inciso vem corroborar com os demais incisos previstos no artigo 14, sendo que é direito do policial manter-se oculto, mesmo depois de já finalizada a investigação policial[20].

Diferente do previsto no inciso III, que se destina diretamente ao processo judicial, o inciso IV está direcionado aos órgãos de comunicação, pois estes tem o dever de guardar o sigilo dos dados do agente infiltrado e operação pela qual aquele participou, independentemente da fonte de conhecimento[21].

Por fim, filiamo-nos a Cleber Masson e Vinícius Marçal, que entendem ser a lei omissa, pois deixou de prever como crime a conduta de *"revelar a identidade, fotografar ou filmar o agente infiltrado"*[22], pois tal conduta confirmaria o cuidado do legislador para com aqueles que cumprem seu dever funcional de proteger os interesses de segurança do Estado.

4. Da necessidade de ampliação de garantias

É possível perceber que a legislação ainda não conseguiu alcançar uma efetiva proteção ao policial infiltrado frente a criminalidade organizada. Por este motivo, elencamos algumas garantias que poderiam constar na legislação brasileira, proporcionando maior segurança ao agente no desemprenho das funções.

Inicialmente, entendemos que, a possibilidade de utilização de uma identidade fictícia, deve ser prevista desde o início da infiltração e também, em sua vida social,

[20] MENDRONI, 2016, p. 237.

[21] MASSON; MARÇAL, 2016, p. 309.

[22] Id. p. 309.

enquanto durar a execução do ato, pois como vimos anteriormente, faz-se necessário ao agente infiltrado que este esteja totalmente inserido em sua nova identidade, não somente para o melhor cumprimento da medida em que se dispôs a realizar, como também para resguardar sua integridade física e sua vida.

Ainda, entende-se que a legislação também deveria prever em seu texto regras com relação a utilização do policial como testemunha, descrevendo a forma com que irá fazê-lo, a possibilidade de depor na condição de testemunha anônima, ou com sigilo de seus dados, caso seja esta a vontade do agente.

Também, seguindo os moldes da Lei Portuguesa (Lei das acções encobertas em Portugal), a previsão de que o policial possa utilizar a mesma identidade ficta utilizada na infiltração para prestar depoimento, mais uma vez, salvaguardando sua vida e integridade física, e também de seus familiares.

Por fim, importante seria a previsão de acompanhamento psicológico ao policial infiltrado, antes e depois da operação que realizará. Antes, em razão da preparação e imersão ao mundo do crime. Depois, porque o agente sai da infiltração, em algum casos por períodos mais longos, e, assim, necessitaria ser reinserido no seu meio social e familiar. Ainda, precisamos lembrar que dentro de uma organização criminosa, diversos são os fatos criminosos assistidos pelo agente, que podem trazer traumas pessoais, bem como o medo constante de ser descoberto e morto pela organização.

5. Conclusão

Após breves apontamentos, foi possível concluir que a infiltração de agentes de polícia no interior das sociedades criminosas, desde que respeitando os limites impostos pela decisão judicial, bem como pelos parâmetros legais definidos, é legitimo e trará grandes avanços a investigação criminal e ao combate do crime organizado.

Porém, no que tange a proteção à integridade física e a vida dos agentes policias, a Lei 12.850/13 não foi suficiente para garantir a vida e integridade física destes que se encontram em atividade policial.

De outro lado, por se tratar de uma prova tão invasiva, a lei brasileira deveria prever um tempo máximo de duração da infiltração, não só para garantir os direitos dos investigados, mas também para preservar a integridade física do agente e o risco a sua vida e de sua família.

Ainda, com relação à alteração da identidade do agente policial, é preciso que haja clareza quanto a sua utilização, tais como o momento em que será imposta a alteração da identidade, quando esta poderá ser utilizada e para quais fins.

Ademais, também a lei foi omissa ao tratar da necessidade do depoimento do agente infiltrado, pois é importante que este somente participe como testemunha em

razão de real necessidade, ou demonstrado não haver outro meio de produzir a prova. Todavia, constando o devido sigilo de dados pessoais ou, até mesmo como fez a lei portuguesa, utilizando-se o agente da identidade fictícia.

Diante de todos os apontamentos até aqui feitos, podemos concluir que a lei brasileira foi bastante eficiente em muitos pontos, principalmente no que tange ao procedimento de infiltração de agentes. Porém, poderia ir além, para proteger a integridade física da pessoa do policial que na realização da tarefa de investigação pelo Estado, devendo ampliar as garantias daqueles que cumprem o dever em prol do bem social.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. "Bruscamente no Verão passado", a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

BRAZ, José. Investigação criminal: A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2013.

_____. Um novo paradigma metodológico na investigação do crime. In: 2º Congresso de investigação criminal. Organização: ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL e coordenação científica: Maria Fernanda Palma e outros. Almedina: Lisboa, 2010. p. 331-347.

BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei 12.850/13 e a atividade policial. In: Polícia e investigação no Brasil. Coord. Eneas Romero de Vasconcelos; Ezequiel Malarino; Kai Ambos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 213-253.

COSTA, Eduardo Maia. Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões). In: Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício. Coimbra Editora. 2014. p. 357-369.

DIAS, Augusto Silva. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: 2º Congresso de investigação criminal. Organização: ASFIC/PJ e IDPCC/FDUL e coordenação científica: Maria Fernanda Palma e outros. Almedina: Lisboa, 2010. p. 23-47.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. A prova do crime: meios legais para a sua obtenção. Coimbra: Almedina, 2009

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Legislação penal especial esquematizado. 2. ed. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2016. (livro digital).

HASSEMER, Winfried. Processo Penal e direitos fundamentais. In Jornada de direito processual penal e direitos fundamentais. Coord. Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15-25.

LIMA, Sônia Silva Brito. O agente infiltrado: o problema da legitimidade no processo penal do estado de Direito e na experiência brasileira. Lisboa: Almedina, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. (livro digital).

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Metodo, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado. 6. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, Maria Rosane Fontela. A investigação criminal na Lei de Drogas: infiltração de agentes policiais e flagrante postergado (ação controlada). Investigação criminal: ensaios sobre a arte de investigar crimes. Org. Emerson Wendt; Fabio Motta Lopes. Rio de Janeiro: Brasport. posição 2098-2426 de 6484 (e-book-Kindle).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.

ONETO, Isabel. O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra Editora, 2015.

PEREIRA, Rui. O "agente encoberto" na ordem jurídica portuguesa. In: Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 11-41.

SILVA, Daniel. Técnica Especial de Investigação por meio do Agente Infiltrado. Disponível em < https://dvasconceloss.jusbrasil.com.br/artigos/454180567/tecnica-especial-de-investigacao-por-meio-do-agente-infiltrado > Acesso em 02/06/2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Teoria geral do direito policial. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____ A investigação do crime organizado. In: Criminalidade organizada e criminalidade de massa. Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente. Coimbra: Almedina, 2009. p. 159-184.p. 159-184.

A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DA PROSTITUIÇÃO COMO DEBATE PENDENTE AO DISCURSO SOBRE A SEXUALIDADE FEMININA

Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso[1]
Carlos Jair de Oliveira Jardim[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. A prostituição desde o ponto de vista acadêmico; 3. Quando a prostituição é "livre" ou é "forçada" para a doutrina; 4. Seria o exercício e a exploração da prostituição expressões sinonimas da coisificação feminina?; 5. Conclusão

1. Introdução

Antes de qualquer comentário faz-se necessário esclarecer que os autores dedicam-se, em um primeiro momento, a compreensão das correntes que disciplinam a prostituição. Neste talante, passam a análise do exercício de tal atividade e, por isso, dedicam-se a compreensão da prostituição de mulheres maiores de 18 anos pois que abaixo dessa idade não se pode considerar exercício e sim exploração, haja vista a incapacidade do agente. Por outro lado, é fato que os autores reconhecem a existência e problemática da prostituição infantil.

Ademais, os autores partem de uma construção social que marginaliza e, portanto, vulnerabiliza as pessoas que exercem tal atividade e, por isso, elegem as mulheres para objeto de analise, haja vista que este é o grupo mais vulnerabilizado de um discurso social fundamentado em valores machistas e patriarcais

Importante destacar que embora a sociedade tenha evoluído no discurso em torno dos direitos e garantias fundamentais, ainda, está longe de estabelecer conceitos que visem a dignidade sexual do cidadão, principalmente quando esse cidadão é mulher, pois que a estas está reservado aquilo que consideramos chamar de destino biológico, enquanto que ao homem está permitido relacionar-se fora do casamento desde que não ultrapasse a esfera matrimonial de outro homem.

Em outras palavras, é possível afirmar que o discurso em torno da prostituição jamais esteve nas mãos das pessoas ora prostituídas, mas sim, nas mãos da sociedade

---

[1] Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (España) onde investigou o crime de Tráfico de Seres Humanos e a interferência do marco do Código Penal Espanhol de 1995 para a prevenção de referido delito no âmbito da União Européia. Atualmente, é professora de Direito Penal da graduação e pos-graduação stricto sensu da Universidade Católica de Pernambuco e líder do grupo de pesquisa Estudos Latino Americanos em Direitos Humanos EELAS (Plataforma Lattes)

[2] Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco com concentração em jurisdição e cidadania. Atua como professor de Direito Constitucional e Empresarial na Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

considerada decente, à qual, aquelas pessoas estão, infelizmente, subordinadas.

Referida circunstância é por demais preconceituosa e termina por segregar grupos que, por sua vez, menospreza pessoas. Por outro lado, referido posicionamento, tão pouco acrescenta para o desenvolvimento de políticas públicas que se não resolvem a problemática em exame, pelo menos poderiam suavizar os tantos problemas resultantes dela.

É dentro desse alicerce de conceitos pré-concebidos que se fundamentam o proibicionismo velado da prática da prostituição. Nesse sentido, passa-se à análise das principais correntes que disciplinam a prostituição no mundo acadêmico.

2. A prostituição desde o ponto de vista acadêmico

Sob a ótica do discurso proibicionista é correto afirmar que esta se fundamenta nas ideias trazidas pelas feministas e socialistas do final da década de oitenta, posto que tem uma visão proibicionista da prostituição, isto é, defende a necessidade de abolir referido instituto. Para essa corrente, a prostituição consiste em uma forma de degradação do ser humano, uma insígnia da discriminação da mulher diante do homem, ou seja, a representação de uma força masculina justificada pelo machismo e por isso a necessidade de observar o referido fenômeno como um fruto de uma patologia social. (PADOVANI, 2002, p. 50).

Essa visão defende que toda a prostituição deve ser pensada "como uma violação dos direitos da mulher e como uma forma de violência contra ela" (RAYMOND, 2006, p. 29.), pois viola os direitos humanos e fomenta, de maneira indireta, o tráfico de mulheres para o exercício da prostituição.

Nesse modelo – em que se leva a cabo a necessidade de responsabilizar, bem como punir, não somente a pessoa que agencia as mulheres e/ou crianças, mas também os proxenetas e aqueles que compram referidos serviços. (RAYMOND, 2006, p. 29.) – a mulher prostituída é considerada uma delinquente, de maneira que é exposta a sanções penais que vão desde uma multa até a pena de prisão. Referida pena tem como pressuposto a intenção de induzir a mulher prostituída a mudar sua opção, sua atividade, desistindo, assim, do exercício da prostituição. (MARTÍNEZ et al., 2004, p. 17.).

Referido discurso proibicionista encontra alguma relação com as fundamentações teórica elencadas por Lombroso que, em sua época, considerava a mulher que exercia a prostituição como um delito para os homens, pois, para ele, as prostitutas possuem as mesmas características físicas e morais do delinquente:

> O importante, com referência à mulher delinquente, é a teoria da prostituição como equivalência do crime. Acredita que, enquanto o homem para satisfazer seus impulsos que não podem ser realizados legalmente tem de recorrer à criminalidade, as mulheres têm uma segunda saída que é a prostituição, que implica menos riscos e pode dar lucros muito maiores do que aqueles obtidos em atitudes tipicamente criminosas. Lombroso encontra na prostituta uma quantidade notavelmente maior de atavismos, deformações e de aspectos mórbidos que na ladra. (...)[3]. (tradução livre - LOMBROSO, 2006, 09).

No entanto, não se pode negar que referido discurso adverte que a legalização do exercício dessas atividades sexuais mediante pagamento não ajuda a criar um futuro diferente para as pessoas prostituídas e, por outro lado, somente incentiva a prática de tal atividade por outras pessoas ainda não prostituídas.

Desta maneira, e a título de curiosidade, vale destacar o trabalho da organização argentina AMMAR – Associação das Mulheres Meretrizes da Argentina, que representa as mulheres em prostituição nesse Estado – que está pressionando para o não reconhecimento da prostituição como um trabalho, pois para essa Associação, o reconhecimento oficial da prostituição serve, unicamente, para empurrar mais e mais mulheres para o comércio sexual seja através do exercício, seja através da exploração, bem como desobrigar o Estado de proporcionar estudo e trabalho para todos. (Budapest Group, 1999.). Dessa feita, defende a corrente proibicionista que é necessário tomar uma atitude de oposição a tal fato.

Constatado esse primeiro modelo, passa-se à análise de um discurso voltado a regulação do exercício da prostituição. Referida hipótese toma como pressuposto o cunho global e empreendedor da prostituição que termina por impulsionar a libertação sexual da mulher, ora representada pela libertação econômica, pois – segundo Raymond – o referido fenômeno mantém seu posicionamento no sentido de que "a prostituição é uma forma de igualdade de gênero e promove o direito da mulher a ser independente (...)". Acrescenta, ainda, que "a prostituição é outra forma de trabalho e que a melhor maneira de proteger as mulheres em este entorno é melhorar suas condições de trabalho". (RAYMOND, 2006, p. 29).

Essas ideias regulacionistas terminam por fundamentar outros tantos argumentos a seu favor, mas o discurso que, fortemente, é utilizado em defesa desta corrente é aquele direcionado ao pressuposto de que as mulheres, uma vez legalizadas,

---

[3] "lo importante, con referencia a la mujer delincuente, es la teoria de la prostitucón como equivalencia del crimen. Se piensa que, mientras el hombre para satisfacer sus impulsos que no puede realizar legitimamente tiene que recurrir al delito, la mujer tiene una segunda salida que es la prostitución, la cual implica menos riesgos y puede dar ganancias mucho mayores que las obtenidas en actitudes francamente delictivas. Lombroso encuentra en la prostituta una cantidad notablemente mayor de atavismos, de deformaciones y de aspectos morbosos que en la ladrona.

poderão ser cidadãs, pois pagarão seus impostos, terão salários e poderão comprar uma casa, abrir uma conta bancária, inclusive poderão, também, sindicalizar-se. (BINDEL, 2006, p. 179).

Cumpre destacar que as legislações que adotaram a corrente regulacionista somente prevêem tais condições às suas nacionais, isto é, no que tange à mulher imigrante, não existe a possibilidade da regularização de sua força de trabalho para exercer a prostituição, restando, a essas mulheres, a ilegalidade e, portanto, a total privação de proteção, fatos que, por sua vez, resultam em uma maior vulnerabilidade dessas mulheres a pressões e explorações de toda e qualquer ordem. (CEPEDA, 2004, p, 33/34).

Sendo assim, é possível afirmar que o discurso em torno da regularização da prostituição como atividade profissional – pelo menos no que tange aos países europeus – promove, na atualidade, uma grande ambiguidade, pois, na prática, defende um mercado legal que promove o mercado considerado ilegal.

Existe, ainda, uma corrente denominada de abolicionista, a qual foi idealizada, no âmbito internacional, pelos opositores da corrente regulacionista, com a determinação de conter a realização de um sistema de regulamentação pan-europeu. (GIBSON, 1986, p. 51).

Os defensores dessa corrente acreditam na possibilidade bem como imprescindibilidade, da abolição de toda e qualquer regulamentação das prestações sexuais por dinheiro, o que implica dizer que existe uma preocupação em punir o que se considera exploração da prostituição, posto que pregam a necessidade de sancionar a exploração e o favorecimento da atividade sexual de outrem, ao mesmo tempo em que preservam a manutenção dos direitos, bem como das garantias que sustentam a capacidade do livre e pacífico exercício da atividade de prostituição. (DANNA, 2002, p. 84).

Acrescentam, também, que não só a exploração, mas também o exercício da prostituição – quando realizados de maneira a explorar o corpo da mulher – consiste em um ato de violência exercida contra essa mulher e por isso não só os facilitadores e agenciadores de tal prática devem ser perseguidos penalmente, mas, também, os usuários da prostituição seja ela em qualquer modalidade que se apresente, é dizer, através da exploração ou, ainda, do exercício. Esta é uma postura fundamentada no princípio de que corpo humano alheio não está à venda demonstrando, por sua vez, que suas vantagens são muito mais normativas que repressivas. (NGALIKPIMA, 2006, p. 53).

Da compreensão das teorias supracitadas se tem claro que distinguir o mercado ilegal da prostituição daquele considerado legal resulta, em tempos atuais, em uma operação difícil ou quiçá impossível, pois o conceito do que deve ser considerado ilegal, bem como exploração – pelo menos no que se refere ao tema da prostituição –, ainda é demasiadamente duvidoso e impreciso.

3. Quando a prostituição é "livre" ou é "forçada" para a doutrina

Pelo que foi visto até agora, cumpre estabelecer a diferença entre o que a doutrina considera prostituição livre ou propriamente dita e prostituição forçada. Determinada diferença consiste no fato de que aquela, a prostituição propriamente dita, se realiza a partir do exercício da prostituição voluntária, quer dizer, está fundamentada na livre escolha da mulher. Já no que tange à prostituição forçada, como o próprio nome sugere, indica a exploração sexual e supõe a "violência física, psíquica e sexual, chantagens e enganos de todo tipo, (...)". (CEPEDA, 2004, p. 35).

Por outro lado, cumpre perceber que, em tempos atuais, a prostituição considerada voluntária assume um caráter estrutural muito bem organizado e com estabelecimento, inclusive, de funções para o desempenho de atribuições diversas que vão desde o aliciamento, ao exercício da atividade, passando pela negociação entre os entes envolvidos. Circunstância que, por sua vez, torna muito difícil ou quiçá impossível falar em livre exercício da prostituição ou, melhor dizendo, em prostituição com caráter independente, já que tal propriedade de organização - embora traga alguns prejuízos -, faz-se essencial ao desenvolvimento da referida atividade em dias atuais, pois que promove a segurança das mulheres que exercem tal ocupação frente ao mercado de clientes.

De tal maneira, pode-se afirmar, então, que a organização de referida atividade, ainda que para a realização da prostituição fruto da livre vontade e manifestação do agente, - neste caso, mulher prostituída - termina por fundamentar o estímulo econômico e estrutural de sua posterior exploração sexual comercial.

Dessa maneira, autores como Villalba suscitam a possibilidade de a prostituição voluntária ter influenciado a prostituição forçada e fundamentam sua afirmativa no fato de que o comércio de mulheres – para o tráfico de seres humano – e a prostituição organizada seja ela livre ou forçada, compartem características básicas, como são exemplos, as histórias de abusos físicos e sexuais que sofrem as mulheres envolvidas em determinados fenômenos. Ademais, note-se, também, a semelhança nas características dos clientes que buscam por esses serviços e o emprego de uma dinâmica de submissão fundamentada sempre no exercício da violência, ameaças, escravidão por dividas, torturas, etc. (2003, p. 41).

Curioso é perceber que até mesmo os Estados quando se prestam ao debate e à regulação dessas condutas de exercício e/ou exploração da prostituição, costumam tratá-las de maneira conjunta. Fato que resulta em grandes dificuldades para a determinação do que se pretende prevenir e/ou punir.

Referida confusão entre os conceitos de exploração e exercício da sexualidade, no que tange à prática da prostituição, possivelmente está fundamentada na circunstância de que todo e, qualquer, debate em torno da utilização do corpo das mulheres

prostituídas foi desenvolvido por uma sociedade considerada decente que, por sua vez, estabelece um paralelo entre os conceitos de sagrado e profano, entre o que é legal e ilegal, entre a exploração e o exercício da sexualidade conforme seus ditames e conceitos pré-determinados.

Ora, não se pode negar que tal particularidade que acompanha determinado fato termina por ocasionar um discurso unificado. Se não, veja-se que todos os debates promovidos em torno da regulação ou não da prostituição enquanto profissão, estão em comum acordo de que é necessário reprimir, inclusive, afirmam a necessidade de se estabelecer políticas de repressão cada vez mais severas à exploração da sexualidade, ao passo que proclamam a garantia do exercício sexual.

O referido discurso parece obvio, ademais de atender ao que se considera justo e apropriado aos princípios norteadores da aplicação dos direitos humanos. Sem embargo, pergunta-se: porque referidos conceitos, é dizer, o exercício e a exploração quando observados sob o ponto de vista daquele que vive da prostituição, passa a assumir uma forma única e não paralela?

É fato que o exercício da prostituição pressupõe a exploração daquele que a realiza por outrem. Circunstância que, por sua vez, termina por estabelecer uma certa confusão entre a existência ou não de antagonismos entre o exercício e a exploração, exigindo, assim, o abandono do discurso da sociedade considerada decente para a analise de um discurso fundamentado na teoria daqueles ora subordinados à condição de prostituição.

4. Seria o exercício e a exploração da prostituição expressões sinonimas da coisificação feminina?

É inegável que o denominador comum entre o exercício e a exploração da sexualidade quando da realização da atividade da prostituição, está na coisificação da pessoa prostituída. Sem embargo, referido discurso não deve estar apoiado em uma coisificação que se fundamenta na ideia de utilização do corpo de alguém como objeto de satisfação de outrem (NUSSBAUM, 2002, p. 28.) ou, melhor dizendo, na ideia de que a prostituição consiste na livre disposição do corpo das pessoas ora prostituídas, por parte dos clientes prostituidores que, por sua vez, pagam um preço em troca do serviço previamente acordado.

Referido discurso em nada atende à dinâmica do fenômeno da prostituição e, somente, reforça a teoria da distinção entre o exercício e a exploração, posto que se fundamenta na representação de um conjunto pré-ordenado de conceitos fundamentados na ideia de que a prostituição não estabelece benefício as pessoas prostituídas, mas, tão somente, aos clientes prostituidores e à indústria ilegal do sexo.

A coisificação da pessoa prostituída deve, então, estar fundamentada em uma circunstância anterior ao desfrute de seu corpo como objeto, qual seja, no debate que

antecede a opção dessa pessoa em exercício de sua sexualidade pela realização da prostituição, ou seja, na existência ou inexistência de autonomia para a eleição do exercício da prostituição e, aqui, entenda-se autonomia como capacidade de tomar decisões próprias, o que requer capacidade para conhecer e assimilar uma informação e uma ausência de coações internas e/ou externas. (CUENCA, 2007, p. 64).

Dessa maneira, pode-se sustentar que a coisificação deve estar fundamentada na teoria que "nos sugere a ideia de um ser em si e, como consequência, uma mulher isenta de liberdade e de possibilidade de que esta prática seja produto da decisão de um ser para si". (PRECIOSO, 2007, p. 89).

O fato é que, se passamos a observar, sob esse ponto de vista, podemos intuir que, em pouquíssimos casos (si é que existe algum), a prostituição é, verdadeiramente, uma opção livremente escolhida por pessoas realmente autônomas, já que, na grande maioria das vezes, ou, quiçá, na totalidade, a liberdade para eleição da prostituição parte sempre de uma situação que é produto da contingência, de modo que não existe liberdade sem situação, nem existe situação sem liberdade.

Cumpre esclarecer que a situação a que nos referimos neste momento não consiste, simplesmente, em um conjunto de circunstâncias sociais e culturais, mas principalmente em razões econômicas ditadas por um sistema de capital que mercantiliza as relações de compra e venda de maneira a valorar a pessoa prostituída.

Se não é assim, note-se o que aduz José Paulo Netto e Marcelo Braz

> Nas sociedade onde impera o modo de produção capitalista, quanto mais esse se desenvolve, mas a logica mercantil invade, penetra e satura o conjunto das relações sociais: as operações de compra e venda não se restringem a objetos e coisas – tudo é objeto de compra e venda, de artefatos materiais e cuidados humanos. (NETTO; BRAZ, 2011, p. 95),

Deve-se, então, a coisificação ser valorada a partir de uma determinada forma de apreender o mundo, que termina por permitir a definição do que se pode comerciar, explorar e exercer. (GIMENO, 2001, 246)[4].

[4] Um diálogo apropriado para esse momento é aquele realizado entre a viúva ateniense Crobil e sua filha, a virgem Corina, narrado pelo escritor clássico Luciano de Samósata (125 d.C. - 181 d.C.) onde diz: CROBIL: Tudo o que você tem de fazer é sair com os rapazes, beber com eles e dormir com eles por dinheiro. CORINA: Do jeito que faz Lira, filha de Dafne! CROBIL: Exatamente! CORINA: Mas ela é uma prostituta! CROBIL: Bem, e isso é uma coisa assim tão terrível? Significa que você será rica como ela é, e terá muitos amantes. Por que você está chorando, Corina? Não vê quantos homens vão atrás das prostitutas, e mesmo assim há tantas delas? E como elas ficam ricas! Olhe, eu posso me lembrar de quando Dafne estava na penúria. Agora, olhe a sua classe! Ela tem montes de ouro, roupas maravilhosas e quatro criados.

Por outro lado, faz-se necessário refletir sobre a real possibilidade de uma pessoa completamente autônoma e livre de toda e qualquer situação e/ou contingência, vir a ter o anseio, o desejo de dedicar-se à prostituição como uma forma de vida. Ora, estaria, então, justificado regulamentar tal atividade? O discurso proibicionista vem defendendo que não, pois não estaria justificado regulamentar uma atividade que legitima uma prática que somente tem representado o menoscabo do que se refere aos avanços dos direitos humanos.

Por outro lado cumpre perguntar se relegar a essas pessoas consideradas prostituídas a condição de cidadãs de segundo plano - já que, uma vez, não regulamentadas estariam submetidas a toda e qualquer sorte, pois não podem ser alvo das políticas de saúde e previdência social – não é caminhar na contra mão da defesa dos direitos humanos?

No que se refere ao Brasil a resposta seria negativa, pois a mulher prostituída uma vez contribuindo para a previdência social na condição de autônoma tem seus direitos previdenciários garantidos como todo e qualquer trabalhador, bem como é alvo das políticas públicas de saúde e educação nesse mesmo país. O que se pode questionar é a qualidade de tais serviços. Porém, tal questionamento não está, exclusivamente, para a sua prestação à pessoa prostituída, mas para todo e qualquer cidadão, seja ele autônomo, professor ou funcionário público, etc.

Assim, é possível afirmar que o consentimento da pessoa prostituída, a ausência de elementos e/ou situações que impulsionem a pessoa para tal prática e, ainda, o discurso moralizador da sociedade dos bons não são argumentos suficiente para uma política de regulamentação de referido exercício como atividade profissional.

Neste mesmo sentido, cumpre destacar que a venda propriamente dita de serviços sexuais em nossa sociedade é uma realidade em extremo sórdida e degradante para as mulheres prostituídas, pois, ademais de relegá-las a uma condição marginalizada da sociedade, ou seja, àquela parte da sociedade formada pelos indecentes, a prostituição se fundamenta em relações imperantes de gênero.

Se não, note-se que a imensa maioria das pessoas prostituídas são mulheres e crianças e, até mesmo quando se fala na prostituição masculina, o indivíduo prostituidor, ou seja, o aliciador, bem como o cliente é, na grande maioria das vezes, também, um homem. (CUENCA, 2007, p. 65/66).

(PEREIRA, 2011). Note-se que mesmo sabendo de toda a riqueza que pode disfrutar e dos conselhos da sua mãe para o exercício livre da prostituição, a virgem Corina se desespera em choro e até questiona a sua mãe sobre a condição de prostituta. Não se trata, portanto, de uma questão moral, econômica, cultural, mas principiológica do que se compreende por intimidade.

> A naturalização da prostituição reforça um modelo em que a sexualidade feminina se constrói em função do desejo masculino. Conservadora é uma visão que se baseia na satisfação dos desejos dos homens e que oculta/inibe/oprime o desejo das mulheres. Conservadora porque conserva e reforça privilégios acumulados historicamente pelos homens na sociedade patriarcal (Nota de apoio a regulamentação da prostituição. 2013).

Ora, diante do exposto, pode-se observar duas problemáticas essenciais, quais sejam: a primeira fundamentada na ideia de que a prostituição não pode ser considerada uma profissão, pois nela não se valora a força do trabalho das pessoas prostituídas, mas a disponibilidade do seu próprio corpo para que outra pessoa obtenha prazer, anulando, assim, a sua própria sexualidade em uma relação clara de sexismo.

Se não, note-se que a pessoa prostituída é, por vezes, mantida à mercê dos caprichos sexuais daquele que detém o valor do pagamento pelo serviço prestado, colocando-se, portanto, o referido agente, em uma situação de dominação sobre a prostituída, que, muitas vezes, se vê obrigada a aceitar intromissões não desejadas em sua integridade e intimidade corporal. (CUENCA, 2006, p. 68).

Já a segunda problemática faz menção ao fato de que é, no mínimo, antagônico, pregar diariamente a necessidade do reconhecimento da abertura das relações sexuais entre homens e mulheres, ao mesmo tempo em que se reclama do Estado a necessidade de reconhecer a prostituição, posto que essa, como antes dito, se fundamenta em relações de gênero dominante e imperante.

5. Conclusão

Ademais de tudo o que foi dito no deslindar deste trabalho, a autora considera necessário acrescentar a ideia de que, ao seu modo de ver, a atividade sexual, deve ser compreendida como uma fonte de prazer para os dois lados envolvidos na relação.

Importante, também, ter em mente que tal pratica, é dizer, a relação sexual, consiste na forma como o indivíduo se comporta na sociedade, bem como perante essa mesma sociedade da qual o cidadão é parte, posto que a sexualidade humana é fruto da intimidade e da personalidade de cada um e, portanto, deve ser considerada um bem extracomércio.

Por outro lado, não se pode ignorar ou desmerecer a realidade da prostituição. Continuar atribuindo à condição de marginal – entenda-se marginal no que se refere a estar à margem do sistema político social - as pessoas que exercem tal atividade é, no mínimo, uma política de afundamento do processo de desenvolvimento social desejado pelos diferentes Estados. É mais que urgente e necessário conceder a essas mulheres prostituídas o direito de conviver na condição de sociedade decente e não, à margem dela.

Sem embargo, não é estabelecendo teorias especificas ou genéricas de disciplina da prostituição ou, ainda, proclamando a regularização de referida atividade como profissão, que se conseguirá conferir a essas pessoas, sejam elas mulheres ou homens ora prostituídas a condição de cidadãos de primeira classe (se é que já não o são), posto que a regulamentação do exercício dessas atividade sexuais mediante pagamento não ajudam a criar um futuro diferente para os cidadãos prostituídos, isto é, não apresenta alternativas para estes homens e mulheres.

Determinada circunstancia, somente levantam problemáticas outras, cuja discussão é de interesse dos Estados considerados centrais, posto que - como se pôde observar no primeiro apartado desse trabalho, que trata do deslindar das correntes que disciplinam o fenômeno da prostituição - essas referidas teorias sempre terminam por discutir as problemáticas decorrentes do tráfico de seres humanos para a posterior exploração sexual comercial.

É em outras palavras dizer, que o debate em torno da regularização da prostituição termina gerando uma discursão que vai além da preservação dos direitos considerados humanos a que todos os homens e mulheres são detentor por direito, pois que fundamenta o debate em torno da proteção das fronteiras dos Estados centrais e quando não é assim, refere-se a questões outras, como é exemplo aquelas voltadas a higienização social, ou seja, questões que guardam relação com a prostituição, mas não referem-se a prostituição propriamente dita. Fato que leva o fenômeno da prostituição a uma condição de marginalidade.

O debate sobre a prostituição, então, deve estar fundamentado na persecução dos elementos que fundamentam a autonomia da prática da atividade de prostituta, posto que referida circunstância é consequência prévia ao exercício dessa atividade, no intuito de que ela não venha a ser alvo ou objeto de exploração posterior.

Tal matéria, ao que parece, não tem sido de essencial interesse para os Estados centrais e quiçá periféricos. Fato que nos leva a reflexão de que se não mudamos nosso modo de compreender a sexualidade humana, seguiremos, infelizmente, atentando contra o direito dessas mulheres e homens ora prostituídos.

Referências

BINDEL, Julie. Modelo holandés. In: *Explotación Sexual y Trata de mujeres*. MARCOS, Liliana (ed.). Libro editado como resultado del I Congreso Internacional “Trata de mujeres y explotación sexual” que tuvo lugar en Madrid, organizado por AFESIP España con el apoyo y respaldo de la Universidad Complutense de Madrid, 2006.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *Globalización, tráfico internacional de personas y derecho penal*. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada: editoria Comares, 2004.

DANNA, Daniela. Le politiche prostituzionali in Europa. In: *Prostituzione e tratta: Manuale di intervento sociale*. Milano: Associazione On The Road. 2002.

CUENCA, Encarna Camona. ¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales? In: *Prostitución y trata: Marco jurídico y régimen de derechos*. Rosario Serra Cristóbal (coord). Valencia: Tirant monografias, 2007.

GIBSON, Mary. *Stato e Prostituzione in Italia*. Milano: Il Saggitore, 1986.

GIMENO, Marta Azpeitia. Viejas y nuevas metáforas: feminismo y filosofía a vueltas con el cuerpo. In: *Piel que habla: viaje a través de los cuerpos femeninos*. Barcelona: Icaria, 2001.

MARTÍNEZ, Fernando Rey; MATÍN, Ricardo Mata & ARGÜELLO, Noemí Serrano. *Prostitución y Derecho*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 17.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. *Economia Política: Uma introdução crítica*. 7ª edição. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

NGALIKPIMA, Matiada. La trata y la explotación sexual de las mujeres y de los niños en Europa: aspectos represivos. In: *Explotación Sexual y Trata de mujeres*. MARCOS, Liliana (ed.). Libro editado como resultado del I Congreso Internacional "Trata de mujeres y explotación sexual" que tuvo lugar en Madrid, organizado por AFESIP España con el apoyo y respaldo de la Universidad Complutense de Madrid, 2006.

PADOVANI, Tulio. Il testo único sull'immigrazione e le strategie di contrasto allo sfruttamento sessuale: l'innovazione legislativa del programma di protezione sociale e l'impatto prodotto nel contesto sociale. *In: Stop tratta: Atti del Convegno Internazionale*. Bologna, 23/24 de maggio de 2002.

PRECIOSO, Magdalena López. Debate Feminista: Teorías, practices y realidades. In: *Prostitución y trata: Marco jurídico y régimen de derechos*. Rosario Serra Cristóbal (coord). Valencia: Tirant monografias, 2007.

RAYMOND, Janice. La trata de mujeres y la igualdad de género. In: MARCOS, Liliana (ed.). *Explotación sexual y trata de mujeres*. Libro editado como resultado del I Congreso Internacional "Trata de mujeres y explotación sexual" que tuvo lugar en Madrid, organizado por AFESIP España con el apoyo y respaldo de la Universidad Complutense de Madrid, 2006.

VILLALBA, Francisco Javier de León. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo blach. 2003.

OUTRAS FONTES

Informe do Budapest Group (junio 1999). *The Relationship Between Organized Crime and Trafficking in Aliens*. Austria: Centro Internacional para el Desarrollo de

Políticas migratorias.

Nota de apoio ao posicionamento das mulheres da CUT sobre a regulamentação da prostituição em 06/12/2013. Página eletrônica: https://marchamulheres.wordpress.com/2013/12/06nota-de-apoio-ao-posicionamento-das-mulheres-da-cut-obre-regulamentacao-da-prostituicao/ (Acesso: 20/06/2016 às 09:54).

PEREIRA, Patrícia. De deusas à escória da humanidade. In. Revista Leituras da História. Portal Ciência & Vida Página eletrônica: http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/imprime119600.asp (Acesso em 15/06/2014 às 10:58) (Acesso em 15/06/2014 às 10:58)

"VALEU BOI": VAQUEJADA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NO BRASIL, ATIVISMO CONGRESSUAL E EFEITO *BACKLASH*

Vivianne Rodrigues de Melo[1]

"Minha mãe quando eu morrer
Não quero choro nem nada
Quero uma jaqueta de couro
E uma camisa encarnada
Pra quando eu chegar ao céu
Me lembrar do escarcéu
Que eu fazia em vaquejada[2]".

Sumário: 1. Introdução; 2. Patrimônio constitucional imaterial na Constituição Cidadã; 3. A vaquejada como manifestação cultural no Brasil; 4. ADI nº. 4.983/CE; 5. Ativismo Congressual e efeito *backlash*; 6. Conclusão.

1. Introdução

No ano de 2013 foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4983, em que a Procuradoria Geral da República pedia junto ao Supremo Tribunal Federal a declaração da inconstitucionalidade da Lei nº. 15.299/2013.

Tal lei regulamentava a vaquejada como prática esportiva e cultural no Estado brasileiro do Ceará e foi juridicamente questionada por violar princípios constitucionais e dispositivos legais concernentes aos direitos ao meio ambiente e à proteção dos animais contra maus tratos e crueldade.O artigo propõe-se a estudar se a valorização da liberdade de manifestação cultural como prática desportiva com animais, na vaquejada, é uma hipótese de legitimação inconstitucional de maus tratos e de crueldade contra os animais.

Primeiramente, registra-se a importância da Constituição Federal de 1988, a "Constituição Cidadã", no processo de valorização do patrimônio cultural imaterial.

A seguir, estuda-se, *en passant*, a história da vaquejada como manifestação cultural no Brasil e os impactos sociais dessa prática. Promove-se, ainda, um estudo sobre a ADI nº. 4.983/2013 e as principais teses jurídicas identificadas na análise da

---

[1]Doutoranda e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões" - Portugal. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho-Brasil. Especialista em Direito Ambiental pela Evata Educação Avançada. Especialista em Direito Médico pela Faculdade Gaúcha. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

[2] MONTEIRO, Edimar. Rimas de Vaquejada. Blog dos Cordeis. [Em linha]. Publicado em 06, jun. 2016. [Consult. 16 jan. 2018]. Disponível em <http://edimarcordel.blogspot.com.br/2016/07/rimas-de-vaquejada.html>

constitucionalidade da Lei Estadual nº 15.299/2013.

Propõe-se, a partir da interposição da Emenda Constitucional nº. 96/2017 e da ADI nº. 5728/2017, com reflexão sobre os desdobramentos jurídicos do ativismo congressual e do efeito *backlash*, com tentativa de legitimar retrocesso social e ambiental, à custa dos direitos fundamentais e dos animais.

2. Patrimônio cultural imaterial na constituição cidadã

A longa trajetória da construção de uma política de valorização cultural no Brasil tem início com o Modernismo e foi capitaneada pelo escritor vanguardista Mário de Andrade, em missão de pesquisas folclóricas no país[3].

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe bons auspícios, quando representou o ideário de redemocratização do país, após mais de vinte anos de regime ditatorial. Aos 27 de julho de 1988, Ulysses Guimarães, à época presidente da Câmara dos Deputados, solenizou a vigência da nova Constituição, "apropriadamente batizada de Constituição Cidadã[4]".

A nova ordem constitucional vigente harmoniza-se com o panorama transnacional que absorve mudanças. "Neste contexto de Neoconstitucionalismo e sociedade plural se desenvolveu a ideia de multiculturalismo, consistindo no reconhecimento da diversidade de culturas no mundo que coexistem e se auto influenciam, sob a ótica de uma comunidade internacional globalizada[5]".

Com a finalidade de salvaguardar o patrimônio cultural imaterial no Brasil, o legislador constituinte de 1988 introduziu tal programa no texto constitucional: "art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais[6]".

---

[3] Mário de Andrade almejada "abrasileirar o Brasil, já que a coleta dos aspectos da cultura, folclore e etnografia nacionais não era bem sucedida, era muito amadora e faltava inclinação científica". In: MIRANDA, Tatiana da Costa. *Relíquias da nação: a proteção de coleções e acervos no patrimônio (1937-1979)*. 2011. 164 f. p. 77.

[4] A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. *Istoé*. 2011. [Em linha].

[5] HOLDER, Julianne; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. *Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional*. 2011. p. 07.

[6] O art. 216 da Constituição Federal brasileira dispõe que "Constituem patrimônio Cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: "I – As formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços

A previsão em questão significa um avanço e uma maturidade constitucional, a medida em que a nova ordem prioriza a valorização da história, das memórias coletivas, das manifestações culturais populares de naturezas mais diversas e a consolidação da importância da identidade cultural.[7]

O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN atuou enfaticamente em estudos direcionados, que contribuíram de maneira fundamental para a criação de instrumentos legais e administrativos que guardam consonância com os objetivos da Constituição Cultural, que seja: "a edição do Decreto nº. 3.551, de 4 de agosto de 2000 - que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) - e consolidou o Inventário Nacional de Referências Culturais (INCR)"[8].

Em um rol composto por dezenas de celebrações, saberes, formas de expressão e lugares submetidos ao trâmite administrativo de tombamento e registro no rol do patrimônio cultural imaterial do Brasil, destaca-se o modo de fazer queijo artesanal da região do Serro (Minas Gerais), o Círio de Nossa Senhora de Nazaré (Pará), o Frevo

---

destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e cientifico". In: Constituição da República Federativa do Brasil. 2014. p. 71.

[7] Em matéria de proteção ao patrimônio cultural, a Constituição Federal brasileira anda *pari passu* com o disposto no art. 2º. da Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: "[...] entende-se por 'patrimônio cultural imaterial' as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável". [In: UNESCO, Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. 2003]. O parágrafo único do supracitado dispositivo prevê, no rol aberto de bens imateriais, os seguintes: "a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais".

[8] PATRIMÔNIO IMATERIAL. Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. *Inventário Nacional de Referências Culturais*. [s.d.]. [Em linha]. Acedido em 16 jan. de 2018, em http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/234.

8 BENS IMATERIAIS REGISTRADOS E ÁREAS DE ABRANGÊNCIA. Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. [s.d.]. [Em linha].

(Recife) e a Feira da Caruaru (Pernambuco)[9].

3. A vaquejada como manifestação cultural no Brasil

A vaquejada é uma tradicional prática ocorrida na região Nordeste do Brasil, caracterizada pela emulação com bovinos. Em tal espécie de jogo dois vaqueiros montados ocupam uma pista e, em parelha, fazem "correr os bois"[10] até certa área dentro de faixas paralelas caiadas, local onde tentam abater o boi, por meio de puxões na cauda do animal[11].

A historiografia registra a gênese da vaquejada por volta de 1870, quando os vaqueiros desenvolveram uma técnica ou espécie de arte de laçar o gado apartado, que, no interior da mata, resistia em acompanhar o rebanho[12]. Ao longo do tempo, ocorre a construção social de um poder simbólico da figura do vaqueiro, de forma que a técnica passa a ser empregada em pátios das fazendas, nos "currais novos", para demonstração da expertise na dominação do gado. É a vaquejada, que empresta ao vaqueiro sertanista um papel social de relevo ao longo dos anos, sob o ponto de vista social, político, cultural e econômico[13] e que passa a ser praticada em pistas edificadas para o "espetáculo do abate". A estrutura hierarquizante da vaquejada envolve a participação de diversos

[9] BENS IMATERIAIS REGISTRADOS E ÁREAS DE ABRANGÊNCIA. Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. [s.d.]. [Em linha].

[10] Expressão que significa conduzir os bois, empurrando-os.

[11] Pereira destaca que a dupla de vaqueiros pega-bois é formada pelo "puxador, aquele que o derruba e o bate-esteira, o que entrega a cauda do animal ao primeiro". In: PEREIRA, Renan Martins. *Agilidade e prestígio no Sertão de Pernambuco: as relações ecológicas entre vaqueiros, cavalos, bois e caatinga nas competições de pega de boi no mato*. 2015, p. 02. [Em linha].

[12]"E que belo apreciar uma vaquejada! Fins de junho. A vaqueirama se veste de suas indumentárias características e se lança no campo para o ajustamento do gado. Façanhas indescritíveis são realizadas. A gadama, passo tardo, cadenciado, cercada pelos vaqueiros toma o caminho da fazenda. A coisa nem sem entorno e sem problema. Mas súbito um garrotão indoméstico, deseducado, resolve quebrar a harmonia do momento. Abre caminho à força pelo meio do gado e espirra, supondo fugir-se do ajuntamento amigo. Dois ou três vaqueiros o perseguem, alcançam-no, dão-lhe umas quedas e o obrigam a voltar ao rebanho. Vem, mas vem raivoso com vontade de nova investida". TAPETY, Audrey Freitas. *"O vaqueiro no Piauí": representações e práticas socioculturais (1960 a 2000)*. 2007. p. 97.

[13] A história e a literatura apresentam os vaqueiros sertanistas como sujeitos definidores de relações políticas, ao passo que, ao longo do tempo, dialogavam e mediavam certas relações com os outros trabalhadores locais, assim como representavam seus fazendeiros, quando estes lhes concediam certo poder, prestígio social, autonomia e, muitas vezes, propriedades ou títulos. Sobre o tema, cf. MEDRADO, Joana. *Terra, laço e moirão": relações de trabalho e cultura política na pecuária (Geremoabo, 1880-1900)*. 2008. pp. 90, 101-123.

personagens[14], do vaqueiro-ator, ao juiz, como autoridade local responsável por definir formalmente o resultado da competição. Em regra, o juiz, vaqueiro já foi um dia, até ascender a julgador, para legitimar-se a decidir se "valeu boi" ou se é "zero"[15].

A Associação Brasileira de Vaquejada - ABVAQ considera vaquejada uma "atividade cultural-competitiva com características de esporte[16]", que envolve milhares de competidores em arenas instaladas no Brasil.

Tal prática longeva e culturalmente perpetrada[17] envolve uma polêmica que divide opiniões, em relação à sua admissibilidade social e legal, nos tempos hodiernos, em que se busca garantir eficazmente a tutela dos direito dos animais.

Os defensores da vaquejada invocam que a atividade constitui patrimônio cultural do Nordeste brasileiro, que é uma arte passada de pai para filho e que representa um elemento impactante na economia de algumas cidades da região. Segundo depoimento de Sílvio Valença, presidente da Associação de Criadores de Quarto de Milha - ACQM/PE: "[...] Um levantamento que fizemos mostra que, no Nordeste, as vaquejadas geram cerca de 120 mil empregos diretos e 600 mil indiretos [...] A proibição da atividade geraria um impacto econômico imenso [...][18]". Em outras palavras, há cidades pequeninas que praticamente subsistem da prática da vaquejada.

Por outro lado, um coro polifônico de vozes critica a prática, por envolver flagrantes maus-tratos aos animas. Freitas et al registram que "os bovinos são hoje

---

[14]"Também há em toda vaquejada os responsáveis pela condução da vaquejada como narrador que narra a competição, juiz que julga se o boi valeu ou não, calzeiro que acende as linhas que demarcam os 9 mts para derrubada do boi, curraleiro que cuida da entrada e saída de bois e de vaqueiros, fiscal de pista que cuida da retirada os bois da pista de competição". In: AIRES, Francisco Jânio Filgueira; ASSUNÇÃO, Luiz. *"Sob a Luz da Tradição e do Negócio": Vaqueiros e Patrões nas Vaquejadas Contemporâneas no Rio Grande do Norte-RN*. 2016. p. 06.

[15]Expressões usadas, respectivamente, para designar a marcação de pontos ou quando não houve pontuação.

[16]SALLES, Marina. A tradição da vaquejada. 2014. [Em linha].

[17]"Desequilibrado, o animal cai, com as patas para cima, numa queda completa, triunfal conhecida como mocotó passou. Se depois de derrubada a rês rola no chão, gritam e aplaudem: - Embolou! Quando o vaqueiro não consegue derrubá-lo, fugindo o animal ileso da puxada, recebe vaias, zombarias, batidas de bombo ou pratos, o que é conhecido como botou o boi no mato, ganhou os paus, ganhou a madeira, caiu no marmelo, sumiu na poeira, deu adeus ao rabo. Nesse caso dizem que o vaqueiro levou féde (do verbo feder)". In: GASPAR, Lúcia. *Vaquejada*. 2003. [Em linha].

[18] MONTEIRO, Renata. *Vaquejadas: economia versus defensores dos animais. Defensores da causa animal e entusiastas da vaquejada apresentam argumentos contra e a favor da prática*. 2016. [Em linha].

enclausurados, açoitados e instigados para que corram quando aberto o portão, causando danos psicológicos comparados à tortura, bem como danos físicos sérios quando estão na arena[19]". Bublitz sustenta que na vaquejada são utilizadas as luvas "unha de galo", que sacrificam os animais, pois "possuem pedaços de metal e objetos pontiagudos, para auxiliar a fixação do rabo do boi à mão do vaqueiro, a fim de desequilibrá-lo para que esse caia com as patas voltadas para o céu[20]".

4. ADI Nº 4.983/CE

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, como terceira geração fundamental (viés da solidariedade ou fraternidade), o direito "ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações[21]" (art. 225). Nesta perspectiva, dedica especial proteção à integridade da fauna, ao incumbir ao Poder Público, para os fins de efetivação do versado direito constitucional, o dever de "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" (art. 215, §1º, VII, Constituição Federal/1988[22]).

Em janeiro de 2013, entrou em vigor a Lei Estadual nº 15.299[23], que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado brasileiro do Ceará. O art. 2º da referida lei qualifica a vaquejada como um evento de natureza competitiva, amadora ou profissional, "no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo". O art. 4º. da lei impõe aos organizadores do evento a adoção de medidas protetivas da integridade física dos animais: "[...] §1º O transporte, o trato, o manejo e a montaria do animal utilizado na vaquejada devem ser feitos de forma

[19]FREITAS, Aline; CESNIK, Fábio; BECHER, Gregory. *Vaquejada e rodeio. Patrimônio Cultural. Incongruências e polêmicas sobre o tema dariam um excelente debate nacional*. 2017. [Em linha].

[20]BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. Vaquejadas: tortura ou patrimônio cultural? 2017. [Em linha]. A autora informa outras práticas que são consideradas requintes de crueldade aos animais, pelos ambientalistas: "O ato de tracionar violentamente o boi pelo rabo causa-lhe extrema dor, muitas vezes resultando em lesões internas e externas, por vezes ocorrendo o desenluvamento, nome técnico dado ao arranchamento do rabo (retirada violenta de pele e tecidos da cauda). Ainda, os bois sofrem pelo confinamento prévio por longos períodos, a introdução de pimenta e mostarda em seu ânus, e por choques elétricos que recebem frequentemente". In: MEU BIXANO. *Vaquejadas: Crueldade contra animais*. 2012. [Em linha] apud BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. Op. cit. 2017. [Em linha].

[21] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit. p. 73.

[22] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit. p. 71.

[23] BRASIL. Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013. [Em linha].

adequada para não prejudicar a saúde do mesmo [...] §3º O vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional, deverá ser excluído da prova".

Tendo em vista diversas denúncias de que as vaquejadas são cruéis com os animais e que, além de outros procedimentos danosos, costumam provocar dores e lesões em sua cauda, avultaram os questionamentos se tal lei contraria o disposto no art. 215, §1º, inciso VII da Constituição Federal brasileira. Em outra senda, a vigência da lei estadual cearense, ao valorizar a liberdade de manifestação cultural, é uma hipótese de legitimação inconstitucional de maus tratos e crueldade contra os animais[24]? Em resposta a este questionamento, depreende-se a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4.983, proposta pela Procuradoria-Geral da República contra a Lei cearense nº 15.299/2013.

Na exordial aviada argumenta-se que a combatida lei estadual viola o art. 225, § 1º, VII da Constituição da República, por resultar em danos e crueldade às espécies animais envolvidas na atividade da vaquejada[25]. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal - STF passaram, portanto, a debruçar-se sobre o conflito de normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais, que seja: a colisão do disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII (proteção da fauna) *versus* o contemplado no artigo 215 (proteção das manifestações culturais), ambos da Constituição da República. Destaca-se o Acórdão exarado em 06 de outubro de 2016, em que os Ministros do STF julgaram procedente o pedido formulado na ADIN 4.983/CE e, por maioria, declararam a inconstitucionalidade da Lei nº. 15.299/2013:

[24] Fala-se aqui não somente dos bois, mas também dos cavalos, pois registros apontam que os cavalos que servem aos vaqueiros competidores terminam com a saúde altamente comprometida, padecendo de tendinites e de outros males. In: BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. *Vaquejadas: tortura ou patrimônio cultural*? Op. cit., 2017. [Em linha].

[25] Conforme fundamento na referida petição: "A lei estadual sob análise viola, ademais, o princípio da vedação de retrocesso e a proibição de proteção insuficiente dos bens jurídicos, uma das dimensões do princípio da proporcionalidade. Tal diploma legal não apenas consolida a histórica violação à fauna e à dignidade humana como, ainda pior, lhe dá ares de juridicidade". In: BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI: 4.983 DF, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Data de Julgamento: 06/10/2016, Tribunal Pleno. Data de publicação: 27/04/2017. DJe nº. 87, Divulgado em 26/04/2017. Ata nº 56/2017. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

> VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada[26].

Dos votos que julgaram improcedente o pedido, a fundamentação articulada pelo Ministro Gilmar Mendes cita, dentre outras, a Lei nº. 9.615, de 1998 (Lei Pelé), que "elevou o peão à categoria de desportista", bem como a Lei nº. 4.495/98, que regulamenta" os rodeios (e vaquejada) no País, permitindo o uso de 'sedém' e esporas no rodeio[27]".

Ao enfrentar a colisão dos princípios fundamentais, registra a linha proposta pelo jusfilósofo António Manuel Hespanha, de que a hermenêutica deve ser norteada pelo juízo a respeito da "capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto[28]".

Do voto do Relator Ministro Marco Aurélio Melo, pela procedência do pedido, extrai-se que "o sentido da expressão 'crueldade' constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225, *d*, do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada[29]". Em razão disso, a lei estadual cearense é considerada inquinada pela inconstitucionalidade e na colisão de interesses fundamentais envolvidos, o direito ao meio ambiente pesou mais, sendo que foram juntadas provas técnicas dos danos perpetrados aos animais[30].

---

[26] Idem.

[27] BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI: 4.983 DF, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Data de Julgamento: 06/10/2016, Tribunal Pleno. Data de publicação: 27/04/2017. DJe nº. 87, Divulgado em 26/04/2017. Ata nº 56/2017. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

[28] Idem.

[29] Ibidem.

[30] Na ADI nº. 1856 o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual Fluminense nº. 2.895/98, que legalizava a rinha de galos e, em outro julgamento, já vedou a "farra do boi", todas quantas consideradas práticas culturais crudelíssimas aos animais, ou seja, práticas que discrepam da norma constitucional de proteção ao meio ambiente. Sobre este ponto, cf. GORDILHO, Heron José de Santana; MOURA, Judy Cerqueira - *Direito animal e a instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil*. 2017. pp. 825-848.

5. Ativismo congressual e efeito *backlash*

Em 29 de novembro de 2016, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei nº. 13.364, que "eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial[31]". Destaca-se ainda a aprovação da Emenda Constitucional – EC nº 96/2017[32], que acrescenta o parágrafo 7º ao art. 225 da Constituição Federal, com o seguinte texto:

> Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Dessa forma, a vaquejada pode ser categorizada como prática desportiva que se enquadra como manifestação cultural. Trata-se de autorizativo constitucional para que as Associações se aparelhem para o processo administrativo do registro da prática como bem imaterial do patrimônio cultural brasileiro. Tal perspectiva impactante traduz um ativismo congressual e uma reação legislativa contra a decisão do Tribunal Pleno, "com o escopo de cessar definitivamente qualquer questionamento relativo à vaquejada, buscando desautorizar a decisão do Supremo, tornando-a inaplicável[33]".

Trata-se do efeito *backlash* da Jurisdição Constitucional, tratado pela doutrina como o efeito político, social ou institucional a uma decisão jurisdicional[34]. Em outras palavras, o *backlash* equivale a uma reação negativa (popular, institucional) contra determinada decisão, típica do Constitucionalismo Democrático.

A título de contraofensiva, em 13 de junho de 2017, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5.728, com o objetivo de questionar a Emenda Constitucional nº. 96/2017, por manifesta violação a normas constitucionais[35], para

---

[31] BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. [Em linha].

[32] Durante o trâmite congressual, a proposta de emenda constitucional – PEC foi popularizada como "a PEC da Vaquejada".

[33] A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 96 E A REGULAMENTAÇÃO DA VAQUEJADA. 2017. [Em linha].

[34] Sobre os prolegômenos da questão *backlash*, vide o *case Brown v. Board of Education*, julgado em 1954 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América. In: FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do Estado no Judiciário Brasileiro: direito e política em processo*. 2015. pp. 09-12.

[35] "Na ação, a entidade alega que a EC 96/2017 afrontou o núcleo essencial do direito ao meio

resolver, a partir de contrarreação, a declaração de inconstitucionalidade da lei cearense que legalizou a vaquejada, em 2016.

Na petição inicial, dentre outros elementos de fundamentação já aventados, invocou-se o princípio da proibição do retrocesso social[36], como impeditivo constitucional de direitos e garantias. Desta feita, a doutrina compreende tal princípio de forma prática, que seja: o dever de o Estado garantir a efetividade de um direito social prestacional já reconhecido; "assume não só o dever de torná-los efetivos, mas também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar _ mediante supressão total ou parcial _ os direitos sociais já concretizados".

Questiona-se, nesta fase: a Emenda Constitucional nº. 96/2017 representa um retrocesso social e uma supressão de direitos aos cidadãos, no que tange ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Acredita-se que ao julgar a ADI nº 5728, o STF deverá enfrentar tal ponto, levando em conta se tratar de "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, *caput*, Constituição Federal), relacionado a dever prestacional e transgeracional do Poder Público[37] e especificamente de questões

ambiente equilibrado, na modalidade da proibição de submissão de animais a tratamento cruel, previsto no artigo 225 (parágrafo 1º, inciso VII) da Constituição Federal. Sustenta que a norma ofende também o artigo 60 (parágrafo 4º, inciso IV), segundo a qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas, entre as quais, conforme sustenta, se encontra o direito fundamental de proteção aos animais. As decisões do Supremo que julgaram inconstitucionais leis sobre brigas de galo e vaquejada foram citadas como precedentes importantes sobre o tema, consideradas pela Corte atividades intrinsecamente violentas e cruéis com os animais. O Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal pede a concessão de liminar para suspender a eficácia da norma. No mérito, que seja declarada a inconstitucionalidade da EC 96/2017". In: ADI QUESTIONA EMENTA CONSTITUCIONAL QUE PERMITE A PRÁTICA DE VAQUEJADA. 2017. [Em linha].

[36] Nesta perspectiva, uma sociedade comprometida com o desenvolvimento sustentável deve compatibilizar as práticas culturais com a proteção ambiental, sob pena de cometer retrocessos: "Não se desconhece que os rodeios e as vaquejadas são manifestações presentes há tempos na sociedade brasileira. Entretanto, a ancianidade das manifestações, que açambarcam variados tipos de produção humana, não serve, solitariamente, como fundamento para a sua perpetuidade. Os tempos mudam, os valores se alteram, e nem tudo que era tolerado ou admitido em épocas passadas deve ser conservado hodiernamente. Na Inglaterra, por exemplo, em 18 de fevereiro de 2005 entrou em vigor a lei batizada de The Hunting Act, que proíbe caçar raposas, renas e lebres, uma prática que era cultivada há mais de 300 anos pela alta sociedade britânica e que tinha entre seus fãs nomes como o príncipe Charles e sua mulher, Camilla Parker Bowles". In: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza - *Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional.* 2016. [Em linha].

[37] "Tendo em vista que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito que comporta as duas dimensões (a individual e a social), a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI 4983 representou uma conquista já alcançada pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, que não pode ser desconstituída. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 96 corresponde a uma ulterior redução ou supressão desses direitos pelo Estado". In TEIXEIRA, Mateus - *Entidade de defesa dos animais questiona emenda de vaquejada no Supremo*. 2017. [Em linha].

já rigorosamente debatidas em senda anterior.

Há quem possa considerar, no contexto dialógico entre as decisões das Cortes Constitucionais e os anseios da sociedade, alguns efeitos positivos do *backlash*, exatamente pela possibilidade de se promover a solidariedade constitucional e de se revigorar a legitimidade democrática da interpretação constitucional[38]. Por outro lado, muitos ambientalistas e juristas entendem que o efeito *backlash* do caso "vaquejada" não foi sustentado por anseios sociais e sim pela judicialização da política, pautada em interesses econômicos de pecuaristas e para alimentar o jogo partidário, também protagonizado pela bancada ruralista.

6. Conclusão

A título de considerações finais, tem-se que:

1. A Constituição Federal de 1988 é um *locus* de cidadania, a medida em que salvaguarda o exercício do patrimônio cultural, material e imaterial.

2. A vigência da Lei Estadual nº. 15.299/2013, regulamentadora da vaquejada como prática esportiva e cultural no Ceará, inaugurou uma ampla discussão jurídica, que culminou com a ADI nº. 4.983/2013, que declarou a inconstitucionalidade daquela lei cearense.

3. *Incontinenti*, em efeito *backlash*, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei nº. 13.384/2016 e a EC nº. 96/2017. Em contra-ataque, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal aviou a ADI nº. 5728, para questionar a constitucionalidade da EC nº. 96/2017.

4. Tal inconstitucionalidade parece ser flagrante e será decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI nº. 4.983 o STF já discutiu com exaustão e rigor que as práticas da vaqueajada são prejudiciais aos animais envolvidos. Na ordem constitucional vigente, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, resguardado às presentes e futuras gerações, atua como fundamento jurídico para que práticas cruéis e lesivas não sejam desferidas aos animais. Assim sendo, valorizar a liberdade de manifestação cultural, mesmo sendo ela considerada uma espécie de desporto diferenciado, uma expressão ou um saber regional, é uma hipótese de legitimação inconstitucional dos maus tratos e da crueldade contra os animais, que não deve ser

[38] É esse o discurso de Maria Eugênia Bunchaft, em Constitucionalismo democrático *versus* minimalismo judicial. 2011. pp. 160-161: "[...] defendemos que a sensibilidade do direito constitucional à opinião popular potencializa a sua legitimidade democrática. É justamente a possibilidade de o povo delinear "sentidos constitucionais", que explica porque a Constituição inspira lealdade aos cidadãos, ainda que determinadas interpretações constitucionais não prevaleçam em decisões judiciais específicas".

referendada. É dizer, manter o verniza da constitucionalidade pode, de fato, significar a violação do princípio da proibição do retrocesso social, à custa dos direitos fundamentais e dos animais.

5. Por fim, o caso sob discussão nos convida a outras reflexões, a respeito dos efeitos supostamente deletérios do ativismo congressual para atacar as decisões da Corte Constitucional.

Referências

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 96 E A REGULAMENTAÇÃO DA VAQUEJADA. Direito Dário. *Jusbrasil*. [Em linha]. Publicado em 01 jul. 2017. [Consult. 21 fev. 2018]. Disponível em <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/474176513/a-emenda-constitucional-n-96-e-a-regulamentacao-da-vaquejada>

AIRES, Francisco Jânio Filgueira; ASSUNÇÃO, Luiz. In "Sob a Luz da Tradição e do Negócio": Vaqueiros e Patrões nas Vaquejadas Contemporâneas no Rio Grande do Norte-RN. *Trabalho apresentado na 30ª Reunião Brasileira de Antropologia*, 03-06, João Pessoa/PB, agosto de 2016, p. 01-22 - [Anais]. [Em linha]. [Consult. 21 jan. 2018]. Disponível em < http://www.30rba.abant.org.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNToiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjQ6IjI4MDQiO30iO3M6MToiaCI7czozMjoiZjdlMzNlN2Q5M2MyYzBmNjE1N2FlYTBmN2ExMGQyN2IiO30%3D>.

BENS IMATERIAIS REGISTRADOS E ÁREAS DE ABRANGÊNCIA. Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. [s.d.]. [Em linha]. Acedido em 17 jan. de 2018, em <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista_Bens_Registrados_por_estado_2017.pdf>.

BUBLITZ, Bárbara Grigorieff. Vaquejadas: tortura ou patrimônio cultural? *Jusbrasil*. [Em linha]. (03 mar. 2017). [Consult. 16 jan. 2018]. Disponível em < https://barbaragbublitz.jusbrasil.com.br/artigos/435540986/vaquejadas-tortura-ou-patrimonio-cultural>. Acesso e 16 jan. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21-192-6.

BRASIL. Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016. *Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial*. [Em linha]. Publicada no Diário Oficial da União - DOU em 30.11.2016. [Consult. 21 jan. 2018]. Disponível

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>.

BRASIL. Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013. *Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará*. [Em linha]. Publicada no Diário Oficial - DO em 15.01.2013. [Consut. 17 jan. 2018]. Disponível em <https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis2013/15299.htm.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI: 4.983 DF, Relator: Ministro Marco Aurélio Melo, Data de Julgamento: 06/10/2016, Tribunal Pleno. Data de publicação: 27/04/2017. DJe nº. 87, Divulgado em 26/04/2017. Ata nº 56/2017. [Em linha]. [Consult. 20 jan. 2018]. Disponível em < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4983&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

BUNCHAFT, Maria Eugênia – Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. [Em linha]. Nº. 38 (2011), p. 154-180. [Consult. 28 fev. 2018]. Disponível em < http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/189>. ISSN 1516-6104.

FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do Estado no Judiciário Brasileiro: direito e política em processo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015. 274f. Tese de Doutoramento em Direito.

FREITAS, Aline; CESNIK, Fábio; BECHER, Gregory. Vaquejada e rodeio. Patrimônio Cultural. Incongruências e polêmicas sobre o tema dariam um excelente debate nacional. *O Estado de São Paulo*. [Em linha]. São Paulo. (21 jan. 2017). [Consult. 16 jan. 2018]. Disponível em < http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,vaquejada-e-rodeio-patrimonio-cultural,70001636355>.

GASPAR, Lúcia. Vaquejada. *Pesquisa Escolar Online*. Fundação Joaquim Nabuco. [Em linha]. Recife. (3 jul. 2003). [Consult. 24 jan. 2018]. Disponível em <http://basilio.fundaj.gov.br/pesquisaescolar/>. Acesso em: 16 jan. 2018.

GORDILHO, Heron José de Santana; MOURA, Judy Cerqueira. Direito animal e a instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*. Lisboa, Ano 3, nº 5, p. 825-848, 2017. ISSN 2183-539X. 2018/02.

HOLDER, Julianne; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Proteção à identidade indígena e quilombola: uma análise à luz do multiculturalismo e da abertura constitucional. *Revista Constituição e garantia de direitos*. [Em linha]. [s.l.], v. 4, n. 2, p. 01-26, 2011. [Consult. 16 jan. 2018]. Disponível em <www.https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/

4359/3558>. ISSN 1982-310X.

MEDRADO, Joana. *Terra, laço e moirão": relações de trabalho e cultura política na pecuária (Geremoabo, 1880-1900)*. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2008. 179f. Dissertação de Mestrado em História.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Lei que reconhece a vaquejada como patrimônio cultural é inconstitucional. Ambiente Jurídico. Revista *Consultor Jurídico*. [Em linha]. Publicado em 17 dez. 2016. [Consult. 22 jan. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>.

MIRANDA, Tatiana da Costa. *Relíquias da nação: a proteção de coleções e acervos no patrimônio (1937-1979)*. 2011. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. 164 f. Dissertação de Mestrado Acadêmico em História, Política e Bens Culturais.

MONTEIRO, Edimar. *Rimas de Vaquejada*. Blog dos Cordeis. [Em linha]. Publicado em 06, jun. 2016. [Consult. 16 jan. 2018]. Disponível em <http://edimarcordel.blogspot.com.br/2016/07/rimas-de-vaquejada.html>.

MONTEIRO, Renata. Vaquejadas: economia versus defensores dos animais. Defensores da causa animal e entusiastas da vaquejada apresentam argumentos contra e a favor da prática. *Jornal do Comércio*. [Em linha]. São Paulo. (15 out. 2016) [Consult. 17 jan. 2018]. Disponível em < http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2016/10/15/vaquejadas-economia-versus-defensores-dos-animais-256793.php>.

PEREIRA, Renan Martins. *Agilidade e prestígio no Sertão de Pernambuco: as relações ecológicas entre vaqueiros, cavalos, bois e caatinga nas competições de pega de boi no mato*. Trabalho relacionado à pesquisa de mestrado financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científica e Tecnológico, Ano 2015, p. 01-17. [Em linha]. [Consult. 10 jan. 2018]. Disponível em <http://www.evento.ufal.br/anaisreaabanne/gts_download/Renan%20Martins%20Pereira%20-%201020428%20-%203667%20-%20corrigido.pdf>. Acesso em 18 jan. 2018.

SALLES, Marina. A tradição da vaquejada. *Globo Rural*. [Em linha]. São Paulo, 11 dez. 2014. [Consult. 15 jan. 2018]. Disponível em < http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Cultura/noticia/2014/12/tradicao-da-vaquejada.html>.

TAPETY, Audrey Freitas. *"O vaqueiro no Piauí": representações e práticas socioculturais (1960 a 2000)*. Terezinha: Universidade Federal do Pauí, 2007. 107f. Dissertação de Mestrado em História do Brasil.

TEIXEIRA, Mateus. Entidade de defesa dos animais questiona emenda de vaquejada no Supremo. *Consultor Jurídico*. [Em linha]. Publicado em 19 jun. 2017. [Consult.

22 fev. 2018]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-19/entidade-defesa-animais-stf-pec-vaquejada>.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial*. Paris, 17 de outubro de 2003. In: Textos básicos da Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial de 2003. Edição 2014. [Em linha]. [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em < http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/igo/>.

_____ A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ. *Istoé***.** [Em linha]. São Paulo. Edição 2514 23.02 (21 nov. 2011). [Consult. 20 jan. 2018]. Disponível em <https://istoe.com.br/161883_A+CONSTITUICAO+CIDADA/ >.

_____ ADI QUESTIONA EMENTA CONSTITUCIONAL QUE PERMITE A PRÁTICA DE VAQUEJADA. *Notícias STF*. [Em linha]. Supremo Tribunal Federal. [Consult. 23 fev. 2018]. Publicado em 03.07.2017. Disponível em < http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=348571>.

_____ BENS IMATERIAIS REGISTRADOS E ÁREAS DE ABRANGÊNCIA. *Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional*. [s.d.]. [Em linha]. [Consult. 18 jan. 2018]. Disponível em <http:// portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista_Bens_Registrados_por_ estado_2017.pdf > .

_____ MEU BIXANO. *Vaquejadas: Crueldade contra animais*. [s.d.]. [Em linha]. (Maio 2012). [Consult. 28 jan. 2018]. Disponível em <http://meubixano.blogspot.com.br/2012/05/vaquejadas-crueldade-contra-animais.html>.

_____PATRIMÔNIO IMATERIAL. Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional. *Inventário Nacional de Referências Culturais*. [s.d.]. Acedido em 16 jan. de 2018, em http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/234.

CRIMINALIZAÇÃO DE DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS

Valdênia Brito Monteiro[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A Visibilidade da Criminalização; 3. Quem são os Defensores de Direitos Humanos?; 4. À Guisa de Conclusão.

1. Introdução

A instalação da lógica neoliberal trouxe modificações nas relações do trabalho, provocando desemprego estrutural e acirramento das desigualdades sociais. Essa lógica, cada vez mais, eleva o *apartheid* entre ricos e pobres, e o processo de criminalização é um dos aspectos da política de controle social para conter uma quantidade de pessoas excluídas do direito de viver com dignidade. Expressa Wacquant (2004, p. 4):

> [...] a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século.

O Brasil está entre os dez países do mundo com o maior Produto Interno Bruto (PIB), entretanto é o décimo país com o maior índice de desigualdade social (saúde, educação, segurança etc.) e econômica (má distribuição de renda do mundo), e o quarto país mais desigual da América Latina, segundo dados do Relatório de Desenvolvimento Humano RDH, elaborado pelas Nações Unidas (2017).

A desigualdade social é uma das consequências da má distribuição de renda, o que se expressa pela pobreza, miséria, desemprego, violência, entre outras. Destaca-se ainda que a desigualdade também se caracteriza pela questão racial (negro, branco, amarelo, pardo) e de gênero, desigualdade entre os sexos (homens e mulheres).

O relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD, 2010) aponta o Brasil como o terceiro pior índice de desigualdade no mundo. Quanto à distância entre pobres e ricos, nosso país empata com o Equador, ficando atrás da Bolívia, Haiti, Madagascar, Camarões, Tailândia e África do Sul.

Em outro índice, ele é o 11º país com maior taxa de homicídios do mundo, segundo dados da Organização Mundial da Saúde - OMS (2016) - que alerta para a

---

[1] Doutoranda pela 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 da Unicap. valdeniabrito@yahoo.com.br

epidemia dos homicídios. Avalia-se que 475 mil pessoas sejam assassinadas por ano. Desse total, 80% são homens. A taxa no Brasil é de 32,4 homicídios para cada 100 mil pessoas, aproximando-se da África do Sul, com 35,7; e Colômbia, com 43,9. Na liderança do ranking está Honduras, com 103,9 homicídios para cada 100 mil pessoas, seguida da Venezuela, com 57,6.

Apesar de a população pobre não ser responsável pelas desigualdades sociais e pelos seus efeitos, é para essas pessoas que a manutenção da ordem está destinada. Estabelece-se uma relação entre "pobreza" e "classes perigosas", distinguindo-as do resto da sociedade e rotulando como mera fonte de delito, e "insegurança", "delito" e "pobreza", e se constrói um imaginário social de evidência do medo do outro. Como consequência das políticas de exclusão social e de precarização de todos os planos da vida, produzem-se novos fenômenos nas relações sociais. O medo "do outro" é um dos dados "organizadores" dessas relações de desigualdade, desconfiança e diluição das solidariedades (LONGO; KOROL, 2008, p. 47).

Perseguir pobres e defensores de direitos humanos – atores sociais/líderes/ativistas de movimentos sociais–, "etiquetando-os" como marginais, subversivos e contra a ordem estabelecida, é a maneira encontrada de tentar neutralizá-los ou impedi-los de atuar em defesa dos ideais em que acreditam.

Nesse contexto, a mídia tem sido grande parceira do sistema, pois sua tese é desqualificar pessoas comprometidas com os direitos humanos e reforçar o imaginário social de que a pobreza tem relação com o território de crime. "[...] Os mais pobres têm sido alvo de ações muito repressivas e de extrema visibilidade midiática, quando cometem algum tipo violência, em detrimento das situações das quais são vítimas, pois tais contextos, de forma geral, são naturalizados e banalizados" (BARROS; MOREIRA; DUARTE, 2008, p. 141).

> A partir dos meios de comunicação e de vozes oficiais do poder, se produz uma forte desqualificação do protesto social, o que promove sua ilegitimidade social. O resultado é outro mecanismo fundamental, a mudança das figuras penais empregadas nos processos dos militantes, utilizada pelo sistema judicial para evitar as libertações. Assim, o castigo se produz já no próprio processo. O trânsito pelas torturas nas delegacias e nas cadeias faz parte do dispositivo de criminalização da manifestação política e se tornou uma enorme pressão sobre as organizações sociais. (KOROL, 2008, p. 12)

Os meios de comunicação, considerados conservadores, apresentam uma retórica de justificação para a população de que os defensores/ativistas não têm nenhuma preocupação com o cidadão comum, no que diz respeito aos seus direitos violados e que muitos incitam à desordem. O discurso comum e estigmatizante, principalmente o apresentado pela mídia, é de insinuar que os ativistas têm motivações políticas, criando um imaginário negativo desses atores sociais para a população. A influência dá-se na desqualificação, ou ainda, na "satanização" de suas ações, responsabilizando-os pela intransigência, intolerância e violência. Em outros termos,

como uma ameaça à ordem social e, muitas vezes, como um problema de segurança nacional.

Não se pode esquecer de que eles são veículos de transmissão de ideologia da classe dominante. É uma das responsáveis por fomentar a campanha de "lei e ordem" que tem como concepção a necessidade de mais pena, mais punição, como forma de controle da criminalidade. A atividade é realizada a partir do maniqueísmo, pela construção de estereótipo do "criminoso". Como consequência imediata, a população sente-se insegura e com medo e exige reformas penais mais severas, como mais polícia e mais repressão. Por sua vez, pensar em controle social a partir de mais leis penais torna-se mais barato para o Estado do que realizar políticas públicas preventivas.

Nesse sentido, a mídia torna-se um espaço ideal para a propagação do medo social, ou seja, a partir do discurso criminalizador, vai construindo "verdades" para a população sobre a violência, a criminalidade, os defensores de direitos, entre outras.

> A estigmatização de pessoas, grupos, comportamentos e situações ao lado da consequente criminalização dos mesmos opera-se de forma privilegiada com o "auxílio" da mídia, que embora desenvolva uma função importante para a efetivação da democracia, frequentemente se coloca no papel de fomentadora de uma criminalidade que não raras vezes é por ela mesma incitada e forçada à normatização. (FOSCARINI, 2011)

Cervini (1994, p. 54), analisando as legislações brasileira, argentina e uruguaia, expõe: "quase a totalidade de normas ultimamente promulgadas, ou em vias de, que criminalizam novas condutas ou incrementam penas, foram ou são sistematicamente precedidas e acompanhadas de intensas campanhas dos *mass media*". Batista (2009, p. 23), por sua vez, expressa que a mídia cumpre um papel central na criação de consensos, os quais permitem a criminalização dos defensores de direitos humanos e dos movimentos sociais. Já Silveira (2010, p. 34) afirma que a influência da mídia sobre a produção legislativa penal é interpretada de forma ainda mais negativa – tornamos a dizê-lo –, quando a lei parece ter sido encomendada para responder a um caso concreto ou a uma sequência de matérias jornalísticas.

Impedir as lutas por reconhecimento de direitos é querer erradicar a dimensão política dos defensores de direitos humanos. E o etiquetamento dá-se, justamente, imputando uma conduta criminosa.

2. A Visibilidade da Criminalização

O termo criminalização é eminentemente normativo e do âmbito do Direito Penal. Cabe ao Estado o ato de criminalizar, seja quando o Legislativo cria as leis repressivas, seja pela ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, realizada por outros atores do sistema penal (atuação da Polícia, Ministério Público e Poder

Judiciários etc.). O vocábulo será usado de forma mais abrangente, para demostrar como se dá o processo de seleção a partir de forças paraestatais e pela grande mídia, quando executam a "operacionalidade estigmatizante do sistema, isto é, quando rotula, etiqueta algumas pessoas" (ZAFFARONI, 2003). Para a Criminologia Crítica é a chamada seletividade real. Os atores do sistema penal têm um grau de discricionariedade e operam a partir de crenças de visões de mundo, estabelecendo, assim, padrões de atuações. O processo de criminalização dá-se:

> Por um conjunto de atos e omissões que resultam na imputação indevida de crimes ou condutas ilegais a defensores (as) de direitos humanos e/ou às suas organizações. Isso ocorre através de procedimentos administrativos, judiciais ou policiais, em função das atividades de defesa e promoção de direitos humanos que estes defensores e movimentos desenvolvem. Essa criminalização é praticada pelas instituições que compõem os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, e é fomentada pelos grandes meios de comunicação. (PROCESSO DE ARTICULAÇÃO E DIÁLOGO, 2011, p. 7)

. O fato é que a criminalização é um processo desigual e é verificável a partir das pessoas criminalizadas. Zaffaroni (2006, p. 133) expressa que o processo de criminalização na América Latina se orienta pelo condicionamento, pela estigmatização e pela morte.

Para Castro (1981), o sistema de classes influi nos processos de criminalização. Três são as vias habituais para fazê-lo:

> 1. Criminalizam-se condutas que pertencem, preferentemente, à maneira e às condutas de vida dos setores marginais;
> 2. Criminalizam-se indivíduos, preferentemente, pertencentes a estes setores, assim como os que pertencem a grupos subculturais desprovidos de poder quando a polícia dirige sua atenção e seus recursos, precisamente, para esses indivíduos;
> 3. Outra forma de criminalização ocorre através do tipo de tratamento ou de sanção selecionada. (CASTRO, 1981, p. 12)

As estatísticas mostram que há um tratamento diferenciado para ricos e pobres quanto à criminalização. Os grupos mais vulneráveis, tendo em vista sua condição de classe, gênero, raça, geração, etnia, são frequentemente vítimas da violência estrutural. São excluídos dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, como também são identificados como "supostos" criminosos. De acordo com Nilo Batista (2009), enfocando o modelo neoliberal:

> [...]o foco do controle social penal se desloca das chamadas classes perigosas para os excluídos, para essa legião de pessoas humanas que se defrontaram com as grades intransponíveis que a racionalidade do mercado construiu ao redor do alegre condomínio no qual residem as novas acumulações de riqueza[..] minar os campos por onde se movimentam os excluídos, para que a cada passo mais afoito explodan-lhes um delito aos pés[...].

Há um estereótipo de que moradores da favela são responsáveis pela violência desenfreada, o que tem justificado, cada vez mais, uma política de segurança violadora de direitos fundamentais. Ser morador de favela sofre dupla vitimização: vítima do sistema de segurança e de organizações criminosas que controlam os bairros pobres, em razão da ausência de políticas públicas.

La violencia estructural es aquella que en la que se manifiesta tanto la desigualdad como la represión. Es, además, una violencia legalizada que se corresponde con las injusticias estructurales: económicas, sociales, por discriminación sexual y racial, de desigualdad de oportunidades, de arginación, de hambre y de pobreza, y de violación a derechos humanos. Es estructural porque al reproducir las estructuras sociales injustas y sus conflictos, reproduce la desigualdade del orden social institucional y legal existente. (JOLY, 2010, p. 11)[2]

Zaffaroni (2007. p.77) expõe que "os políticos - presos na essência competitiva de sua atividade - deixam de buscar o melhor para preocupar-se apenas com o que pode ser transmitido de melhor e aumentar sua clientela eleitoral". Pode-se afirmar que o populismo penal dá mais voto que um discurso comprometido sobre o real sentido de controle de criminalidade, tendo como base os direitos humanos.

Por sua vez, o Poder Judiciário, como parte do sistema punitivo, não fica ileso desse contexto de criminalização. Ele não é neutro nas suas decisões. Muitos juízes acreditam no eficientismo penal. Neste sentido, maior criminalização para setores vulneráveis e atores sociais que lutam por direitos. Zaffaroni (2006), falando sobre o papel dos juízes de limitar o poder punitivo, explicita que, no curso da História, muitas vezes, o Judiciário traiu sua função. Na medida em que os juízes tornam-se menos juízes, a sociedade é levada a suportar um estado policial em que não há juízes, mas policiais fantasiados de juízes.

3. Quem são os Defensores de Direitos Humanos?

Durante as comemorações dos 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1998, as Nações Unidas reconheceram, enfaticamente, que era necessário proteger aqueles que se tornam o suporte fundamental para a efetivação desses direitos: os Defensores dos Direitos Humanos. Por isso, em 9 de dezembro de 1998, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 53/144 como a Declaração dos Direitos e

[2] "A violência estrutural é aquela em que se manifesta a desigualdade e a repressão. É, também, uma violência legalizada que se corresponde com as injustiças estruturais: econômicas, sociais, por discriminação sexual e racial, desigualdade de oportunidades, de marginalização, de fome e pobreza, e de violação aos direitos humanos. É estrutural porque ao reproduzir as estruturas sociais injustas e seus conflitos, reproduz a desigualdade de ordem social institucional e legal existente." (Tradução livre).

Responsabilidades dos Indivíduos, Grupos e Órgãos da Sociedade para Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Individuais Universalmente Reconhecidos.

Os Defensores dos Direitos Humanos são pessoas que se dedicam à árdua tarefa de lutar, incansavelmente, pela ética, democracia, valores humanitários, justiça social, observando e clamando pelos compromissos firmados, internacionalmente, em Direitos Humanos. Em outras palavras, os defensores são homens e mulheres que, individual ou coletivamente, atuam na luta pela igualdade em matéria de gênero, de raça e da orientação sexual, pela proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais entre outros.

Os defensores, aqui denominados ativistas sociais, são atores, participantes ou não de movimentos ou organizações não governamentais, que se definem em função de suas ações de defesa e proteção dos direitos humanos. Assim, a natureza jurídica do trabalho é de caráter humanitário e político. Este papel político é o de monitorar o Estado, exigindo o cumprimento dos direitos fundamentais. O defensor se torna um guardião e denunciante crítico de práticas políticas oficiais em matéria de direitos humanos.

No caso da criminalização aos defensores de direitos humanos, pressupõe-se o combate ao ideário organizativo: as lutas para reduzir a pobreza, a proteção e a defesa de grupos vulneráveis. Enfim, a luta pela emancipação social. Por isso, a pena aplicada a um defensor é a forma de acabar com a dimensão política da atividade exercida.

> [...] o esforço para limitar a ação desses movimentos e agentes, e reprimi-los, não se pode dissociar do conteúdo mesmo de suas reivindicações, tendo seus adversários gerado um esforço em diversos âmbitos, em particular acadêmico e de mídia, no sentido de descaracterizar, ridicularizar e estigmatizar suas teses, demandas e práticas. (FON FILHO, 2008, p. 90)

Os processos de criminalização da pobreza, em geral, são diferentes, instalam-se em meio ao caos do desordenamento urbano, da miséria e degradação humana, ou sobre os atos espontâneos de revolta e reivindicação das camadas mais pobres (ADISSI, 2011, p.51).

Para Leão (2008), são três grandes tipos de violações colocadas em prática de forma disseminada contra defensores e movimentos sociais: a vitimização, a difamação e a criminalização. A vitimização envolve violências praticadas contra essas pessoas, caracterizadas, principalmente, por homicídios e ameaças. A difamação consiste em ações e campanhas dirigidas contra a imagem e reputação dessas lideranças, na tentativa de minar a credibilidade. A criminalização atribui, indevidamente, condutas ilícitas e promove procedimentos visando a atingir a imagem, liberdade e atuação dessas pessoas e organizações.

A criação do imaginário negativo passa pela desqualificação das ações dos defensores, responsabilizando-os pela intransigência, intolerância e violência. A criminalização das suas atividades é, portanto, um obstáculo ao livre exercício dos

direitos humanos, em virtude da natureza dos danos que vêm com o início de um processo penal contra os referidos ativistas, com o fim de etiquetá-los, publicamente, como "inimigos do Estado" ou subversivos da ordem. No caso Latino-americano e Caribe, os defensores têm sido assassinados, desaparecidos, torturados, ameaçados, tendo em vista o trabalho em prol da justiça e dos direitos humanos.

Para Fillipo (2011), a criminalização dos ativistas dos movimentos sociais envolve, em geral, dois aspectos centrais: a) a criminalização do protesto e da vida cotidiana da periferia; b) a associação da luta organizada como ameaça à sociedade e ao *status quo*, e não mais como direito.

A criminalização se inicia quando se desqualifica as ações com falsas acusações aos defensores e, ao mesmo tempo passa para a sociedade que eles são responsáveis pela violência e pela desordem social. A intimidação é uma das formas de desqualificação.

Na história brasileira, a pobreza sempre foi criminalizada pela elite - o chamado medo branco-, como também pelas suas formas de organização política. A criminalização da pobreza é também uma criminalização de classe. Para Malaguti Batista (2005), as classes dominantes sempre se utilizaram do medo como estratégia para acabar com as forças populares. "O tipo de ordenamento introduzido pela escravidão em nossa formação socioeconômica não foi abalado nem pelo fim da escravidão, nem pela República, nem na 'transição democrática', com o fim da ditadura militar implantada após o golpe de 1964" (MALAGUTI BATISTA 2005, p.369).

> Neste sentido, ao longo de todo o processo de desenvolvimento das relações capitalistas no país, as organizações da sociedade civil se mostraram como grandes ameaças à ordem estabelecida e foram consideradas perigosas, do ponto de vista do Estado, para todo o resto da população. É pautado por esse pensamento que o Estado brasileiro construirá meios cada vez mais determinados de coibir, ignorar, cooptar, reprimir e controlar as formas de organização da sociedade civil e suas formas de reivindicação, protesto e manifestação, desde a mais débil à mais bem estruturada das organizações, das mais pontuais às mais articuladas das manifestações. (BRUZIGUESSI & BEZERRA, 2010, p. 51)

A criminalização da pobreza e de defensores compromete o Estado Democrático de Direito, pois o Direito Penal deve levar em consideração a conduta ilícita praticada por qualquer agente e não quem é o autor do fato. O Direito Penal do inimigo reforça quem é o autor da conduta, denominado Estado Penal (submetidos ao arbítrio de quem manda), sempre em busca do inimigo que é visto como pessoa inferior e que não deve garantir direitos fundamentais. A figura do "inimigo" reforça a periculosidade iminente e a concepção de que se deve "realizar uma guerra" preventiva.

Assim, a criminalização da pobreza e dos defensores de direitos humanos, a partir de um giro cada vez autoritário e do eficientismo penal, leva a debilidade dos mesmos

direitos, das garantias democráticas e do empobrecimento da política e, consequentemente, da construção democrática de espaços de participação.

É importante observar o deslocamento da criminalização feita aos defensores de direitos humanos. No período da ditadura militar (1964-1985), eles foram tachados de subversivos, "suspeitos ou inimigos do país", e a forma como os representantes do Estado realizavam o trabalho sujo era torturando-os ou matando-os.

> [...] qualquer forma de contestação, até mesmo a que pretende promover mudanças positivas, é vista com suspeição pelo Estado. Desta forma, assim como a pobreza é criminalizada, com implicações graves no que diz respeito à violência contra pobres, assim também é a luta travada pelos defensores dos direitos humanos [...]. Seja por atos ou omissões, a polícia, os guardas e até mesmo o sistema judiciário estão implicados na violência contra defensores de direitos humanos (OMCT, 2009, p. 60-61).

Como diz Chauí (1982), a democracia não se resume aos pleitos eleitorais e partidos políticos, também se estende ao exercício da participação e mobilização social. Nesse sentido, torna-se importante, para a efetiva democracia e respeito aos direitos humanos que as organizações sociais que limitam o Poder do Estado, um contra poder na luta por reconhecimento de direitos.

> En este contexto, las organizaciones de DDHH templadas en la lucha por la justicia y la verdad, tienen una nueva tarea, cual es la promoción efectiva de derechos en los sectores vulnerables. [...] Si el Estado no avanza en esa dirección no hay que sentarse a esperar o indignarse cada vez ante cada una de las situaciones problemáticas protagonizadas por la agencia policial. A las organizaciones de DDHH, conjuntamente con las organizaciones sociales (de trabajadores, desocupados y campesinos) les toca desarrollar estrategias que – primero – permitan visualizar estas prácticas, para luego ponerlas en crisis, es decir, empezarlas a discutir en distintos lugares, sea en los foros públicos, en los despachos de los funcionarios, o en los tribunales internacionales o locales. (RODRÍGUEZ, 2007, p. 4)[3]

Quanto às pessoas de classe média e alta (que representam certa hegemonia social) correm menos risco de serem punidas; há certa imunização. Esse grupo que comete crimes de "colarinho branco" estaria no ranking da "cifra dourada", que concerne à criminalidade definida como "abuso de poder" (econômico e político), que, raramente,

[3] "Nesse contexto, as organizações de DDHH empenhadas na luta pela justiça e pela verdade têm uma nova tarefa, que é a promoção efetiva de direitos nos setores vulneráveis. [...] Se o Estado não avança nessa direção, não tem de sentar-se a esperar ou indignar-se cada vez diante de cada uma das situações problemáticas encenadas pela polícia. Às organizações de DDHH e às organizações sociais (de trabalhadores, desempregados e camponeses) cabe, em conjunto, desenvolver estratégias que – primeiro – permitam visualizar essas práticas, e em seguida discutir em diversos locais, seja em fóruns públicos, escritório dos funcionários, seja nos tribunais internacionais ou locais." (Tradução livre).

aparece nas estatísticas criminais e, quando identificados, não são solucionados.

Quando se fala no encarceramento de pessoas comuns, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, constam do último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) que a população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas, em dezembro de 2014. O perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. Destaca-se que o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são provisórios, ou seja, não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição.

Esses dados mostram, claramente, a política de encarceramento. Wacquant (2004), ao expor sobre a insegurança criminal no Brasil, chama atenção para o uso rotineiro da violência letal pela polícia militar, o recurso habitual da tortura por parte da polícia civil, as execuções sumárias e os 'desaparecimentos' explicados; tudo isso gera um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado. No caso dos defensores não é diferente:

> [...] la falta de reconocimiento y protección a los defensores de derechos humanos, la descalificación de las reivindicaciones de organizaciones y movimientos, el empleo faccioso del sistema de justicia, la creación de tipos penales para actuar contra quienes protestan o demandan al Estado el cumplimiento de sus obligaciones, la sospecha constante sobre las actividades realizadas por personas y colectivos, el desinterés para investigar los delitos cometidos contra defensoras y defensores y la ineficiencia en el otorgamiento de medidas de protección a quienes son amenazados. (JOLY, 2010, p. 5)[4]

Destaca-se, também, a criminalização dos defensores de direitos humanos que estão na linha de frente das lutas contra a desigualdade, na proteção ao meio ambiente e defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, contra os crimes de lesa humanidade, na consolidação do estado democrático e na busca da construção de uma cultura de direitos humanos.

Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra, no ano de 2015, foram 50 mortes, 144 pessoas ameaçadas e 59 tentativas de homicídio, em conflitos por terra no Brasil. Os

[4] "[...] a falta de reconhecimento e proteção aos defensores de direitos humanos, a desqualificação das reivindicações de organizações e movimentos, o emprego faccioso do sistema de justiça, a criação de tipos penais para atuar contra os que protestam ou exigem do Estado o cumprimento de suas obrigações, a suspeita constante sobre as atividades realizadas por pessoas ou grupos, o desinteresse em investigar os crimes cometidos contra defensoras e defensores, e a ineficiência em outorgar medidas de protecção àqueles que estão ameaçados." (Tradução livre).

Estados de Rondônia, Pará e Maranhão concentram 90% desses casos. De 2010 a 2015 ocorreram 219 mortes e 300 tentativas de homicídio em razão de conflito agrário no país.[5]

Em 2015, 45% dos assassinatos de defensores e defensoras no mundo e 41% na América Latina estavam relacionados com a defesa do meio ambiente, territórios e direitos de povos indígenas. Aponta, também, processos sistemáticos de perseguição judicial, ataques físicos, ameaças, intimidações e campanhas de difamação particularmente no Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras, México, Paraguai e Peru (RELATÓRIO ANUAL FRONTLINE DEFENDERS, 2016).

A criminalização, dá-se de diversas formas, entre elas: a) repressão ao direito à manifestação social; b) através de tipos penais de luta contra o terrorismo e outras leis relativas à segurança nacional; c) sujeição a processos penais distorcidos, denúncias e acusações falsas, baseadas em tipos penais graves; d) prisões ilegais e arbitrárias; e) prisão preventiva, entre outros.

Quanto às mulheres defensoras de direitos humanos na América Latina, vale salientar que enfrentam riscos e agressões específicas, já que, em suas ações, desafiam toda uma cultura patriarcal. Isso faz com que sejam vítimas de hostilidade, repressão e violência com mais frequência e intensidade (RELATÓRIO DE AGRESSÕES CONTRA DEFENSORAS DE DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA CENTRAL, 2015).

Diante do exposto, percebe-se que o Direito Penal na sociedade contemporânea reproduz a realidade social existente e torna-se um instrumento de controle da pobreza e dos defensores de direitos. A violência institucional não é uma disfunção do sistema, mas, sim, representa uma política declarada de administrar os conflitos. É visível a seleção, o etiquetamento, nos estratos mais pobres da sociedade. A legitimação do Direito Penal brasileiro gravita ao redor da ideia de pena como uma forma drástica de intervir.

> O escopo da hipertrofia do 'controle' da criminalidade por meio da utilização do Direito Penal, nesse contexto, tem por escopo justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível, punida. (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, 85)

O Estado moderno, detentor do monopólio da força física, utilizou-se da matriz do Direito positivo (dogmática) para justificar sua intervenção punitiva, adotando elementos abstratos e o discurso da neutralidade. Coube ao Direito Penal definir o que

[5] http://www.global.org.br/blog/brasil-tem-numero-alarmante-de-defensores-de-direitos-humanos-mortos-em-2016/

deve ser tipificado, ou seja, as condutas que vão de encontro aos bens jurídicos mais relevantes e escolhidos como valores individuais e coletivos. Zaffaroni diz (2000, p. 57):

> El método dogmático jurídico tenemos que conservalo, sólo tenemos que usarlo bien. La dogmática es un instrumento, no es un objeto ni fin en sí mismo. La dogmática como un fin en sí mismo se pervierte si nosotros entendemos que el valor de verdad de un sistema está en su completividad lógica, en que cierre, en que sea perfectamente coherente. [...] El valor de verdad de una construcción dogmática depende de su función política. Si la función política del derecho penal es la reducción del poder punitivo, la contención del ejercicio del poder punitivo, la mejor construcción dogmática la que mejor sirva a estos objetivos.[6]

Nesse sentido, existe o mito do Direito Penal. Baratta (1999, p. 162) diz:

> a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quanto pune as ofensas aos bens essenciais faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
> b) a lei penal não é igual para todos; o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; e
> c) o grau efetivo de tutela e distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Zaffaroni e Pierangeli expõem que a lei penal estabelecia tratamento diferenciado de censura de pessoas, dependendo do papel que elas ocupassem na estrutura social, notadamente, em virtude de poder do consumo:

> [...] reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação (2006, p. 421).

Na prática, o Direito Penal também exerce uma função simbólica, quando não oferece a segurança jurídica para todos, haja vista, se assentar a partir das desigualdades sociais. As agências escolhem quem criminalizar, e aí os mais pobres, os defensores de direitos humanos nas lutas sociais são mais criminalizados pelo sistema. Zaffaroni e

[6] "O método dogmático jurídico temos de conservá-lo, somente temos de usá-lo bem. A dogmática é um instrumento, não é um objeto nem um fim em si mesmo. A dogmática como um fim em si mesmo se perverte se nós entendemos que o valor da verdade de um sistema está em sua completude lógica, em que feche, em que seja perfeitamente coerente [...]. O valor de verdade de uma construção dogmática depende de sua função política. Se a função política do direito penal é a redução do poder punitivo, a contenção do exercício do poder punitivo, a melhor construção dogmática é a que melhor sirva a esses objetivos." (Tradução livre).

Pierangeli (2006, p. 60) afirmam:

> O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se controla socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre os grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não se debilitar (mesmo na sociedade de castas, os membros das mais privilegiadas não podem casar-se com aqueles pertencentes a castas inferiores).

4. À Guisa de Conclusão

A forma de conter os excluídos e os que lutam por afirmação de direitos é com o recrudescimento de leis penais, mais violência policial e aprisionamento. Nesse sentido, o Estado busca políticas, a exemplo de Tolerância Zero, para conter os indivíduos indesejáveis, uma vez que não tem interesse em realizar políticas sociais e universalistas.

A criminalização é um dos aspectos políticos de controle social, como forma encontrada para neutralizar e desencorajar a arena política de reivindicação e afirmação por direitos.

Diante da criminalização, que atinge mais alguns indivíduos ou grupos sociais, no Estado Democrático de Direito é preciso o respeito aos direitos fundamentais, e a cuidadosa verificação da conduta criminosa.

Os defensores de direitos humanos exercem papel fundamental no fortalecimento da democracia e na ampliação dos direitos e garantias de pessoas, principalmente daquelas em estado de vulnerabilidade, buscando assim, melhorar as condições sociais, políticas e culturais. Destaca-se que a natureza jurídica do trabalho é de caráter humanitário e político. Esse papel político é o de monitorar o Estado, exigindo o cumprimento dos direitos fundamentais. O defensor se torna um guardião e denunciante crítico de práticas políticas oficiais em matéria de direitos humanos.

Referências

ADISSI, Paula Oliveira. **Estado, mídia e criminalização do MST: um estudo a partir do caso de Pocinhos(PB).** Mestrado, 2011. Disponível em:http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/2011%20mestrado%20UFCG%20Paula%20Adissi.pdf. Acesso em: 21 jun. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BARROS, Nívia Valença; MOREIRA, Celeste Anunciata; DUARTE, Kelly Murat. Juventude e criminalização da pobreza. **Revista de Educação**, v. 3, n. 5 jan./jun. 2008.

BULT, Kathrin; KOROL, Claudia (Org.). **Criminalização dos protestos e dos movimentos sociais**. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburg Stiftung, 2008. Disponível em: <http://www.rls.org.br/publicacoes/criminalizacao-dos-protestos-e-dos-movimentos-sociais/ Criminalizacao%20dos%20Movimentos%20Sociais.pdf/ view>. Acesso em: 8 abr. 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. JUSTIÇA GLOBAL- **Relatório de defensores de direitos humanos**. Rio de Janeiro, 2010. Entrevista concedida a equipe de pesquisa do relatório em 10 de dezembro de 2009.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. 2009**. Disponível em http://www.bocc.ubi.pt. Acesso em 13. Abr. 2017.

BRUZIGUESSI, B.; Bezerra C. S. Coerção e consenso: os fundamentos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. In: **Libertas, Juiz de Fora**, v. 10, n. 1, p. 42 - 73, jan-jun / 2010. Disponível em: www.ufjf.br/revistalibertas/files/2011/02/artigo03_12.pdf. Acesso em: 22. jun.2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, Forense, n. 29, p. 12,1981.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Mário Cesar; CHRISTOFOLETTI, Lilian. Brasil não pune lavagem de dinheiro, aponta entidade. **Folha de S. Paulo**, 15 fev. 2010.

CERVINE, Raul. **Processo de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____.Incidencia de las "mass media" en la expansion del control penal en Latinoamérica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 5, ano 2, p. 37-54, jan./mar. 1994.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1982.

FON FILHO, Aton. Brasil: criminalização dos movimentos sociais: democracia e repressão dos direitos humanos. In: BULT, Kathrin; KOROL, Claudia (Org.). **Criminalização dos protestos e dos movimentos sociais**. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburg Stiftung, 2008. p. 79-109. Disponível em: <http://www.rls.org.br/publicacoes/criminalizacao-dos-protestos-e-dos-movimentos-sociais/Criminalizacao%20dos%20Movimentos%20Sociais.pdf/ view>. Acesso em: 8 abr. 2017.

FOSCARINI, L. T. **O discurso midiático nos meandros da criminalização**: contemporaneidade e movimentos sociais. Disponível em: http://www.nepe.ufsc.br/controle/artigos/artigo89.pdf>. Acesso em:12 de jun. 2017.

FRADE, Laura. **Quem mandamos para prisão?: visões do Parlamento brasileiro sobre a criminalidade**. Brasília: Liber Livro editora, 2008.

JINKINGS, Daniella. País investiu R$ 1,2 bilhão no sistema penitenciário nos últimos oito anos. **Agência Brasil**, 27 dez. 2010. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2010-12-27/pais-investiu-r-12-bilhao-no-sistema-penitenciario-mas-populacao-carceraria-aumentou>. Acesso em 10 abr. 2017.

JOLY, Emilie E. (Coord.). **Criminalización de los defensores de derechos humanos y de la protesta social en México**. Washington: La Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), 2010. Disponível em: <http://www.dplf.org/uploads/1279728364.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2017.

LEÃO, Marco Polo. Criminalização dos movimentos e lutas sociais no Brasil. **Direitos humanos no Brasil 3: diagnósticos e perspectivas / Movimento Nacional de Direitos Humanos**. et. al. Passo Fundo: IFIBE, 2012.

KOROL, Claudia. Criminalização dos movimentos sociais na América Latina. **Classe: Revista de Política e Cultura da Aduff**, ano 1, n. 2, p. 10-13, out./nov.dez. 2008. Disponível em: <http://www.aduff.org.br/publicacoes/200812_classe.pdf>. Acesso em 8 abr. 2017.

FILIPPO, Francisco Carneiro. Aspectos da criminalização da luta social no Brasil. **Le monde diplomatique Brasil**. Out,2011.

LONGO, Roxana; KOROL, Claudia. Argentina: criminalização dos movimentos sociais na Argentina. In: BULT, Kathrin; KOROL, Claudia (Org.). **Criminalização dos protestos e dos movimentos sociais**. São Paulo: Instituto Rosa Luxemburg Stiftung, 2008. p. 18-78. Disponível em: <http://www.rls.org.br/publicacoes/criminalizacao-dos-protestos-e-dos-movimentos-sociais/Criminalizacao%20dos%20Movimentos%20Sociais.pdf/view>. Acesso em: 8 abr. 2011.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.

_____. Você tem medo de quê? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. n. 53. p. 367-378

QUEIROZ, Camila. Dossiê denuncia repressão a movimentos sociais e ativistas de

direitos humanos. **Adital**, 8 abr. 2011. Disponível em: <http://www.frecsupa.net.br/2011/04/dossie-denuncia-repressao-movimentos.html

RODRÍGUEZ, Esteban. **Prácticas de Estado**: el derecho a la protesta, criminalización, violencia institucional y el nuevo desafío das las organizaciones de derechos humanos. 2007. Disponível em: <http://www.ciaj.com.ar/images/pdf/El%20derecho%20a%20la%20protesta,%20criminalizacion,%20violencia%20institucional%20y%20el%20nuevo%20desafio%20de%20las%20organizaciones%20de%20derechos%20humanos.%20pdf.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2011.

SILVEIRA, FAM. **A grande mídia e a produção legislativa em matéria penal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/191801/grandemidia.pdf?sequence=4>. Acesso em: 15 abr.2017.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004. Digitalizada. **Coletivo Sabotagem**. Disponível em: <http://mijsgd.ds.iscte.pt/

textos/Prisoes_da_Miseria_WACQUANT_Loic.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal y el discurso jurídico. In: **La justicia penal hoy**: de su crisis a la busqueda de soluciones. Buenos Aires: Fabian J. Di Placido, 2000. p. 31-67.

Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedros e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; NILO, Batista; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro** I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____ _____. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **World Health Statistics 2016**. http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2016/en/> Acesso em :21 jun.2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME- **Relatório de Desenvolvimento Humano 2016**. Disponivel em:< em http://hdr.undp.org/en/2016-report> Acesso em: 22 de jun. 2017.

OMCT. **A criminalização da pobreza**: relatório sobre as causas econômicas, sociais

e culturais da tortura e outras formas de violência no Brasil. Preparado por Justiça Global e MNMMR. **Relatório alternativo submetido à 42.ª Sessão do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, maio de 2009**. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:awXGFI7IiXEJ:www.omct.org/files/2010/10/20938/addressing_the_criminalisation_of_poverty_brazil_por.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2011.

PNUD. **Relatório do desenvolvimento humano 2010**: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. tradução de Strategic Agenda LLP. Ed. do 20.º aniversário. New York, 2010. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/ media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2011.

PROCESSO DE ARTICULAÇÃO E DIÁLOGO. **Dossiê**: a repressão aos defensores de direitos humanos e movimentos sociais no Brasil. Disponível em: < http://www.soscorpo.org.br/Adm/userfiles/Dossie_01042011.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017.

FRONTLINE DEFENDERS. **Relatório Anual 2016**. Disponível em: https://www.frontlinedefenders.org/es/resourcepublication/2016-annual-report. Acesso em: 6 abr.2017

CENTRO-AMERICANA DE DEFENSORAS DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório de Agressões contra Defensoras de Direitos Humanos na América Central 2012-2014**. 2015.

CUIDAR É DEVER: O ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E DE IDOSOS

Helena do Passo Neves[1]
Ana Cristina Pinheiro[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O Afeto e a Fraternidade na Proteção de Crianças, Adolescentes e Idosos; 3. O superior interesse da criança e a paternidade responsável no abandono afetivo; 4. A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo; 5. Conclusão

1. Introdução

No presente trabalho, de início, problematiza-se a efetividade do cumprimento das mútuas responsabilidades de cuidado entre filhos (crianças e adolescentes) e pais (idosos vulneráveis), no convívio familiar. De pronto, cabe assinalar que, na sociedade moderna, marcada por valores vinculados ao superdimensionamento de bens materiais e, por consequência, à competição (às vezes, predatória) no mundo do trabalho e em outros espaços, não raro, os grupos vulneráveis correm o risco de enfrentar a solidão, o descaso, a falta de cuidado, que caracterizam o abandono afetivo.

É interessante registrar que, na esteira teleológica de documentos internacionais que conferem ênfase aos direitos humanos, em geral, os países (como ocorre no direito brasileiro e português), propiciam fundamentos legais (constitucionais e infraconstitucionais) à proteção da dignidade da pessoa humana, que inclui expressamente a família.

Todavia, em consenso, admite-se que a legislação, embora condição necessária, não é suficiente à solução de problemas vividos no convívio social, mormente aqueles de natureza afetivo-emocional, que ocorrem no seio familiar.

Ademais, a presente reflexão se assenta no pressuposto de que, nas últimas décadas, evidencia-se o movimento sociocultural, em que a família patriarcal foi enriquecida por outros arranjos, cujo arcabouço teórico se assenta na dignidade da pessoa humana e, na prática, fundamenta-se no afeto, independentemente de sua forma de constituição. Porém, como cediço, as questões situadas no espaço do afeto e das subjetividades não se transformam instantaneamente, como se estivessem sob efeito de

[1]Advogada Especialista em Direito Civil. Professora licenciada da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Ciência Jurídica Públicas com programa Doutoral da Universidade do Minho. E-mail: helenapneves@hotmail.com

[2] Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Especialista em Direito Civil e Processo Civil. E-mail: krispinheiro@uol.com.br.

passe de mágica.

Nessa linha de pensamento, é relevante trazer à baila o contraponto dos princípios da segurança jurídica, do melhor interesse de crianças e adolescentes e da solidariedade, os quais dão suporte ao reconhecimento do direito fundamental à convivência pacífica entre familiares. Em outras palavras: as alterações de valores e costumes sociais e as transformações nos modelos familiares exigem um novo olhar e uma interpretação equânime das leis, no intuito de contemplar e respeitar a multidimensionalidade dos laços familiares.

Nessa ordem de raciocínio, não raro, o cotidiano dos tribunais na área de família traz a lume conflito de interesses e emoções que podem transitar, dos mais elevados sentimentos aos mais mesquinhos. Em algumas situações, vêm à tona graves problemas emocionais, envolvendo o abandono afetivo.

A complexidade dos desafios trazidos à decisão, por certo, requer conhecimentos que extrapolam o âmbito da legislação e outros fundamentos tradicionalmente empregados por profissionais do Direito. Não obstante a magnitude do problema, a produção científica jurídica ainda se ressente de pesquisas que tomem o abandono afetivo de crianças e idosos a relevância necessária, analisando o afeto como direito da personalidade e requisito indispensável à formação do indivíduo.

Diante dessa limitação, na presente pesquisa, busca-se enfrentar o problema, tomando como alicerce os direitos da personalidade e os princípios constitucionais que dão suporte à efetivação do direito fundamental ao afeto. O que se deseja é propiciar subsídios que garantam aos filhos a convivência com seus pais, mesmo que algum deles esteja fisicamente distante, devido a dilemas que extrapolam a iniciativa ou vontade filial, ao mesmo tempo em que se deseja incentivar iniciativas de aproximação e fortalecimento de vínculos afetivos.

Num esforço de delimitação do objeto de investigação, formularam-se as seguintes questões norteadoras:

Quais os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais à análise do abandono afetivo e ao tratamento de conflitos atinentes ao problema, com apoio na mediação? Quais as perspectivas de atuação do Direito no caso específico de abandono afetivo de filhos (crianças e adolescentes) e pais (idosos vulneráveis)?

Quais medidas deverão ser adotadas para aperfeiçoamento das políticas públicas, ações sociais e privadas, no apoio às vítimas de abandono afetivo, suas famílias e amigos, prestando-lhes serviços de qualidade, gratuitos e confidenciais?

O pressuposto é de que o reconhecimento do afeto, como direito da personalidade no ordenamento jurídico tem potencial de significativa influência na formação do indivíduo e no enfrentamento das lacunas quanto a vínculos afetivos, os quais apresentam reflexos perniciosos na vida presente e futura de crianças, adolescentes, adultos e idosos.

Do ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa descritiva, cujas fontes abarcam doutrina, legislação e jurisprudência atinentes aos aspectos centrais do objeto da reflexão e seus desdobramentos, procurando analisar as possibilidades da mediação no tratamento do abandono afetivo.

Espera-se que, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, o estudo contribua para a sedimentação de alicerces à efetivação do direito fundamental à convivência familiar. A aplicação dos direitos da personalidade e do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por consequência, de isonomia, afetividade e do melhor interesse de crianças e adolescentes e de pais idosos são vetores para melhor compreender a relação entre pais e filhos, nas manifestações de amor, carinho, afeto, respeito, cuidado, sempre comprometida com o pleno desenvolvimento dos membros da instituição familiar.

Do ponto de vista dos valores humanistas, cuidar dos familiares, antes de ser obrigação ou dever legal, constitui obrigação ou dever moral.

2. O Afeto e a Fraternidade na Proteção de Crianças, Adolescentes e Idosos

A transformação de valores sociais e o respaldo constitucional provocaram a repersonalização do direito civil, com reflexos no direito de família, ao qual se confere novo tratamento, com realce a aspectos essenciais, como a afetividade[3]:

Na verdade, o texto da Constituição da República Portuguesa não faz menção expressa ao termo 'afeto', como ocorre em textos constitucionais do Brasil e de outros países. Abordando o tema, Otavio Luiz Rodrigues[4] aduz que "*O amor está ausente da maior parte das legislações estrangeiras".* Nessa perspectiva, o doutrinador em comento conclui: "*Desse modo, é perceptível a eloquente ausência do amor nos códigos civis da Espanha, Alemanha, Itália, França, Bélgica e Argentina*"

Todavia, o afeto é dimensão muito importante ao pleno desenvolvimento humano; associado a outros requisitos, o vínculo afetivo, principalmente entre pais e filhos, une as pessoas e viabiliza a concretização da dignidade e outros direitos pessoais e patrimoniais.

Guardando coerência com os fundamentos legais, a afetividade passou a dar suporte a decisões judiciais atinentes às relações familiares contemporâneas:

---

[3] TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de família brasileiro** , In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro, Acesso em: 08/07/2017. p. 12.

[4] RODRIGUES, Otavio Luiz Junior. **As linhas que dividem amor e Direito nas constituições**. In: www.conjur.com.br; acesso em 10 de julho de 2017, p. 1**.**

> A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas[5].

Como frisado, a efetividade advém do macro princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º e 2º, da CRP), que constitui cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade.

Alargando a abrangência da análise, constata-se que o afeto encontra suporte legal em diversos dispositivos, como aqueles que se referem: ao superior interesse da criança e adolescente (art., Constituição da República), à solidariedade (Art., Constituição da República), à paternidade responsável (art., Constituição da República), à responsabilidade, convivência familiar, a felicidade e a fraternidade, todos no intuito de resguardar direitos de vulneráveis.

3. O superior interesse da criança e a paternidade responsável no abandono afetivo

O superior interesse da criança e do adolescente traz implícito o pressuposto de que a proteção dos filhos deve preponderar sobre quaisquer outras demandas e necessidades. A expressão "*melhores condições"* constitui cláusula geral, janela aberta a ser preenchida pelo legislador e pelo hermeneuta, no exame do Direito, caso a caso.

A paternidade responsável também está subjacente à noção de afeto e implica muitos deveres, entre os quais o compromisso com o planejamento familiar, previamente ao nascimento da criança, bem como o cuidado na manutenção da família.

Nessa linha de pensamento, recorda-se que o Pacto de San José da Costa Rica[6] prevê o direito de o ser humano ter reconhecimento, formar a identidade, carregar o nome do pai, conhecer sua história e origens, com base na prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento da coisa julgada.

A responsabilidade parental abrange as obrigações materiais e morais com os filhos, cuja vulnerabilidade se justifica por sua condição de pessoa em processo de

[5] BARROSO, Luis Roberto. Entrevista in: Boletim do IBDFAM nº 77 – novembro/dezembro de 2012, p. 4

[6] IBDFAM. **Boletim do IBDFAM** nº 78 – ano 2013 – janeiro/ fevereiro 2013, p. 9.

desenvolvimento.[7]

Com esse suporte, cabe aos pais compreender que a carência afetiva interfere decisivamente na formação da personalidade e desenvolvimento sadio dos filhos[8], causando, entre outras consequências, problemas de autoestima, indisciplina, tristeza e revolta.

São inúmeras as decisões fundamentadas em argumentos nos quais os genitores não possuem condições de cuidar e zelar pelos filhos, em razão da negligência, da situação de risco a que são expostos os infantes e descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, o que enseja a destituição do poder familiar.

Como sabido, a família desempenha papel significativo na formação moral e do caráter de crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que os prepara para as responsabilidades futuras.

O significado dos vínculos afetivos na formação humana contribuiu consideravelmente para uma vida com dignidade, dentre outros determinantes, admitindo-se, por isso a reparação por danos, em decorrência do abandono afetivo e reconhecimento da parentalidade socioafetiva, como nova forma de parentesco.

Na verdade, como ressaltado, a afetividade está subsumida a diversos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana. Como se ressaltou, na compreensão de Flávio Tartuce[9], "Mesmo não constando a palavra *afeto* no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o *afeto* decorre da valorização constante da dignidade humana"

Conforme o ideário dominante na cultura contemporânea, amor materno é incondicional, pois não exige nada para ser amado; basta ser filho. Por outro lado, segundo o senso comum, o amor paterno é condicional, pois usualmente, parece requerer mérito; podendo ser perdido, se o filho não corresponder à expectativa. O lado positivo é que admite a luta para conquistar tal sentimento, o qual não está fora do controle, como o amor materno. Na maioria das crianças entre oito e dez anos, o problema consiste em ser amado pelo que se é:[10]

---

[7] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A afetividade como fonte de obrigação jurídica. In:** www.conjur.com.br. Acesso em 25 de agosto de 2013, p. 1.

[8] PEREIRA, Op. Cit., p. 1.

[9] TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. In: **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro, Acesso em: 20/01/2013.

[10] FROMM, Erich. **A arte de amar.** Tradução: Eduardo Brandão – Martins Fontes: São Paulo, 2000, p. 48-41-42.

> Experimenta a sensação de uma nova união, de compartilhamento, de unidade. Mais que isso, sente o poder de produzir amor amando, em vez da dependência de o receber sendo amado – e, por esse motivo, de ter de ser pequeno, desamparado, doente ou "bonzinho". O amor infantil segue o princípio: "Eu amo porque sou amado." O amor maduro segue este outro: "Amo porque amo." O amor imaturo diz: "Amo porque preciso de você." O amor maduro diz: "Preciso de você porque te amo."

A criança precisa do amor e cuidados maternos, sob todas as dimensões que envolvem a vida humana. Depois dos seis anos de idade, a criança precisa mais ainda do amor paterno, da sua autoridade e orientação, que precisa ser paciente e tolerante, em vez de ameaçador e autoritário. Lacunas nesse suporte afetivo estão na raiz de neuroses que perseguem os indivíduos por toda a vida...

Numa vertente de análise interdisciplinar e com fundamento em estudos da Psicologia, sublinha-se que, de longa data, Erich Fromm[11], em paralelo à importância do amor entre pais e filhos, chama atenção aos riscos de sequelas derivadas do abandono afetivo do filho, tais como: neurose, histeria, alcoolismo, depressões, dentre outras.

Avançando na reflexão sobre o tema, Eligio Resta[12] propõe a abordagem do Direito Fraterno, discutida na Europa (em especial na Itália). Essa perspectiva assenta-se no valor da amizade, na necessidade de convívio fraterno, impregnado de um mínimo de humanidade nas relações interpessoais, buscando a construção de um Direito mais justo. O Direto Fraterno resgata a solidariedade como requisito à humanização das relações interpessoais.

Erich Fromm[13] explica e reforça a importância do amor fraterno. Como referido, o afeto influi decisivamente na formação da personalidade dos filhos, constituindo elemento imprescindível à formação do caráter.

Em contrapartida, do ponto de vista da prática das relações familiares, tornam-se mais visíveis situações problemáticas na interação dos pais com os filhos, eis que, por razões diversas, deixam de prover suas necessidades no plano afetivo, espiritual e material. Como apontado, a paternidade responsável exige condições efetivas para educar, prover, dar afeto e cuidar dos filhos. Quem não pode arcar com essas responsabilidades não dispõe de condições para ter filhos[14]. Conforme esclarecimento do autor mencionado[15]:

---

[11] FROMM, Erich. Op. Cit., p. 48-57.

[12] RESTA, Eligio. **Direito Fraterno.** Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 132 a 136.

[13] FROMM, Erich. Op. Cit., p. 58-59.

[14] *Idem*. *Ibidem*, p. 57

[15] *Idem*. *Ibidem*, p. 35.

> Respeito não é medo e temor reverente; ele denota, conforme a própria raiz da palavra (respiciere = olhar com atenção), a capacidade de ver uma pessoa como ela é, ter consciência de sua individualidade. Respeito significa a preocupação com que o outro cresça e se desenvolva como tal.

Ainda que se reconheça a complexidade da questão em tela, parece admissível a suposição de que problemas como o aumento da delinquência juvenil podem estar relacionados à ausência paterna.[16]

Outro espinhoso dilema relacionado ao afeto assenta-se no pedido de indenização contra pais que desistem da adoção e "devolvem" a criança ou adolescente ao abrigo. Por justificados motivos, a desistência da adoção pode gerar indenização por danos morais à criança, pela frustração de ter sido abandonada pela família substituta.[17]

Por óbvio, os efeitos psicológicos sobre as crianças adotadas e devolvidas ao Estado justificam a responsabilização civil dos pais adotivos, em virtude da necessidade de suportar os custos do tratamento que as ajudará a superar o trauma.[18]

Os exemplos mencionados reforçam a tese de que o direito ao afeto situa-se no elenco daqueles personalíssimos, que compõem o rol dos direitos fundamentais do homem e imprescindível nas relações paterno-filiais.

Sob a perspectiva das Ciências Sociais, o entendimento do problema alcança significativa contribuição de Bauman[19], quando afirma que "A alegria da paternidade e da maternidade vêm, por assim dizer, num pacote, que inclui as dores do auto-sacrifício e os temores de perigos inexplorados". Depreende-se do exposto que os pais precisam tomar consciência da responsabilidade que lhes cabe.

Contudo, o papel do Judiciário é ainda mais amplo, quando se trata da luta pelo reconhecimento da multiplicidade dos laços familiares e da convivência familiar saudável, afastando preconceitos de qualquer natureza.

---

[16] RANGEL, Rafael Calmon. Técnica processual e o Direito das Famílias. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24915>, Acesso em: 04 jun. 2017, p. 5.

[17] Nesse sentido: Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Adoção não concluída. Devolução do menor. Recurso provido... tem a obrigação de arcar com os alimentos provisionais. TJMG, 10481.12.000289-6/001 – rela. Desa. Hilda Teixeira da Costa, 2ª CC, publ. 31/10/2012.

[18] SILVA, Camila Edith da Efeitos jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas. In: IBDFAM;https://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+d+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++, acesso em 7 de junho de 2017.

[19] BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido.** Zahar. 2009. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, p. 61.

Tomando como referência conclusões de estudos na área da Psiquiatria[20], crianças vítimas de assédio moral tendem a apresentar comportamento agressivo, irritabilidade, sensação de opressão, fadiga, perturbação no sono, nervosismo, dores de cabeça, perturbações digestivas, doenças de pele. Em termos gerais, elas sofrem de sentimento de medo e abandono.[21]

A criança é titular de direitos reconhecidos pela ordem jurídica (artigos 64.º, n.º 2, 67.º, 68.º e 69.º, todos da Constituição da República Portuguesa), correspondentes às necessidades cuja satisfação se impõe para o seu bem-estar psicológico. A criança tem o direito de estabelecer, reatar ou manter uma relação direta e contínua com o progenitor com quem não resida habitualmente, devendo este direito de visita ser exercido no interesse da criança, verdadeiro beneficiário do mesmo. Nesse sentido, fica o progenitor residente incumbido das obrigações de não interferir nas relações do filho com o outro progenitor (não residente) e de facilitar, ativamente, o direito de contato e de relacionamento prolongado, porquanto ao progenitor não residente incumbe o dever de se relacionar pessoal e presencialmente com o filho[22]

As responsabilidades parentais são um meio de suprimento da incapacidade de exercício de direitos por parte da criança (artigo 124.º do Código Civil). O mecanismo coercivo previsto no artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores encontra-se gizado para garantir o cumprimento do acordo ou da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais até que a criança atinja a maioridade, ocupando a reparação indenizatória uma função auxiliar ao cumprimento coercivo da decisão e não uma função reparadora. Os mecanismos de tutela do cumprimento das responsabilidades parentais previstos na Organização Tutelar de Menores não se mostram adequados para garantir a proteção integral do direito subjetivo ao afeto.

4. A Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo

A responsabilidade civil no seio da família constitui dever de alto relevo, assentado em princípios fundamentais, com ênfase a dignidade dos membros familiares acima de qualquer circunstância, bem como da função social da família e a limitação da intervenção estatal.

Por sua importância, o descumprimento dos deveres implícitos no exposto, enseja sanções e medidas de reparação, como se analisará em continuidade.

---

[20] HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral. A Violência perversa no cotidiano.** Tradução Maria Helena Kühnner, 10ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, p. 173-179.

[21] Idem, op. Cit., p. 178.

[22] SOTTOMAYOR, Maria Clara, ***Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio***, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 105-107

De pronto, é forçoso recordar que a reparação civil por abandono afetivo traz em seu bojo o desafio de lidar com partes desiguais: os pais – adultos, com melhor acesso a fontes de informação sobre seus direitos e deveres na sociedade – e a criança, ou o idoso – por natureza e condição, mais distantes das fontes de informação referente aos direitos e deveres, pois, não raro, encontram-se em circunstância de dependência de amparo e proteção.

Numa análise evolutiva, verifica-se que, no passado, entendia-se como descabido o pagamento de indenização em caso de lesão extrapatrimonial, sob o argumento de que o sofrimento no campo das emoções e do sofrimento humano não seria possível de aferir na seara material. Não obstante esse entendimento, evoluiu-se no sentido de que a sanção material ao ofensor seria mecanismo adicional a evitar a impunidade ou banalização do dano.

Em relação ao tema, em termos gerais, a doutrina distingue duas funções da reparação por danos morais: a compensatória e a punitiva; a primeira tem o propósito de indenizar; ou seja, compensar a vítima pelos danos sofridos e a segunda é revestida de caráter pedagógico, ou preventivo, com o escopo de desestimular o agressor a praticar novamente o ilícito.[23]

A responsabilidade pode ser contratual e ocorre quando existe vínculo obrigacional, ou dever jurídico previsto em contrato, sem que se verifique o ilícito contratual; por outro lado, se a transgressão decorrer de violação a comportamento imposto pela lei, trata-se de responsabilidade extracontratual, ou ilícito extracontatual.[24]

A doutrina distingue dois tipos de responsabilidade: a) subjetiva, em que se ressalta o elemento culpa; em que o direito à indenização encontra suporte na intenção do agente quanto ao resultado nocivo, ou assume o risco de produzir o dano; b) objetiva em que não se exige análise da culpa entre a ação ou omissão; é a correspondente a teoria do risco, que subentende a exposição de terceiros a determinada situação de risco, como fato gerador da obrigação de indenizá-los.[25] A prova do dano é *in re ipsa*: não é preciso prova objetiva da dor e sofrimento da vítima. A doutrina tende a abordar os danos morais, segundo os critérios norteadores da fixação da indenização.[26]

---

[23] BODIN, Maria Celina de Moraes. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 31/32.

[24] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

[25] LARRATÉA, Roberta Vieira. Dano Moral por discriminação. In: Maria Berenice Dias. (Coord) **Diversidade Sexual e Direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 338.

[26] BODIN, Op. Cit., p. 162.

Aplicando-se essa linha de reflexão ao abandono afetivo, expressão utilizada pelo Direito de família para designar o alheamento de quem tem a responsabilidade e o dever de cuidado para com o outro parente, verifica-se que se trata de conduta omissiva, principalmente (mas mão exclusivamente) dos pais em relação aos filhos menores.[27]

Desta forma, a indenização por abandono imaterial representa um caráter punitivo, compensatório e pedagógico, como todos os outros casos de responsabilidade civil por dano moral.

Como ilustração, traz-se à reflexão uma decisão brasileira proferida pelo STJ em Recurso Especial[28] que condenou o pai a indenizar o filho, devido à ausência e falta de afeto, carinho e atenção ao longo da infância.

Na análise do tema, vem à tona o dever de convivência entre pais e filhos menores e, se a violação a essa responsabilidade causar dano, o que se contrapõe ao direito subjetivo equivalente, estão presentes os requisitos do ato ilícito civil.[29]

Mais do que pensar em punições, no tema em exame, é premente implementar ações educativas e de conscientização, no intuito de garantir que as crianças, idosos e outros membros vulneráveis do grupo familiar recebam amor, carinho e afeto e de que o desrespeito a algum desses direitos gera responsabilidade civil.

Todavia, por sua complexidade, nem sempre os conflitos familiares são solucionados de forma eficaz pelo aparato jurisdicional, o que abre espaço a meios alternativos, como a mediação, conciliação para melhor efetividade desses deveres inarredáveis.

5. Conclusão

A falta de apoio dos pais aos filhos, ou desses com seus progenitores, com a consequente quebra do vínculo de afetividade, gera graves sequelas psicológicas e comprometem sua dignidade e qualidade de vida.

No caso de crianças e adolescentes, agravos psicológicos podem acompanhá-los durante a etapa da formação socioemocional estendendo-se para toda a vida. Entre outras, merecem relevo problemas graves, tais como: a) Dificuldades de aprendizagem e integração sociocomportamental no ambiente escolar. b) Transtornos de alimentação e

[27]PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alienação Parental: Uma Inversão da Relação Sujeito e Objeto**. In: O incesto e a alienação parental. In: Maria Berenice Dias (coord.) 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

[28] BRASIL/STJ. Recurso Especial 1159242, STJ, data do Julgamento: 24/06/2017, Ministra Nancy Andrighi.

[29] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A afetividade como fonte de obrigação jurídica**. In: www.conjur.com.br. Acesso em 25 de junho de 2017, p.1.

em outros hábitos e atitudes na infância e adolescência com importantes reflexos na saúde física, decorrentes do desequilíbrio e sensação de falta de acolhimento emocional. c) baixa autovalorização e autoestima, com forte repercussão na formação de sua personalidade, expressa por meio de atitude autodepreciativa, tristeza, depressão, ansiedade, insegurança e até comportamento violento na escola e em outros espaços de convivência social, na infância e na vida adulta. d) Probabilidade de desajuste familiar na vida adulta, por consequência do modelo de família que incorporou em sua experiência.

O descumprimento dos deveres de assistência moral que integra as responsabilidades parentais e filiais configura crime de responsabilidade civil (interessante indicar a lei que prevê), por abandono afetivo, como amplamente fortalece o ordenamento jurídico brasileiro, embora ainda restrito no direito português.

O abandono afetivo de crianças constitui crime silencioso que se agrava pelo fato de a sociedade civil evitar o não enfrentamento de tão grave problema.

A partir dessa constatação, urge a necessidade e a importância do exercício de um papel ativo da sociedade na denúncia e no trâmite do processo-crime, no intento de reconhecimento do dever de indenização no âmbito cível para assegurar a dignidade da pessoa humana e obter prestação jurisdicional mais justa e eficaz, como também na área dos deveres de cuidados a serem prestados pela família.

Nessa linha de argumentação, é premente a necessidade de implementação de medidas para prevenir e coibir o Abandono Afetivo, evitando suas graves consequências e sequelas.

Sob o ângulo legislativo e judicial, são necessárias mudanças humanas no intuito de atuação melhor e mais ampla, a fim de resguardar o respeito e o cuidado nas relações familiares.

No campo da jurisprudência brasileira, a dimensão afetiva alcançou notoriedade, sendo inúmeras as ações movidas pelos filhos, pleiteando indenização por desamparo afetivo. Pela natureza da interação, por certo, não se pode pleitear do Estado a obrigação de amor por pais e mães, mas é admissível chamar os genitores à responsabilidade através da reparação civil.

O que se deseja é propiciar subsídios que garantam aos filhos a convivência com seus pais, mesmo que algum deles esteja fisicamente distante, devido a dilemas que extrapolam a iniciativa ou vontade filial, ao mesmo tempo em que se deseja incentivar iniciativas de aproximação e fortalecimento de vínculos afetivos.

Importante dar voz às crianças e aos idosos através da exposição de sentimentos, muitas vezes ocultos, que oprimem e tanto dano causam ao estado emocional e psicológico do ser humano.

Conclui-se que o interesse da criança, enquanto pessoa em desenvolvimento e do idoso, enquanto pessoa madura e fragilizada, protegidos pela Constituição deve ser analisado como um dos principais aspectos das relações familiares da contemporaneidade, considerando as palavras de Carlos Ruíz Záfon[30] que afirma que "uma das armadilhas da infância é que não é preciso compreender para sentir. Quando a razão é capaz de entender o ocorrido, as feridas no coração já são profundas demais" e por vezes, irreversíveis.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista in: Boletim do **IBDFAM** nº 77 – novembro/dezembro de 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido.** Zahar. 2009. Tradução de Carlos Alberto Medeiros

BODIN, Maria Celina de Moraes. **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 out. 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FROMM, Erich. **A arte de amar.** Tradução: Eduardo Brandão – Martins Fontes: São Paulo, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral. A Violência perversa no cotidiano.** Tradução Maria Helena Kühnner, 10ª edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil

IBDFAM. **Boletim do IBDFAM** nº 78 – ano 2013 – janeiro/ fevereiro 2013.

LARRATÉA, Roberta Vieira. **Dano Moral por discriminaçã**o. In: Maria Berenice Dias. (Coord) **Diversidade Sexual e Direito homoafetivo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A afetividade como fonte de obrigação jurídica**. In: www.conjur.com.br. Acesso em 25 de junho de 2017.

_____, Rodrigo da Cunha. **Alienação Parental: Uma Inversão da Relação**

[30] ZÁFON, Carlos Ruíz. **A sombra do vento.** Rio de Janeiro. Suma de Letras, 2007, p.30.

Sujeito e Objeto. In: O incesto e a alienação parental. In: Maria Berenice Dias (coord.) 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RANGEL, Rafael Calmon. Técnica processual e o Direito das Famílias. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24915>, Acesso em: 04 jun. 2017.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno.** Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RODRIGUES, Otavio Luiz Junior. **As linhas que dividem amor e Direito nas constituições**. In: www.conjur.com.br; acesso em 10 de julho de 2017**.**

SILVA, Camila Edith da Efeitos **jurídicos e psicológicos da devolução de crianças adotadas. IBDFAM;** https://www.ibdfam.org.br/artigos/886/Efeitos+jur%C3%ADdicos+e+psicol%C3%B3gicos+da+devolu%C3%A7%C3%A3o+de+crian%C3%A7as+adotadas++, acesso em 7 de junho de 2017.

SOTTOMAYOR, Maria Clara***, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio***, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2011

TARTUCE, Flavio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. In: **Jus Navigandi,** Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro, Acesso em: 08/07/2017.

ZÁFON, Carlos Ruíz. **A sombra do vento**. Rio de Janeiro: Suma de Letras, 2007.

ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL E A ATUAÇÃO NEGOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Margareth Vetis Zaganelli[1]
Matheus Belei Silva De Lorenci[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. *Plea bargaining* e a Jurisdição Penal nos Estados Unidos; 3. A Justiça Penal Negociada nos Países de *Civil Law*: A Experiência Alemã; 4. A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; 5. A Constitucionalidade dos Acordos de Não-Persecução Penal no Brasil; 6. Conclusão

1. Introdução

A jurisdição penal no Brasil enfrenta atualmente um momento crítico. A crescente sofisticação e profusão de delitos, alinhada ao ajuizamento desenfreado de ações penais, importa na sobrecarga do sistema de justiça penal, em respostas desiguais e, por vezes, injustas, à criminalidade e na inadmissível impunidade de crimes graves. Tais consequências são extremamente danosas à sociedade civil, uma vez que são grande empecilho à eficácia dissuasória e retributiva do direito penal.

Posto isso, é hora de debater alternativas ao velho modelo de justiça penal erigido no Brasil e encontrar soluções para o drama da crise jurisdicional. Alguns Estados europeus há alguns anos já se arriscam em experiências de justiça negociada, inspirada sobretudo na práxis norte-americana, nomeadamente o *plea bargaining*, relevante instituto do direito comum anglo-americano que consiste em negociações entre a acusação (os *prosecutors*) e o acusado, a fim de que a fixação da pena seja favorável a ambas as partes.

Tendo isso em vista, o Conselho Nacional do Ministério Público editou em 2017 a Resolução n.º 181, que instituiu a possibilidade de celebração de acordos de não-persecução penal entre o *parquet* e os investigados diante de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena cominada inferior a quatro anos e quando o arquivamento não for possível. No entanto, severas críticas foram lançadas contra a

---

[1] Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Bioética- Bioethik (UFES). Academic coollaboration of the Erasmus+ Jean Monnet Module intitolato 'Moral' Technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities (MoTecLS) www.motecls-jeanmonet.unimib.it. E-mail: mvetis@terra.com.br.

[2] Graduando em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do grupo de estudos e pesquisas em Bioética - Bioethik (UFES). Estagiário de Direito do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17). E-mail: matheusbsdelorenci@gmail.com.

medida, apontando-lhe inconstitucionalidades. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por exemplo, já provocou o Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta, com o propósito de obter uma resposta quanto à adequação da referida Resolução à ordem constitucional.

No presente artigo, por meio de metodologia exploratória, com base em pesquisa bibliográfica e documental e à luz do Direito Comparado, pretende-se, portanto, debruçar-se sobre as polêmicas e controvérsias acerca da vigência da Resolução n.º 181, com o fito de perscrutar a viabilidade jurídica e constitucional dos acordos de não persecução penal, não sem antes discorrer sobre a justiça penal negociada e seus efeitos mundo afora, que hoje inspiram a resolução alternativa de conflitos no âmbito criminal brasileiro.

2. *Plea bargaining* e a jurisdição penal nos Estados Unidos

O exercício da jurisdição nos Estados Unidos – não apenas no âmbito penal – é substancialmente diferente do que se observa no Brasil e, de modo geral, nos demais países adeptos do modelo jurídico de raízes romanísticas, dito *civil law*. O direito americano configura-se como um sistema inspirado no direito comum inglês *(common law)*, mas com uma crescente adesão a aspectos do direito legislado *(statutory law)*. O *common law* é um direito construído sobre a experiência, gestado no seio dos tribunais mais que nos parlamentos e preenchido por costumes e tradições mais que por fórmulas e ritos legalmente instituídos. Sobre ele leciona com concisão Gilissen:

> Dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado em Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até aos nossos dias, e além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, etc.[3]

Ana Carolina Miguel Gouveia, por sua vez, é precisa em sua definição:

> Em doutrina, de forma geral, define-se *Common Law* como o direito desenvolvido nos Tribunais a partir dos precedentes, aplicados em casos futuros semelhantes. O tema, no entanto, é bem mais complexo.

A expressão *Common Law* apresentou significados diversos na História. Atualmente, o termo apresenta três sentidos principais: como sistema jurídico, em oposição a outros, em especial ao *Civil Law*; como fonte do Direito, tal como o *statutory law* e o *regulatory law*; e como sistema de solução de controvérsias, comparado ao

[3] GILISSEN, John. ***Introdução Histórica ao Direito.*** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 207.

equity. [4]

Pode-se ainda observar nos países adeptos do *common law*, sobretudo nos Estados Unidos, grande ênfase conferida à negociação entre as partes e o protagonismo destas e de seus advogados em casos criminais, bem como um processo penal eminentemente adversarial *(adversarial system)*. Enfim, cumpre destacar que a prática da justiça negociada nas cortes norte-americanas produz efeitos surpreendentes no âmbito penal. É fato notório que é comum que os acusados confessam sua suposta culpa *(plead guilty)* em decorrência da prática de negociação conhecida por *plea bargaining*, a fim de evitar as turbulências de um júri. Negocia-se com a acusação uma pena mais branda (ou não tão severa) em detrimento de um julgamento formal que, no mais das vezes, pode ter como desfecho a fixação de uma pena muito longa.

O procedimento consiste em a acusação *(*os *prosecutors)* informar o acusado acerca da pena máxima à qual pode ser condenado. Dessa forma, é-lhe proposta uma pena mais razoável, contanto que confesse sua culpa. Com muita frequência, a incerteza sobre a pena a ser infligida pelos jurados leva os acusados a anuírem com os termos propostos na negociação.[5] Segundo o Escritório de Estatísticas de Justiça *(Bureau of Justice Statistics)*, em 2005, havia 75.573 casos tramitando nos juízos federais de primeira instância nos Estados Unidos *(United States District Courts)*. De todos esses casos, cerca de 95% teriam sido resolvidos por *plea bargain*. Ainda, considerando-se casos no Judiciário federal e nos Judiciários estaduais, entre 90% e 95% dos casos totais em tramitação nos Estados Unidos teriam terminado por meio de negociação, isto é, sem propriamente um julgamento.[6]

---

[4] GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common Law no Sistema Jurídico Americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. ***Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course***. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Vol. 1, n.º 12, set./out. 2011. Brasília: AGU, 2011, p. 11.

[5] Ver OFFICES OF THE UNITED STATES ATTORNEYS. ***Plea Bargaining.*** Disponível em: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/pleabargaining>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

[6] As estatísticas apresentadas e suas fontes podem ser conferidas no seguinte trecho, extraído de breve informativo do Escritório de Assistência de Justiça: "According to the Bureau of Justice Statistics (2005), in 2003 there were 75,573 cases disposed of in federal district court by trial or plea. Of these, about 95 percent were disposed of by a guilty plea (Pastore and Maguire, 2003). While there are no exact estimates of the proportion of cases that are resolved through plea bargaining, scholars estimate that about 90 to 95 percent of both federal and state court cases are resolved through this process (Bureau of Justice Statistics, 2005; Flanagan and Maguire, 1990)". BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. ***Plea and Charge Bargaining. Research Summary.*** Disponível em: < https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

3. A justiça penal negociada nos países de *Civil Law*: a experiência alemã

A recente experiência alemã de justiça negociada é um caso que merece atenção em meio ao presente debate, uma vez que o direito alemão, como o brasileiro, deita suas raízes no ancestral *ius romanum*, tomando parte das tradições jurídicas continentais da Europa. Vale recordar que as inovações jurídicas bem-sucedidas na Alemanha, seja na legislação *(Geseztgebung)*, seja na jurisprudência *(Rechtsprechung),* ou mesmo na doutrina *(Rechtsdogmatik),* não raro ressoam na ordem jurídica brasileira, inclusive no âmbito penal e processual penal. Observe-se, *e.g.*, o notório princípio da insignificância *(Bagatelldelikt),* adaptado ao direito penal por Claus Roxin, e a própria noção de tipo penal, a partir da teoria da tipicidade penal desenvolvida por Ernst von Beling.

A história da Alemanha moderna tem início em 1871, com a unificação de uma miríade de pequenos Estados germânicos sob a autoridade de Guilherme da Prússia, a partir de então imperador do *Reich* alemão. O novo Estado-Nação exigiu de seu soberano e seus ministros o desenvolvimento de uma sofisticada ordem legal, hábil a oferecer respostas jurídicas à altura das ambições da nova potência e dos desafios dos novos tempos. Entre outras leis relevantes, foi promulgado em 1877 um Código de Processo Penal *(Strafprozessordnung – StPO)*, que por um longo tempo apresentou-se como um modelo de processo penal ilustrado e reformista na Europa continental, evidenciando, por exemplo, uma distinção entre as instituições responsáveis pela acusação *(Staatsanwaltschaft)* e pela fase investigatória prévia ao julgamento *(Herrin des Vorverfahrens)*.[7]

Ainda hoje permanece em vigor o *StPO* alemão, severamente alterado, porém, por diversas emendas, notadamente a partir da restauração da democracia em 1945 e o advento da Lei Fundamental da República Federal Alemã, em 1949, com um novo paradigma constitucional e a significativa repercussão de sua nova sistemática de direitos fundamentais no já antiquado direito penal imperial.

A possibilidade da justiça penal negociada na Alemanha é, no entanto, obra da jurisprudência constitucional. Em 19 de março de 2013, o Segundo "Senado" *(Zweiter Senat)* da Corte Constitucional Federal *(Bundesverfassungsgericht)* julgou compatível com a Lei Fundamental as negociações entre acusação e acusado em processos criminais.[8] No entanto, resguardou-se com um entendimento consideravelmente

[7] Ver SAFFERLING, Christoph; HOVEN, Elisa. Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court. ***German Law Journal.*** V. 15, n.º 01, fev. 2014, p. 1. Disponível em: <static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56ª9613bcbced677de19d30b/1453941055327/GLJ_Vol_15_No_1.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

[8] Ver também MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. ***German Law Journal.*** V. 15, n.º 01, fev. 2014. Disponível em:

conservador, tendo em vista as práticas norte-americanas, exigindo que a atitude legislativa perante o assunto seja de estrita observância das proteções constitucionais. Ademais, concluiu afirmando que acordos informais, celebrados à margem da regulamentação legal, são inadmissíveis.[9]

4. A Resolução Nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público

No Brasil, Reunido em 7 de agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão competente, nos termos do § 2º do artigo 130-A da Constituição da República, para "o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros [...]"[10], editou a controversa Resolução n.º 181, que, *in verbis*, "dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público"[11].

Pode-se observar que a resolução foi aprovada tendo em vista maior liberdade e discricionariedade do Ministério Público em investigações criminais, cuja constitucionalidade foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral. Assim dispôs a Suprema Corte, em trecho de acórdão citado pela própria resolução ora em comento:

> O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado. [12]

<static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56a9613bcbced677de19d30b/1453941055327/GLJ_Vol_15_No_1.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

[9] Ver ementa da Decisão de 13 de março de 2013 da Corte Constitucional Federal da República Federal Alemã. Disponível em: < https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

[10] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

[11] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ***Resolução CNMP n.º 181/2017.*** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

[12] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 593727, Repercussão Geral, Rel. Min. Cézar Peluso, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14 de maio de 2015, publicado em 08 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

Tendo isso em vista, vale analisar os motivos que levaram o Conselho a viabilizar novos mecanismos de atuação investigatória e, como veremos, de negociação, para procuradores e promotores. Nesse sentido, a resolução é transparente e esclarece, com fundamentos sólidos, as razões das medidas adotadas:

> Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;
> Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;
> Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO: [...][13]

Já se discorreu sobre a urgência e a relevância dos motivos apontados, razão pela é necessário agora, então, analisar em detalhes o que foi de fato estabelecido pela Resolução n.º 181. A referida norma define procedimentos de investigação criminal e um deles, objeto deste trabalho, é o acordo de não-persecução penal, disciplinado em seu Capítulo VII.

O artigo 18 da Resolução indica o cabimento dos acordos, autorizando sua celebração diante de crimes cuja pena mínima cominada for inferior a quatro anos e que forem cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, além de quando não for possível o arquivamento. Exige-se que o investigado confesse formalmente e com detalhes o crime cometido e aponte as provas de seu cometimento. Ademais, é necessário o cumprimento de alguns requisitos, se cabíveis no caso. Nesse sentido, vejamos o que diz o *caput*, os incisos e parágrafos do artigo 18:

[13] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A30-181.pdf>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º [...]

[...]

II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

[...]

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

> § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.
> § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.
> § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.
> § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.
> § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.
> § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.
> § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.
> § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto."[14]

Vale ressaltar que em 12 de dezembro de 2017 o artigo 18 foi parcialmente alterado, bem como outros artigos da Resolução n.º 181, em razão de dúvidas quanto à viabilidade jurídica da norma. Entre as alterações, destaca-se a que inseriu no texto a condição que restringe o acordo a quando cominada pena mínima inferior a quatro anos e a que acrescentou mais cinco parágrafos ao artigo. Observados os aspectos gerais da Resolução que nos são relevantes, passemos agora à discussão acerca da controversa constitucionalidade dos acordos de não-persecução penal.

[14] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ***CNMP altera a Resolução n.º 181 e decide casos em que o MP pode propor acordos de não-persecução penal.*** Disponível em: < http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10890-cnmp-altera-a-resolucao-n-181-e-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>

5. A constitucionalidade dos acordos de não-persecução penal no Brasil

O princípio da supremacia da constituição, um dos fundamentos do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, exige que todas as leis e atos normativos editados pela União e pelos entes federados estejam em plena harmonia com os ditames da Constituição da República. Como é de se esperar, deve-se cotejar com o texto constitucional mesmo as resoluções emanadas de órgãos colegiados, como a própria Resolução n.º 181. Ademais, a possibilidade de celebração de acordos de não-persecução penal é uma caixa de pandora que traz ao debate público uma série de controvérsias e polêmicas acerca da adequação do procedimento aos direitos fundamentais escrupulosamente delineados no rol de incisos do artigo 5º da referida Constituição da República e a outros dispositivos constitucionais[15].

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) moveu em 11 de outubro de 2017 ação direta de inconstitucionalidade em face da Resolução n.º 181 (ADI 5.793), que permanece sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Segundo a Ordem, estão presentes inconstitucionalidades sensíveis no texto da resolução, com supostas violações a diversos princípios constitucionais:

> Analisando o ato normativo, verifica-se que os arts. 1º, caput, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18 se encontram eivados de inconstitucionalidade, na medida em usurpa a competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF).[16]

Especificamente quanto ao acordo de não-persecução penal, assim dispõe a redação da ação direta:

---

[15] CONJUR. ***Regra que permite ao MP ignorara ações penais gera controvérsias.*** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-11/regra-permite-mp-ignorar-acao-penal-gera-controversias>. Acesso em: 03 de março de 2018.

[16] ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ***Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.793***, p. 5. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-supremo-norma-mp-perdoa-quem.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

> Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no artigo 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal.
> *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*[17]

No entanto, não procedem os argumentos da OAB. Primeiro, não se há falar em violação ao princípio da reserva legal. É evidente que compete à União legislar sobre direito processual (inciso I do artigo 22, CR), porém, no caso, trata-se de procedimento extraprocessual, não há ação penal em tramitação, não há acusado, não há, enfim, processo. Por essa razão, não se observa afrontas ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e de nenhum outro princípio que almeja proteger o acusado dos excessos da ação punitiva do Estado. Tampouco procede o argumento de que o CNMP extrapolou seu poder regulamentar, porquanto o STF, no julgamento da ADC 12 MC, indicou que as resoluções do CNJ (e também do CNMP, por extensão), detêm "caráter normativo primário". Ademais, a Suprema Corte entendeu no julgamento do MS 27621 que o CNJ e o CNMP possuem o poder de "expedir atos regulamentares", que "são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência dos órgãos".[18]

Além disso, não se deve considerar a alegação de violação ao princípio da indisponibilidade da ação penal. Da mesma forma, o princípio da legalidade permanece incólume. Isso porque as circunstâncias (crimes que não representam grande ameaça à coletividade) e os desequilíbrios e injustiças da persecução penal do Brasil exigem uma flexibilização da atuação do Ministério Público, de forma que a persecução seja inteligente e de fato útil ao fim a que se destina e não uma atitude sempre inevitável e desenfreada em prol da denúncia e do processo. Além disso, a Resolução não admite a negociação irrestrita, mas submete-a a critérios rígidos, à luz do princípio da oportunidade regrada. Vejamos o que ainda nos informa Cabral:

[17] Ibid., p. 9.

[18] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. ***O Acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP.*** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 03 de março de 2018.

> A Resolução 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI). Nesse sentido, Barja de Quiroga afirma que o "princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista de pena" Barja de Quiroga. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 470). Sobre este último aspecto, Roxin e Schünemann consignam que: "com a substituição das teorias absolutas [retributivas] da pena, pelas teorias da prevenção geral e especial, que vinculam a aplicação da pena às necessidades sociais e à sua utilidade, o princípio da legalidade acabou perdendo parte de sua fundamentação teórica originária." E continuam os autores: "As exceções ao princípio da legalidade decorrem do princípio constitucional da proporcionalidade. É dizer, seguem a ideia de que é possível renunciar à punição, quando não se encontre presente, no caso concreto, uma fundamentação preventiva (com mais detalhes, vide: Rieß, 1981, p. 5)." (Roxin; Schünemann. *Strafverfahrensrecht*, 27a ed., p. 77). Em sentido semelhante, confira-se Volk. Grundkurs StPO, 7a ed., p. 114 e ss. Além disso, Binder chega a sustentar que o princípio da oportunidade decorre, também, dos princípios da *ultima ratio*, da mínima intervenção, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio de respaldo (Binder. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal, pp. 159-181).[19]

Uma breve discussão certamente não basta para exaurir todas as implicações constitucionais da Resolução n.º 181 quanto aos acordos de não-persecução penal. Entretanto, pelas razões já expostas, pode-se concluir sem dificuldades pela necessidade de tais procedimentos, bem como por sua adequação ao texto constitucional.

6. Conclusão

A possibilidade de celebração de acordos de não-persecução penal entre membros do Ministério Público e investigados é um avanço considerável na atuação ministerial, que abre as portas para uma futura persecução penal mais inteligente, eficaz e justa no Brasil, alinhada às práticas mais modernas e bem-sucedidas na Europa e nos Estados Unidos. Além disso, a negociação não é irrestrita, mas regrada, rigorosamente orientada pelas condições previstas no artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

É um passo consistente para que o protagonismo na resposta à criminalidade seja exercido tanto por promotores e procuradores como também pelos próprios investigados, evidentemente dentro da estrita legalidade. Aliás, viabiliza a superação da

[19] Ibidem.

judicialização compulsória (e compulsiva), exercida de forma inflexível em nome da indisponibilidade da ação penal, que concentra no processo judicial e na figura do juiz o poder (e o ônus) da resolução da causa.

Ademais, observa-se que os acordos de não-persecução penal consistem num mecanismo extraprocessual que guarda plena harmonia com os direitos fundamentais e os princípios constitucionais que regem a investigação, a acusação e o processo penal, apesar de críticas de setores do mundo jurídico, entre eles, com destaque, a Ordem dos Advogados do Brasil. Ressalte-se que posicionamentos demasiadamente intransigentes, talvez em nome de um certo garantismo alheio às particularidades da realidade delitiva brasileira, podem favorecer a perpetuação das injustiças e desequilíbrios de um sistema de justiça penal inconsistente e, em muitos aspectos, antidemocrático.

No mais, a inovação apresentada pelo Conselho Nacional do Ministério Público é disciplinada por critérios razoáveis e mesmo conservadores e não corre o risco de se desvirtuar e ensejar práticas extremas, estas sim, inconstitucionais, como não raro se observa no *plea bargaining*, em que inocentes transigem da própria liberdade, submetem-se a longas penas diante do medo de lhes serem cominadas em eventual julgamento outras muito piores. Tendo isso em vista, não é improvável que num futuro não muito distante os acordos de não-persecução penal deixem de ser um instrumento instiuído apenas administrativamente e se tornem objeto também das deliberações dos legisladores brasileiros

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. ***Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013.*** Disponívelem:<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/03/rs20130319_2bvr262810.html>. Acesso em: 02 de março de 2018.

BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE. ***Plea and Charge Bargaining. Research Summary.*** Disponível em: < https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 02 de março de 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. ***O Acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP.*** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em: 03 de março de 2018.

CONJUR. ***Regra que permite ao MP ignorara ações penais gera***

controvérsias. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-11/regra-permite-mp-ignorar-acao-penal-gera-controversias>. Acesso em: 03 de março de 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ***CNMP altera a Resolução n.º 181 e decide casos em que o CNMP pode propor acordos de não persecução penal.*** Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10890-cnmp-altera-a-resolucao-n-181-e-decide-casos-em-que-o-mp-pode-propor-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

_____. ***Resolução CNMP n.º 181/2017.*** Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

GILISSEN, John. ***Introdução Histórica ao Direito.*** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOUVEIA, Ana Carolina Miguel. Common Law no Sistema Jurídico Americano: evolução, críticas e crescimento do direito legislado. ***Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course***. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Vol. 1, n.º 12, set./out. 2011. Brasília: AGU, 2011.

MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. ***German Law Journal.*** V. 15, n.º 01, fev. 2014. Disponível em:<static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56ª9613bcbced677de19d30b/1453941055327/GLJ_Vol_15_No_1.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

OFFICES OF THE UNITED STATES ATTORNEYS. ***Plea Bargaining.*** Disponível em: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/pleabargaining>. Acesso em: 02 de março de 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ***Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.793***. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/oab-supremo-norma-mp-perdoa-quem.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2018.

SAFFERLING, Christoph; HOVEN, Elisa. Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court. ***German Law Journal.*** V. 15, n.º 01, fev. 2014, p.1. Disponívelem:<static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56ª9613bcbced677de19d30b/1453941055327/GLJ_Vol_15_No_1.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário 593727, Repercussão Geral, Rel. Min. Cézar Peluso, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14 de maio de 2015, publicado em 08 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

"NÃO EXISTE PECADO DO LADO DE BAIXO DO EQUADOR?" TURISMO SEXUAL EM GRANDES EVENTOS DESPORTIVOS: DESAFIOS SOCIAIS E JURÍDICOS – O CASO BRASILEIRO

Andrea Almeida Campos[1]

Sumário: 1. "Ultra Aequinoxialem non Peccati"? Não existe Pecado do Lado de Baixo do Equador?; 2. "Dura Lex Sed Lex"? A Lei é dura, mas é a lei?; 3. "Hoc Ipsum Est". Eis o Caso; 4. "Ubi Bene, Ubi Patria". Onde se está Bem, aí está a Pátria.

1. "Ultra Aequinoxialem Non Peccati"? Não existe pecado do lado de baixo do equador?

Não existe pecado do lado de baixo do Equador? Antes de ser uma pergunta, essa foi uma afirmação feita pelo historiador e teólogo holandês, Caspervon Barlaeus, em seu livro de viagens de 1660, *Rerum per octennium in Brasilien* (apud PARKER, 1991) no qual ainda escrevia "é como se a linha que divide o mundo separasse, também, a virtude do vício". Logo, caberia às zonas temperadas, à Europa, o berço das virtudes e aos trópicos, às américas meridionais, a alcova dos vícios. Os quentes trópicos, não os tristes trópicos de Claude Lévi-Strauss[2], tiveram uma imagética construída sobre a difundida ideia de que, em meio às palmeiras, coqueiros e pássaros exóticos, apenas pulsaria uma ardente licenciosidade, uma lascívia docilmente permitida e albergada por uma ética sexual, naturalmente, lúbrica. Desde os tempos do descobrimento das Américas, os corpos nus e "disponíveis" dos povos nativos, principalmente, das suas integrantes do sexo feminino, eram o faiscante motivo no cenário onde descortinava-se o Éden nas novas terras. Eram o mais desejado prêmio para aqueles que conseguissem sobrepujar as agruras da travessia oceânica, sempre ameaçadora e traiçoeira. Generalizavam-se os relatos de que as mulheres nativas, chamadas de índias, por ser aqui o caminho para as Índias, ou a própria Índia, ofereciam-se, voluntariamente, ao gozo das delícias da carne com o homem branco, pelos quais nutririam um incomensurável fascínio. Não havia o que se falar em violência sexual contra as nativas ou qualquer sorte de abusos que fossem da natureza do congresso de corpos. As índias sequer exigiriam espelhinhos ou bugigangas para o ofertório de seus sexos que só pediam em troca o pleno deleite e o chamego do homem europeu.

Mais de quinhentos anos se passaram, muito ocorreu e foi mudado sobre os

---

[1] Professora e Pesquisadora de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Brasil. Doutoranda pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestre em Desenvolvimento Urbano e Regional pela Universidade Federal de Pernambuco.

[2] O antropólogo belga Claude Lévi-Strauss viveu no Brasil de 1935a 1939, tendo publicado o livro "Tristes Trópicos" em 1955 como produto dessa experiência.

trópicos, mas o estigma continua, ainda que o aclamado "Éden" e as suas florestas tenham sido, em grande parte, devastados, ainda que as nativas desses trópicos continuem a serem devassadas. Devassadas pelo forasteiro, devassadas pelos nativos de suas próprias "tribos". Devassadas pela miséria social, devassadas por uma legislação que durante esses mais de quinhentos anos, em sua aplicação, só pune e reconhece a violência sexual quando praticada contra mulheres brancas e das classes superiores. E as índias, e as filhas das filhas das índias? Ah, essas se entregam ao bel-prazer, não são vítimas de quaisquer tipos de exploração sexual. Se algo as vitimiza, esse algo são os seus próprios vícios. Foi assim que, passados cinco séculos, o conquistador e o invasor continuaram as mesmas práticas sexuais dos tempos selvagens no Brasil, prosseguiram com a mesma perspectiva, os mesmos desejos e o mesmo elã de seus antecessores, apenas não ficam no Brasil por tanto tempo e mudaram de nome, ao invés de invasores, eles são chamados de "turistas sexuais".

As práticas de exploração selvagem advindas desse turismo, perpetua-se em razão de uma ambiência selvagem e sexualmente predatória, sobre a qual repousa a sociedade brasileira. As nativas, índias e negras, essas últimas, não nativas, mas integradas ao processo de estigmatização e de exclusão, continuam a serem reificadas e abusadas através do sangue e da pele de suas descendentes índias, brancas, negras e mestiças, herdeiras de uma sociedade de enclaves, herdeiras de uma dor tatuada no tempo. A dor de serem as imperdoáveis pecadoras vitimizadas pelos pecadores com perdão. Não existe pecado do lado de baixo do Equador? Existe, e quem o comete é o modelo perverso de construção social brasileira.

2. "Dura lex sed lex"? A lei é dura, mas é a lei?

As Ordenações Portuguesas que estiveram vigentes no Brasil até 1830 no que tange às disposições penais, tipificava a prostituição, sendo a mesma, portanto, crime. Após 1830, com a promulgação do Código Penal do Império, o comércio carnal passou a ser atípico, sendo incriminadas, tão somente, as práticas que o favoreceriam, propiciando-o. Vozes ecoadas tanto do direito temporal quanto do direito espiritual proclamaram a importância da função da meretriz. No Direito brasileiro Nélson Hungria (1958) afirmava que "o meretrício é um mal inexpurgável que, de certa forma, deve ser mantido". Da frase de São Tomás de Aquino (apud HUNGRIA, 1958) "a prostituição é comparável à cloaca de um palácio; removida aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro" depreende-se que a prostituição foi, historicamente, um dos instrumentos de manutenção da ordem familiar patriarcal, ficando as prostitutas responsáveis por purgar a lascívia masculina de forma com que essa não fosse encetada à ordem familiar estabelecida. Dentre as tutelas penais regulatórias, proibitivas e abolicionistas, o legislador pátrio fez a opção pelo abolicionismo, portanto, não se imiscuindo o Estado nas práticas do comércio carnal, mesmo que incriminando alguns atos concernentes à exploração da prostituição. Aproveitemos para nos lembrar das lições do Grande

Magalhães de Noronha (1998), que nos informa que há três tipos de rufiões: o "maquereau", que faz uso da coação para explorar a prostituta, infundindo-lhe terror; o "comerciante", que faz da exploração sexual uma atividade comercial, associando-se à meretriz; e o "cafinflero", que utiliza-se tal como um Don Juan de seu poder de sedução, sendo, geralmente, amante da prostituta.

Penalistas contemporâneos como André Estefam (2009) e Renato de Mello Jorge Silveira (2006), são favoráveis à descriminalização inclusive, dessas práticas, classificando o legislador de moralista. Silveira afirma que essas atitudes de favorecimento ao "não se utilizarem de violência ou grave ameaça, somente se justificam se houver uma perspectiva histórica de repressão ao que se considera impudico. Desta feita, as condutas devem ser afastadas de qualquer sorte de previsão penal"[3]. Estefam enfatiza as exceções, quais sejam "situações em que a incidência do Direito Penal se mostra razoável e plenamente justificada: trata-se do abuso e da exploração da prostituição mediante violência, grave ameaça ou qualquer situação em que se deem vícios no consentimento ou quanto à prostituição infantil ou de pessoas vulneráveis". Os autores são acordes no que concerne à autonomia da vontade e à liberdade de escolha daquela ou daquele que o Código denomina de vítima, inclusive, afirmando que é essa "escolha", desde que livre e sem vícios, que deve ser tutelada pelo legislador. Estefam arremata a questão argumentando que "a incriminação ofende o Texto Maior por malferir a dignidade da pessoa humana, que não tolera a tipificação penal de comportamentos exclusivamente imorais". Aplaudiríamos ardorosamente os autores se não observássemos que o legislador nos códigos penais brasileiros tipificaram as práticas sexuais que poderiam atingir a família, melhor ainda, às "moças de família", descriminalizando a prostituição ao nosso ver, por ser essa uma "lida" de moças não contempladas pelo status quo, marginalizadas política e socialmente, às quais caberiam a função de "expurgar" os vícios do macho libidinoso, devolvendo-o "limpo" à sociedade que as exclui.

Se fôssemos fotografar a violência sexual no Brasil, através do tratamento dado pelo legislador, o diagnóstico poderia ser alvissareiro. Durante a colonização do país, a lei vigente em solo pátrio eram as Ordenações Portuguesas e no que tange ao âmbito criminal, o Livro V das Ordenações Filipinas esteve vigente de 1603 a 1830. Nele podemos repousar os olhos sobre uma lei repressora que punia os crimes de estupro, conjunção carnal pelas vias "normais", ou seja, introdução do pênis do homem na vagina da mulher, com a pena de morte. No entanto, sabemos que essa rigidez era aplicada, tão somente se as vítimas fossem mulheres brancas e virgens, se solteiras, mulheres pertencentes às classes abastadas e se o criminoso fosse um despossuído, pois rezava a

[3] Bases Críticas para a reforma do Direito Penal Sexual. Tese de livre-docência. Faculdade de direito da USP. São Paulo, 2006. P. 412, apud Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1115

Lei no seu Título XVIII "se o praticar com mulher que ganhe dinheiro per seu corpo ou com scrava, não se fará execução" (sic). Mesmo sendo brancas e não escravas, as mulheres estupradas das classes inferiores, uma vez "desonradas", teriam por destino, geralmente, a sarjeta dos bordéis, já que não seriam mais portadoras de quaisquer moedas de troca no mercado matrimonial. Cumpriam pena pelo crime do qual haviam sido vítimas. Não havia o que se falar em estupro das índias ou das negras escravas, muito menos quando praticados pelos senhores dessas últimas. Essas eram mulheres naturalmente, sexualmente, disponíveis, lascivas, erotizadas pelo imaginário do invasor, sedutoras, quando o que ocorria era uma condição de vulnerabilidade social e subalternização, estando em jogo as suas próprias sobrevivências. Mesmo Gilberto Freyre (2006), na sua obra-prima Casa Grande e Senzala, criticado por aqueles que afirmam que o "mestre de Apipucos" enfatizou tão apenas o caráter idílico das relações entre, principalmente, brancos e negras, afirma em seu livro que dentre os povos brancos, negros e índios, o mais libidinoso e luxurioso era o povo branco, o povo invasor. Com o Código Criminal do Império de 1830, as penas para os crimes sexuais continuaram rigorosas, assim como a aplicabilidade da maioria dos crimes continuou restrita, por lei e de fato, às chamadas mulheres "honestas". O legislador de 1830 intitulou os crimes sexuais de "Crimes contra a Segurança da Honra". Portanto o bem jurídico tutelado das vítimas era a honra, honra sua, honra de seus pais e de seus irmãos, honra de seus maridos, de suas famílias. Logo, aquelas que eram consideradas já "desonradas" não eram tuteladas pela lei e mesmo quando essa a tutelasse, as penas para os criminosos eram significativamente minoradas. Vejamos como o art. 222 do vetusto Código Criminal de 1830 tipifica o crime de estupro, IN VERBIS:

> Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
> Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.
> Se a violentada fôr prostituta.
> Penas - de prisão por um mez a dousannos. (sic)

Despiciendo dizer que a pena no caso da vítima ser prostituta não era aplicada. Mais ainda, dificilmente o delito chegaria sequer à polícia judiciária, quem dirá às barras da Justiça. Inobstante o grau de violência empregado na prática de todos os crimes sexuais, fossem os de sedução, rapto, atentado violento ao pudor ou estupro, não haveria aplicação de pena nos casos nos quais os réus se casassem com as ofendidas. O posterior Código Criminal de 1890, promulgado após a proclamação da República e a abolição da escravatura, intitulava os crimes sexuais de "Da Violência Carnal", migrando do bem jurídico "honra" para o bem jurídico "carne", sendo que o espírito conservador e patriarcal da lei, bem pouco foi modificado, ao contrário, abrandou as penas a serem aplicadas aos criminosos. No que tange ao crime de estupro, as penas continuaram diferenciadas na hipótese da vítima ser mulher "honesta" ou prostituta, a chamada "mulher pública". Quanto aos outros crimes carnais não havia essa distinção simplesmente porque a prostituta não era considerada uma vítima dos mesmos quando

contra elas os eram cometidos.

A Lei Penal de 1940, denominou, *ab initio*, os crimes dessa seara de "Crimes contra os Costumes", enfatizando não mais a honra das vítimas, ou suas carnes, mas a moral social em detrimento da sexualidade individual. Um desses crimes que revela o desenho patriarcal dos interesses que protegia e que já era existente na ordem penal pátria desde as Ordenações Filipinas, e que já foi aqui mencionado, era o Crime de Sedução previsto no revogado art. 217, IN VERBIS:

> Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Esse crime era uma afronta às famílias que tinham na virgindade de suas filhas, o valor maior para a contratação de um bom casamento, para as suas adequações ao modelo social vigente. Uma mulher desvirginada, deflorada, era uma mulher excluída de um padrão que determinava para ela um casamento onde exerceria as funções de esposa e de mãe de "família". Uma vez desvirginada e não casada, estaria "perdida" para sempre. O fato do casamento é tão mais importante do que a violência porventura sofrida pela mulher menor, entre quatorze e dezessete anos no caso, que não importa como houvesse ocorrido o crime, caso o criminoso se casasse com a vítima, teria a sua pena extinta (dispositivo revogado, inciso VII do art. 107 do CP) e isso ocorria em todos os tipos penais que tratavam dos crimes sexuais contra menores. Uma vez casados, crimes sanados. E esse dispositivo esteve vigente até 2005.Mesmo com as mudanças do Código Penal vigente, subtraindo o tipo da Sedução com a Lei 11.106/2005 e, mais recentemente, com a reforma introduzida pela Lei 12.015/2009, que passou a denominar os crimes sexuais de "Crimes Contra a Dignidade Sexual", valorizando o individual sobre o social, os crimes sexuais quando perpetrados contra mulheres em situação de vulnerabilidade, não em função de suas idades, podendo ser menores ou maiores, mas de vulnerabilidade social, continuam a serem invisíveis para a Justiça, já que são invisíveis para a sociedade, já que são invisíveis para o Estado, já que elas não sofrem abusos, já que são, assim como as suas antecessoras na História do Brasil, índias e negras, naturalmente libidinosas e sexualmente disponíveis. Esse estado de coisas, no qual meninos e meninas, moças e rapazes, mulheres e homens estão em condição de abandono, é salão encerado para que o turismo sexual continue a grassar nas terras tupiniquins e a bailar a sua coreografia medonha na qual os próximos passos são o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o tráfico de pessoas e o tráfico de órgãos humanos. A lei é dura, mas é a lei? A lei no Brasil tem sido dura tão apenas para proteger os interesses do status quo e dos que as legislam. Para os que estão socialmente excluídos, a sua não aplicação é bastante dura para ferir as suas dignidades.

3. “Hoc ipsum est”. Eis o caso

Na terra em que tudo dá, entendemos que “Turismo Sexual” não é nada mais, nada menos, que a perpetuação de uma prática capitaneada pelo próprio homem branco colonizador, proveniente das zonas temperadas, das zonas “virtuosas” e que continua a encontrar em “Terras Brasilis”, um solo fértil, um solo em que tudo dá e onde dá pra fazer tudo, já que, se os próprios homens locais, herdeiros dessa mentalidade perversa, se o próprio Estado vilipendia, maltrata e exclui não só mulheres, mas também homens, que não são favorecidos com políticas públicas de saúde, educação e geração de emprego, por que o alienígena agiria de forma diferente? Ao contrário, o alienígena, o turista sexual, ao aportar nos trópicos tendo jovens mulheres e homens como objetos de desejo, os dá visibilidade, os alça à condição de seres existentes, nem que seja, estritamente, para satisfazer à própria lascívia. A menina, a mocinha, o rapazinho que não são considerados como sujeitos de direito pela sociedade local, sentem-se valorizados, especiais e os seus algozes recebem as cores de príncipes encantados, através dos quais poderão receber um passaporte para a redenção, para um casamento, para a possibilidade de formação de uma família, mesmo que o que se venha a encontrar do outro lado seja um outro inferno, a crença preponderante é de uma possível inclusão social ultramares.

Esse fenômeno está presente na sociedade brasileira, mais ainda nas cidades praianas das regiões norte, nordeste e sudeste, durante o ano inteiro, mas em tempos de grandes eventos, quando a afluência de turistas multiplica-se geometricamente, o processo ganha dimensões exponenciais e se esse contingente de cidadãos continua transparente para as políticas públicas, o aumento de crimes sexuais contra maiores e menores, o tráfico de seres humanos e a seu reboque, o tráfico de drogas e de armas atingem uma dimensão cujos efeitos são devastadores para os mais diversos âmbitos da sociedade.

Corroborando a tese de que o problema é, antes de tudo, social e endêmico, números fornecidos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, indicam que não só durante grandes eventos, mas durante a consecução de grandes obras o aumento da prostituição e dos crimes de estupro galgam índices astronômicos, chegando a um incremento de 208%. Quanto à violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, a insuficiência no número de Conselhos Tutelares e a conivência familiar endossam a criminalidade. Estudos revelam que grande parte das crianças e adolescentes que se prostituem são vítimas de abuso sexual perpetrado por seus próprios parentes, sejam pais, padrastos, tios ou irmãos, com a omissão das mães. As mães se omitem para não perderem os homens que provêm a família economicamente. No entanto, muitas vezes, essas mães é que são as provedoras, mas elas silenciam diante dos abusos porque não querem perder o homem que, dentro de casa, lhe dá respeitabilidade social e eleva a sua autoestima, não importando ser um abusador de suas filhas. São essas mães e demais parentes, mesmo quando não abusadores, que incentivam os filhos, geralmente, as filhas a se prostituírem, sujeitando-as às mais diversas violências que não se exaurem na violência sexual, mas que envolvem lesões corporais leves e graves, tráfico e, em muitos

casos, as suas mortes.

Para a Copa do Mundo de 2014 foram esperados, segundo o Ministério do Turismo, cerca de 600.000 turistas, uma grande parte, do sexo masculino. Ao final, no cômpito geral, segundo o Ministério do Turismo, foram 1.000.000 de turistas estrangeiros que estiveram no país durante o evento, provenientes de 202 países distintos. Dados da Polícia Federal apontam para 700.000 estrangeiros no mesmo evento. Em junho de 2013 houve a Copa das Confederações na qual o maior número de turistas foram turistas nacionais, em razão de sua configuração como evento local: 230.000 turistas nacionais contra 20.000 turistas estrangeiros, segundo dados, também, do Ministério do Turismo. Em 2016, durante os Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, somaram-se o ingresso de 410.000 turistas estrangeiros no país. Para adolescentes e jovens em situação de precariedade social, viagens para uma existência digna se avizinharam. Assim como, sempre fazem brilhar os seus olhos, a chegada de aviões fretados com homens europeus, vindos ao país, exclusivamente, com o objetivo de fazerem turismo sexual. O fretamento de aviões com esse mister e a política de turismo do país a espalhar cartazes ao redor do mundo nos quais corpos sedutores em trajes mínimos de mulheres brasileiras eram o principal chamariz para que a moeda estrangeira adentrasse o território nacional pela prática do turismo, eram corriqueiros e institucionalmente estabelecidos. Logo, nada mais adequado ao Estado do que ser omisso diante da prostituição e dos abusos sexuais, uma vez sofridos pelas "iscas", quais sejam, jovens das periferias dos grandes centros, quando não, vindos de cidades do interior onde não lhes eram oferecidas quaisquer perspectivas de desenvolvimento humano.

Mas algumas medidas têm sido tomadas para combater o turismo sexual, parcas, diga-se de passagem, não em sua fonte, mas em seu desaguadouro. O que ocorre é que se detectou que essa espécie de turismo é bem menos lucrativa do que o turismo familiar, cultural e de passeio[4]. As Varas da Infância e da Juventude por todo o Brasil esforçam-se por proteger as vítimas, evitar ou minorar os danos. Mas não é o suficiente. O Governo Federal tem as suas ações reduzidas a cartazes em aeroportos e hotéis nos quais estão os dizeres de que o país não é lugar de turismo sexual com menores. A fiscalização da entrada de "acompanhantes" não registrados nos quartos dos hóspedes de hotéis foi aumentada, no entanto, como resultado, o que se viu foi o desvio desse contingente que saiu dos hotéis e passou a hospedar-se em "flats" mais permissivos ou a alugar apartamentos ou casas por temporadas nas quais as festas orgíacas com menores e prostitutas (de ambos os sexos) correm soltas, despiciendo salientar o quanto de drogas lícitas e ilícitas "animam" essas festas. A realidade é que há uma economia que gira em torno do turismo sexual. Essa economia não diz respeito apenas às agências de turismo,

[4] Segundo dados apresentados pelo Jornal Gazeta do Povo de Curitiba na edição de 04 de setembro de 2012.

transporte aéreo e hotéis, mas a um sem número de atores que congestionam essa teia, quais sejam, motoristas de táxis, recepcionistas de hotéis e pousadas, donos de boates, bares, motéis e restaurantes, garçons, os agenciadores dos "acompanhantes", as famílias dos "acompanhantes" até desembocarmos nos traficantes de drogas, de armas e de seres humanos. Não fossem esses últimos crimes que dilaceram uma sociedade em todas as suas camadas, sustentamos que essa economia continuaria a livremente dinamizar-se "suprindo" a ausência de políticas públicas estatais.

4. "Ubi bene, Ubipatria". Onde se está bem, aí está a pátria. Desafios sociais e jurídicos

Lembremo-nos dos argumentos, aqui já suscitados, de que as políticas que, porventura, existam contra a prostituição são de natureza moralizadoras, e de que quaisquer medidas repressivas quanto às suas práticas ferem a autonomia da vontade de homens e mulheres de disporem de seus corpos da maneira que melhor lhes aprouver, indo essas medidas de encontro às suas próprias dignidades. Seríamos favoráveis a esses argumentos, se as pessoas que viessem a dispor comercialmente de seus corpos houvessem sido contempladas com políticas públicas inclusivas, tais como as de saúde, educação, moradia e geração de emprego. Se pessoas para as quais a sociedade abriu todas as possibilidades para um mínimo existencial digno, nesse mínimo estando contemplado a nosso ver uma formação em um curso técnico ou em um curso superior, escolhessem como atividade laboral o comércio carnal, nada teríamos a nos opor. No entanto, os fatos e os dados nos mostram que a grande maioria dessas pessoas que fazem essa "livre" escolha, que agem segundo as suas "autonomias", são aquelas que não podemos sequer dizer que foram esquecidas pelo estado, pois entendemos que nunca foram, ao menos, lembradas por ele. E, se por acaso, alguma vez foram focalizadas pelas políticas estatais, mais ainda no que concerne às políticas de incentivo ao turismo, o foram para servirem de apelo aos alienígenas que viriam ao Brasil para confirmarem a percepção do teólogo Gaspar von Barlaeus de que não haveria pecado do lado de baixo do Equador. Se seriam abusadas, se sofreriam desilusões ou violência, isso não era um problema social a ser enfrentado e devidamente solucionado. Não seria um problema social, político e, ainda menos, legal. Não somos favoráveis à criminalização da prostituição, não é isso que propomos. Mas queremos chamar a história do Brasil e o seu modelo político e social às falas. Queremos tirar o véu de hipocrisia que encoberta o "mens legis" ao normatizar os crimes sexuais, historicamente, de forma à manutenção da família patriarcal e bem menos ou nada com vistas à manutenção do bem-estar físico e emocional das suas vítimas. Queremos tirar o véu da hipocrisia de que o legislador é historicamente liberal ao não tipificar a prostituição, quando inferimos que ele assim o fez, porque ela foi um forte instrumento de manutenção de "corpos de reserva" para a preservação da virgindade das moças, porque evitaria a existência de tantas "teúdas e

manteúdas"[5] e porque serviam como filtro de purgação dos "vícios" para os quais as santas mães de família não poderiam ser expostas. Mas tendo em vista que estes fatores pertencem ao passado, o que faria hoje o Estado e o legislador serem a favor da prática no caso brasileiro? Defendemos que os são favoráveis pelas mesmas razões que os são omissos em relação ao turismo sexual. Somos da opinião de que a prostituição proporciona às suas praticantes aquilo que o Estado nega-as e, portanto, a mantém como forma de serem menos pressionados a implementarem políticas sociais. Examinando o fenômeno, vemos, através dele, que homens e mulheres, rapazes e moças a quem chamamos de vítimas do turismo sexual, quer pratiquem o meretrício por vontade própria ou não, aprendem na vida que o Estado pode ser visto sim, pode ser tocado sim, pode ser escutado sim, mesmo em uma língua estrangeira e que ele anda de avião. O Estado para essas pessoas é esse estrangeiro que é visto não como um algoz, mas como aquele que poderá socorrê-las de sua própria pátria, que não é pátria, mas "padrasta", a fim de atribuir-lhe um nome, um lugar no mundo, uma existência, uma cidadania. Se existe hoje, alguma preocupação com o turismo sexual, ele existe porque se percebeu que ele não é tão lucrativo além de ser um caminho para a prática de crimes considerados mais graves como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas, como já aludimos.

Em 2014, durante a Copa do Mundo, e em 2016, durante as Olimpíadas, foram abertas as portas da "casa-Brasil" para "copas, mesas e camas". Os Municípios que hospedaram os jogos correram contra o tempo na construção de infraestrutura. De acordo com o Ministério dos Esportes e Orçamento Anual dos Municípios do Rio de Janeiro, Recife, Salvador, Fortaleza e Natal, cidades praianas onde tradicionalmente ocorre o turismo sexual, desde 2010 essas capitais têm gasto cerca de 5 milhões de reais por ano em políticas de prevenção e combate à exploração sexual de crianças e adolescentes, enquanto que os investimentos na Copa do Mundo de Futebol giraram em torno de 2 bilhões de reais. Não se encontram estatísticas a respeito do turismo sexual, suas cifras são ocultas e sabe-se que não se elaboram ou se implementam políticas públicas sem dados e orçamento. Segundo o Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Estados e Municípios estão ausentes das discussões, inertes nas ações e omissos em seus orçamentos[6]. Salientando que os investimentos pífios quando os há, são apenas para crianças e adolescentes, pois mulheres e homens adultos em vulnerabilidade social sequer são considerados quando se trata de exploração sexual, afinal são "autônomos" e fazem o que bem entenderem com seus corpos e as suas sexualidades. O fato é que, a despeito de taças, medalhas e troféus que alguns jovens do país ganharam ou que, porventura, venham a ganhar em grandes eventos desportivos internacionais, grande parte deles, seguem sem copa, mesa,

[5]Denominação legal dada às mulheres que mantinham uma relação amorosa e eram mantidas economicamente por um homem sem serem casadas com ele, geralmente um homem já casado.

[6] Citado no Jornal Gazeta do Povo de Curitiba na edição de 04 de setembro de 2012.

cama e sala, sejam sala de estar, sala de estudo ou sala de trabalho, e continuam a contabilizar gols ao serem chutados pela pátria amada *brasilis* no fundo das redes de esgoto.

Referências

Livros:

ESTEFAM, A. Crimes Sexuais. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREYRE, G. Casa Grande e Senzala. São Paulo: Global Editora, 2006.

HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. 8.

LÉVI-STRAUSS, C. Tristes Trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

NORONHA, E. M. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1998. vol.3.

PARKER, R.G. Corpos, prazeres e paixões: a cultura sexual no Brasil contemporâneo. São Paulo: Best Seller, 1991.

PIERANGELI, J. H. Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica. São Paulo: Javoli, 1980.

Dicionário:

COSTA, W. V. Latim: minidicionário de expressões jurídicas. São Paulo: Ícone, 2005.

Leis:

Código Penal. Antônio Clarét Maciel do Santos, org. São Paulo: Rideel, 2017.

Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal. Luiz Flávio Gomes, org. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

Internet:

Jornal Gazeta do Povo http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/infancia-sem-copa/

OS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

Jorge Filipe Soares Rafael[1]
José de Campos Amorim[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Enquadramento teórico; a) Evolução das disposições legais no contexto internacional e nacional; b) Principais determinantes dos PT; c) Os métodos de determinação dos PT; 3. Conclusão

1. Introdução

Com a globalização da economia e o aumento da concorrência entre as empresas dispersas por todo o mundo, as mesmas começaram cada vez mais a crescer através de processos externos (aquisições ou fusões) em detrimento do crescimento interno. As multinacionais começaram a apresentar um peso cada vez mais significativo nas economias, que se estima em cerca de 60% do volume do comércio global.

Tendo em conta a interligação entre as empresas do grupo, as transações que ocorrem entre elas podem ter como objetivo a deslocalização dos lucros de umas empresas para outras com vista à otimização fiscal. Com estas estratégias de otimização fiscal, que numa primeira instância podem ser classificadas de legalmente aceites, na realidade ultrapassam em grande medida os valores éticos instituídos na sociedade. Estas estratégias podem ser classificadas como planeamento fiscal abusivo, na medida em que visam a obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios e penalizam a arrecadação de receitas fiscais dos Estados.

Devido a esta problemática surge assim a necessidade de implementar regras em matéria de preços de transferência (PT) baseadas no princípio da plena concorrência. Este princípio tem como premissa que as transações que ocorrem entre empresas relacionadas devem ser idênticas às transações ocorridas entre empresas independentes. Assim as regras relativas aos PT exigem sempre a comparação entre as transações ocorridas entre empresas relacionadas e as transações ocorridas entre empresas independentes no sentido de comprovar que não existem motivos externos à simples transação realizada que tenham como finalidade a otimização fiscal ou a deslocalização

[1] Mestre em Contabilidade e Finanças pelo ISCAP (Porto); Auditor na Mazars Portugal; E-mail: jorgerafael1989@gmail.com

[2] Doutorado em Direito pela Universidade de Evry em França; Professor Coordenador de Direito Fiscal no ISCAP (Porto); E-mail: j.camposamorim@gmail.com

de lucros.

Com base neste pressuposto, este artigo pretende demonstrar duma forma bastante clara e sucinta alguns aspetos relacionados com o regime de PT e não explorar todas as temáticas, o que seria impossível de alcançar em apenas um artigo tendo em conta a magnitude deste tema. Dessa forma este artigo apresenta um enquadramento teórico que visa analisar o regime dos PT e os métodos consagrados para a aplicação do regime. Por fim, serão apresentadas as principais conclusões.

2. Enquadramento teórico

a) Evolução das disposições legais no contexto internacional e nacional

Com a crescente internacionalização da economia e a expansão dos grupos económicos à escala internacional, os Estados foram obrigados, a partir dos anos 70, a rever os seus sistemas fiscais no sentido de combater o risco de manipulação dos PT e reforçar os seus mecanismos de controlo sobre os PT praticados entre entidades relacionadas.

A criação de um regime fiscal apresenta bastantes dificuldades não apenas pela complexidade das transações comerciais mas também pela dificuldade em aplicar os métodos de determinação dos PT, bem como em promover uma cooperação administrativa em matéria fiscal entre os Estados com vista à comparabilidade das operações substancialmente idênticas. Todos estes obstáculos não têm contribuído para o exercício da comparabilidade entre as operações substancialmente idênticas nas relações especiais estabelecidas entre entidades relacionadas. Os PT constituem um instrumento fundamental ao serviço dos grupos económicos que neles retiram um conjunto de vantagens fiscais para o seu desenvolvimento económico comparativamente com os regimes de tributação menos incentivadores noutros países.

Esta temática, tem levado os Estados a adotarem medidas a nível interno e internacional no sentido de limitar todo o tipo de prática abusiva em matéria de PT.

Ao nível internacional, foram aprovados pela OCDE em 1979 os Princípios diretores aplicáveis aos PT e dirigidos às empresas multinacionais e às administrações fiscais – The *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises in Tax Administrations* (terminologia inglesa) - (doravante designados Princípios Diretores da OCDE)[3], prevendo que os PT sejam determinados de acordo com os princípios da

[3] Estes Princípios Diretores da OCDE constituem uma revisão do relatório da OCDE sobre os PT e as empresas multinacionais de 1979. Foram inicialmente aprovados pelo Comité dos assuntos fiscais em 27 de junho de 1995 e pelo Conselho da OCDE em 13 de julho de 1995 para publicação. Ver Silberztein, Caroline,

substância económica e da plena concorrência. Ao nível da União Europeia (UE), foram determinadas várias medidas[4], entre as quais se destaca o Código de Conduta sobre a Fiscalidade das Empresas, aprovado em l de dezembro de 1997 pelo Conselho da União Europeia e pelos Ministros das Finanças dos Estados-membros[5], prevendo, entre outros, a cooperação entre os Estados-membros em relação às medidas suscetíveis de terem uma influência na localização das atividades económicas na UE. Salienta-se igualmente a comunicação da Comissão Europeia (CE) sobre PT no domínio da prevenção e resolução de litígios e as diretrizes sobre os acordos prévios em matéria de PT na UE[6].

No contexto nacional, o legislador português consagrou no art. 63.º do CIRC uma norma anti-abuso destinada a corrigir a matéria coletável no caso dos termos ou condições das operações sobre bens, serviços e direitos não serem substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis. Esta norma anti-abuso define claramente o princípio de plena concorrência que deve estar subjacente em todas as transações. Este artigo define ainda o que são relações especiais, adverte para a necessidade de reunir a documentação respeitante à política dos PT, define os métodos que asseguram a comparabilidade das operações e, por fim, alerta para a necessidade do preenchimento da Informação Empresarial Simplificada (IES) relativamente às matérias de PT.

Adicionalmente, foi transposto também para o ordenamento jurídico português uma das ações definidas no Plano Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)[7], aprovado em 2013, através do art. 121.º - A do CIRC, que define os grupos de empresas que se devem submeter ao Country-by-Country Reporting (CbCR).

Na legislação nacional, destaca-se ainda a Portaria 1446-C/2001, de 21 de dezembro, que refere os métodos de determinação dos preços (extraídos da OCDE), a

---

"The 2010 uptade to the OECD. Transfer Pricing Guidelines", in Dennis Weber and Stef van Weeghel, *The 2010 OECD Updates. Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, Kluwer Law International BV, Holanda, 2011, p. 147-160.

[4] Santos, António Carlos dos e Palma, Clotilde Celorico, «A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial», CTF, nº 395, julho-setembro 1999, p. 9-36.

[5] Resolução do Conselho e dos Representantes dos governos dos Estados-membros de 1 de dezembro de 1997 relativa a um código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (98/C 2/01).

[6] SEC(2007) 246) / COM/2007/0071 final.

[7] A OCDE apresentou, com o apoio político do G20, o BEPS, que visa o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação. Este plano pretende marcar o fim de uma época de *laissez-faire* e assinala uma nova era de intervenção dos Estados traduzindo-se, concretamente, na elevação do padrão das melhores práticas a serem implementadas, no plano fiscal, pelas empresas no âmbito das suas atividades, bem como do nível de equidade em matéria de pagamento de impostos.

aplicação do princípio da plena concorrência, a fixação das margens brutas, das margens líquidas e de outros indicadores de referência indispensáveis para aferir a comparabilidade entre as operações vinculadas e as operações entre entidades independentes. São igualmente apresentados os tipos de acordos mais comuns celebrados entre entidades relacionadas, passando pela apresentação da informação que deve ser apresentada no dossier de PT. Esta portaria termina com a apresentação do ajustamento correlativo que não é mais do que a decisão da AT em efetuar ajustamento à matéria coletável por virtude de relações especiais.

Também integra o contexto nacional a Portaria n.º 620-A/2008, de 16 de julho, que visa regulamentar a possibilidade de celebração de acordos prévios sobre PT e fixar previamente os métodos a utilizar na determinação dos preços entre entidades relacionadas[8]. Estes acordos são designados de Advanced Pricing Agreements (APA'S) que consistem num acordo celebrado entre uma ou mais AT e um contribuinte (regra geral uma multinacional) que permite definir previamente à realização de operações vinculadas, um conjunto de critérios adequados com vista à determinação dos PT aplicáveis a essas operações durante um determinado período de tempo. Estes acordos têm como principal objetivo evitar que uma política adotada por uma empresa possa ser questionada pela Autoridade Tributária (AT) no futuro.

Em 23 de maio de 2016, o Conselho da OCDE aprovou novas alterações às Diretrizes dos Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias ("Diretrizes de Preços de Transferência"), prevendo que as Diretrizes dos Preços de Transferência sejam integradas na legislação nacional, inclusive fazendo uma referência direta às próprias Diretrizes.

b) Principais determinantes dos PT

i) Princípio da plena concorrência

O princípio da plena concorrência, designado por "arm's length principle" estabelece que nas operações comerciais estabelecidas entre entidades relacionadas devem ser contratados, aceites e praticados termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações comparáveis, de acordo com o nº1 do art. 63.º do Código do IRC.

Os elementos de comparabilidade a ter em conta têm que ver, entre outros, com as características dos produtos ou serviços transmitidos, as funções que as entidades desempenham (produção, venda, investigação, marketing, administração, gestão, etc.),

[8] Amorim, Ana Clara Azevedo de, "Acordos prévios em matéria de PT", en D. Leite de Campos, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2007, p. 29-52.

as condições e os temos contratuais, as circunstâncias económicas e as estratégias industriais e comerciais que as entidades prosseguem.

Com base nestes elementos, procede-se à comparação entre as operações ou transações desenvolvidas pelas entidades relacionadas e as operações ou transações comparáveis no mercado aberto.

ii) Operações vinculadas

De acordo com a alínea a) do Nº1 da portaria 1446-C/2001, de 21 de dezembro, o termo operações abrange as operações financeiras e comerciais, incluindo qualquer operação ou série de operações que tenha por objeto bens tangíveis e intangíveis, direitos ou serviços, ainda que realizadas no âmbito de um qualquer acordo de partilha de custos e de prestação de serviços intra-grupo, ou de uma alteração de estruturas de negócio, em especial quando esta envolva a transferência de elementos intangíveis ou a compensação de danos emergentes ou lucros cessantes. Quanto à natureza das operações vinculadas, a alínea b) do nº1 desta mesma portaria remete para o art. 63.º do CIRC que consagra no n.º 4 os tipos de relações vinculadas, as quais serão a seguir devidamente explicadas.

iii) Entidades relacionadas

O conceito de entidades relacionadas está preconizado no Nº4 do art. 63.º do CIRC que refere que existem relações especiais entre duas entidades nas situações em que uma tem o poder de exercer, direta ou indiretamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra. Um dos aspetos fundamentais é a referência à influência significativa que só acontece quando uma entidade apresenta relações especiais com outra.

Nas várias alíneas do Nº4 são enumeradas as várias situações em que se considera estarmos na presença de relações especiais. Podemos assim dividir as alíneas em duas grandes categorias, nomeadamente que existe uma entidade relacionada sob o ponto de vista societário (em função da relação de participação) ou no plano da dependência económica.

Sob o ponto de vista do plano societário podemos afirmar que uma entidade apresenta relações especiais com outra quando: (i) A empresa A detêm 47% da Empresa B, (ii) Os acionistas X e Y detêm 40% do capital da Empresa A e da Empresa B, (iii) O CEO da empresa A é cônjuge do CEO da empresa B e (iv) A empresa A vende 90% de toda a sua produção à Empresa B.

Sob o ponto de vista da dependência económica, as entidades relacionadas são aquelas que estão ligadas por um contrato de subordinação, de grupo paritário ou outro de efeito equivalente (al. e) do n.º 4); as empresas que se encontrem em relação de

domínio, nos termos do artigo 486.º do Código das Sociedades Comerciais (al. f) do n.º 4); as entidades cujo relacionamento jurídico possibilita, pelos seus termos e condições, que uma condicione as decisões de gestão da outra, em função de factos ou circunstâncias alheios à própria relação comercial ou profissional (al. g) do n.º 4); e uma entidade que estabeleça operações comerciais com outra entidade sujeita a um regime fiscal claramente mais favorável (al. h) do n.º 4).

Uma vez analisado o princípio da plena concorrência e identificadas as entidades relacionadas e o tipo de operações vinculadas, podemos agora passar para um dos pontos fundamentais deste processo que assenta na definição do método a utilizar.

c) Os métodos de determinação dos PT

De acordo com os Princípios Diretores da OCDE, os métodos de determinação dos PT[9] podem ser classificados em métodos tradicionais, baseados em transações, e métodos não tradicionais, baseados no lucro apurado. Estes métodos são utilizados para determinar se as condições que regem as relações comerciais ou financeiras entre empresas relacionadas estão de acordo com o princípio de plena concorrência[10].

Integram a primeira categoria o método do preço comparável de mercado, o método do custo majorado e o método do preço de revenda minorado, os quais são aplicados apenas nos casos em que é possível comparar os termos e condições das transações ou operações efetuadas entre entidades relacionadas com os que vigorariam se as transações ou operações fossem realizadas entre entidades independentes.

Na segunda categoria, incluem-se o método do fracionamento do lucro e o método da margem líquida da operação, ambos baseados no lucro das atividades das entidades relacionadas comparativamente com o lucro de entidades independentes.

A seleção do método mais adequado depende de um conjunto de fatores, que têm que ver com a natureza da operação, o tipo de produto e o setor de atividade, não existindo, na verdade, um método que possa ser aplicável em toda e qualquer circunstância. Os métodos tradicionais são aqueles métodos que melhor determinam se as relações comerciais e financeiras entre empresas relacionadas preenchem ou não as

[9] Maisto, Guglielmo, "OECD Revision of Chapters I-III and IX of the Transfer Pricing Guidelines: Some Comments on Hierarchy of Methods and Re-characterization of Actual Transactions Undertaken", in *The 2010 OECD Updates. Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, Edited by Dennis Weber and Stef van Weeghel, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, p. 173-182; Arnold, B. J. and McIntyre, M. J., "International Tax Primer", 2º ed., Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 55-80.

[10] Faria, Maria Teresa Veiga de, "Sobre os métodos de determinação de PT", in *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, n.º 400, dezembro 2000, p. 61-159.

regras da plena concorrência.

Quanto aos métodos baseados no lucro, apenas devem ser aplicados se forem compatíveis com o art. 9.º do Modelo de Convenção Fiscal OCDE, isto é, se as condições impostas às entidades relacionadas forem comparáveis às condições estabelecidas entre empresas independentes em termos de preços, margens ou lucros obtidos. Por outras palavras, os preços, margens ou lucros de entidades relacionadas devem ser semelhantes aos preços, margens ou lucros praticados por entidades independentes[11].

Deve ser selecionado o método que melhor se adequa ao preço de plena concorrência. Caso não seja possível aplicar nenhum dos métodos tradicionais e não tradicionais, os Princípios Diretores da OCDE admitem a possibilidade de utilização de outros métodos e a opção por uma solução que seja satisfatória para todas as partes e que esteja em harmonia com o princípio da plena concorrência. Trata-se de fazer a opção por um método de acordo com os termos e as condições praticadas nas operações e transações realizadas entre entidades relacionadas.

i) A escolha do método mais adequado

Os métodos de determinação dos PT podem ser agrupados em métodos tradicionais e métodos não tradicionais. Nos primeiros integram-se o método do preço comparável de mercado (MPCM), o método do custo majorado (MCM), o método do preço de revenda minorado (MPRM), nos segundos incluem-se o método do fracionamento do lucro (MFL) e o método da margem líquida da operação (MMLO). O que distingue fundamentalmente os primeiros dos segundos reside no facto de os métodos tradicionais basearem-se nas operações efetivamente realizadas e os não tradicionais no lucro das operações.

O objetivo dos métodos tradicionais é comparar o preço praticado entre empresas relacionadas e empresas independentes, tendo em conta as condições em que as operações foram realizadas, o que nem sempre é possível devido à multiplicidade de elementos de comparabilidade, à indisponibilidade da informação e à dificuldade em averiguar a fiabilidade da informação disponível. Quanto aos métodos não tradicionais, estes têm por base os lucros obtidos por entidades relacionadas no âmbito de operações especiais. As empresas podem aplicar o MFL ou o MMLO para fixarem os seus preços de plena concorrência. São métodos que visam determinar os PT de acordo com os lucros obtidos na sequência de uma operação vinculada e que devem ser compatíveis com o Modelo de Convenção da OCDE.

Os métodos não tradicionais aplicam-se quando os métodos tradicionais não são

[11] OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, julho 2010, § 2.6.

suficientemente fiáveis ou são insuficientes para a sua aplicação. Sendo os métodos não tradicionais subsidiários dos métodos tradicionais, as empresas não estão impedidas de proceder à aplicação direta dos métodos não tradicionais nos casos de especial interesse para os grupos de sociedades.

ii) O método do preço comparável de mercado (MPCM)[12]

O MPCM é o método especialmente indicado para as transações de natureza idêntica, cujos produtos e serviços tenham um elevado grau de equiparabilidade[13]. O MPCM consiste em comparar o preço praticado entre entidades vinculadas e entidades não vinculadas, desde que existam todas as garantias de comparabilidade entre as operações ou transações efetuadas.

Este método deve ser utilizado nas situações em que uma empresa pertencente a um grupo de sociedades realiza uma transação da mesma natureza que a praticada por uma entidade independente no mesmo mercado ou em mercados similares (comparável interno) e sempre que seja possível encontrar no mercado operações praticadas entre entidades independentes da mesma natureza que as operações realizadas entre entidades vinculadas (comparável externo).

Desde que se possa identificar operações comparáveis em mercado aberto, o referido método constitui o meio mais direto e mais fiável de aplicação do princípio de plena concorrência. Por consequência, nestas condições, deve ser dada preferência a este método sobre todos os demais. Caso este método não seja o mais apropriado, é possível recorrer, complementar ou subsidiariamente, a um outro método e proceder assim ao ajustamento necessário do preço para que as operações ocorridas entre entidades relacionadas sejam comparáveis com as mesmas operações ocorridas entre entidades independentes.

Todo o ajustamento que seja necessário efetuar destina-se a restabelecer a equiparabilidade entre o preço praticado entre operações vinculadas e não vinculadas.

iii) O método do preço de revenda minorado (MPRM)[14]

O método do preço de revenda minorado tem por base o preço de um produto adquirido a uma entidade relacionada e revendido a uma entidade independente. Obtém-se o preço de plena concorrência deduzindo do preço de revenda uma margem

[12] Descrito no art. 6.º da Portaria n.º 1446-C/2001 e no n.º 3, al. a) do art. 63.º do CIRC.

[13] Sherwood, Stanley G., *Comparable uncontrolled price method*, in Robert Feinschreiber (eds), *Transfer Pricing Handbook*, vol. 1, 3a edição, John Wiley & Sons, Inc, United States, 2001, p. 15-1 e ss.

[14] Descrito no art. 7.º da Portaria 1446-C/2001 e no n.º 3, al. a) do art. 63.º do CIRC.

de lucro bruto de mercado. Esta margem de lucro bruto de mercado é a praticada por empresas independentes, que serve de base à determinação do preço comparável da entidade relacionada, sendo aqui a margem objeto de comparação entre entidades independentes e entidades relacionadas.

Este método, geralmente aplicado a operações de comercialização (distribuição) e marketing, não se limita apenas a comparar as margens de lucro entre produtos adquiridos e revendidos, mas tem também em conta outros fatores como as funções exercidas, o custo das operações, os riscos assumidos e as circunstâncias económicas que podem alterar o valor dos produtos transferidos e incidir sobre a rentabilidade de uma empresa.

iv) O método do custo majorado (MCM)[15]

O MCM é indicado para avaliar operações e transações desenvolvidas por empresas que produzem bens ou serviços destinados a ser vendidos a entidades com as quais têm relações especiais.

O preço de plena concorrência obtém-se a partir do custo suportado por um fornecedor de bens ou serviços numa operação vinculada.

A este custo acresce a margem de lucro bruto[16] obtida numa transação independente que pode ter sido efetuada por uma entidade pertencente ao mesmo grupo (comparável interno) ou por qualquer entidade independente (comparável externo).

Este método é especialmente recomendado pela OCDE no caso de venda de produtos semiacabados entre empresas relacionadas[17].

v) Da transição dos métodos tradicionais para os métodos não tradicionais

Os métodos tradicionais permitem determinar de forma direta se as relações económicas ou financeiras entre as entidades relacionadas são efetivamente relações de plena concorrência. A aplicação dos métodos baseados nas operações - métodos não tradicionais - só é possível se as entidades dispuserem de informações suficientes para os aplicar.

Os métodos tradicionais garantem uma maior fiabilidade na determinação dos preços de mercado, desde que exista a garantia da equiparabilidade das operações ou das transações. Caso a informação não esteja disponível ou não seja suficiente para garantir

[15] Descrito no art. 8.º da Portaria 1446-C/2001 e no n.º 3, al. a) do art. 63.º do CIRC.

[16] A margem de lucro resulta da diferença entre o preço de venda e o custo de produção.

[17] Parágrafo 2.32 do Relatório da OCDE de 1995.

a aplicabilidade destes métodos, deve-se recorrer aos métodos não tradicionais, baseados no lucro da operação. Sempre que os métodos tradicionais não são suficientemente fiáveis, as entidades têm a possibilidade de aplicar métodos baseados no lucro das operações, nomeadamente o método do fracionamento do lucro ou o método da margem líquida da operação. Um destes métodos pode ser utilizado desde que a sua aplicação tenha sido aceite pelas entidades relacionadas e pelas administrações fiscais dos respetivos países.

vi) O método do fracionamento do lucro (MFL)[18]

Este método é utilizado para "repartir o lucro global derivado de operações complexas ou de séries de operações vinculadas"[19]. Uma vez determinado o lucro global é efetuado o fracionamento do mesmo entre entidades relacionadas de acordo com a contribuição de cada uma na realização das operações, tendo em conta uma série de fatores, tais como as funções exercidas, o capital investido, os ativos utilizados, o poder negocial e os riscos assumidos por cada uma[20]. O lucro global obtido pelas entidades intervenientes é assim repartido entre as diferentes entidades em função da contribuição de cada entidade na realização das operações.

A dificuldade deste método reside no problema em identificar empresas independentes que realizem operações com um grau de comparabilidade semelhante.

vii) O método da margem líquida da operação (MMLO)[21]

O MMLO consiste em determinar a margem de lucro líquida numa operação vinculada e compará-la com a margem de lucro líquida de uma operação não vinculada que tenha sido realizada pelo próprio sujeito passivo, por uma entidade do grupo ou por uma entidade independente em circunstâncias comparáveis.

A margem de lucro é determinada, tal como no MCM e no MPRM, em função das características de cada operação, isto é, o tipo de atividade, as aquisições efetuadas, as vendas realizadas, os ativos utilizados e os custos incorridos. O MMLO está mais baseado na rentabilidade das transações, isto é, na comparação dos resultados operacionais da entidade relacionada com os resultados operacionais das entidades independentes. Neste sentido, o MMLO equipara-se aos métodos do custo majorado e do preço de

[18] Descrito no art. 9.º da Portaria 1446-C/2001 e no n.º 3, al. b) do art. 63.º do CIRC.

[19] Art. 9.º, n.º 1 da Portaria 1446-C/2001.

[20] Art. 9.º, n.º 2 da Portaria 1446-C/2001.

[21] Descrito no art. 10.º da Portaria 1446-C/2001 e no n.º 3, al. a) do art. 63.º do CIRC.

revenda minorado, sendo neste caso aplicado à margem líquida das operações[22].

Este método tem a vantagem de não estar sujeito diretamente à variabilidade dos preços praticados (tal como sucede com o MPCM). O MMLO é um método adequado para determinar o preço comparável de mercado quando não se possui informações suficientes sobre os termos e condições fixados nas operações vinculadas. Neste sentido, o MMLO acaba por ser mais fiável do que o MFL e os métodos tradicionais nos casos particulares em que não se dispõe de elementos de comparabilidade nos métodos tradicionais.

viii) Regime excecional

Adicionalmente à definição dos métodos de determinação dos preços de plena concorrência, foi definido um regime excecional aplicável às relações entre entidades relacionadas, em matéria de acordos de partilha de custos e de acordos de prestação de serviços estabelecidos intra-grupo.

a. Acordos de partilha de custos[23]

Os acordos de partilha de custos pressupõem a repartição dos custos e dos riscos de produzir, desenvolver ou adquirir bens, direitos ou serviços, entre as entidades relacionadas, de forma proporcional às vantagens ou benefícios que cada uma possa vir a obter em função da sua participação, sem o pagamento de qualquer contraprestação adicional.

A possibilidade de estabelecer um acordo de partilha de custos depende do facto de existir uma equivalência de valores entre as contribuições das várias entidades relacionadas e as contribuições praticadas pelas entidades independentes em situações comparáveis. Caso tal não se verifique, deverá existir uma compensação efetiva de modo a que seja restabelecido o equilíbrio pretendido. De referir ainda que para que uma sociedade seja considerada participante neste tipo de acordos, deverá existir, da sua parte, a expectativa de tirar proveito da atividade objeto do acordo (economia de escala ou melhoria de produtividade). Caso contrário, estaremos perante uma prestação de serviços realizada por uma entidade em benefício de outra relativamente a qual deverão ser aplicados os métodos anteriormente referidos.

[22] Esteves, J. Carvalho e Dithmer, C., "Da relevância do método da margem líquida da operação em sede de PT", in Glória Teixeira (coord.), *Preços de Transferência. Casos práticos*, Ed. Vida Económica, 2006, p. 233.

[23] Descrito no art. 11.º da Portaria 1446-C/2001.

b. Acordos de prestação de serviços intra-grupo[24]

Nestes acordos podem incluir-se, entre outros, atividades de natureza financeira, comercial, técnica ou administrativa, ressalvando que os serviços previstos no acordo incluam um valor económico relevante para os respetivos destinatários, que justifique o pagamento de um preço ou um gasto que seriam suportados nos mesmos termos se fossem contratados a entidades independentes.

Na determinação do preço deve ser adotado o método direto, sempre que os custos sejam individualizáveis e não definidos em termos globais. No caso de custos globais, deve ser adotado o método indireto, repartindo os custos globais de serviços prestados pelas várias entidades do grupo com base numa repartição justa e adequada, tendo em conta, nomeadamente, as margens de lucro, as vendas, as despesas com pessoal, etc.

Na falta de elementos de comparabilidade, admite-se, em certas circunstâncias, a aplicação do princípio de plena concorrência ao conjunto de transações, desde que a avaliação individual dessas transações revele alguma dificuldade ou não seja possível a análise separada de cada uma das transações.

3. Conclusão

Embora não exista uma regra geral em matéria de determinação dos PT, deve aplicar-se o método mais apropriado para a determinação dos preços das operações vinculadas comparativamente com os preços das operações não vinculadas. Entre os vários métodos, os métodos tradicionais constituem o meio mais direto de determinação das relações económicas e financeiras entre entidades relacionadas comparativamente com as relações de plena concorrência. Os métodos baseados no lucro da operação são métodos complementares ou subsidiários dos métodos tradicionais, que só operam naqueles casos em que não existem elementos suficientes para a sua efetiva aplicação.

A aplicação dos diversos métodos nem sempre é uma tarefa fácil devido à dificuldade em apurar o preço de plena concorrência e em recolher toda a informação relativa à diversidade de transações realizadas. A seleção do método mais apropriado deve, por conseguinte, ser feita de forma ponderada uma vez que a escolha do método dita qual o preço de transferência e determina a possível correção fiscal a ser efetuada na declaração de rendimentos.

Qualquer um dos métodos, tradicionais e não tradicionais, requer o conhecimento dos bens, direitos e serviços transacionáveis, das funções desempenhadas,

[24] Descrito no art. 12.º da Portaria 1446-C/2001.

do mercado, da disponibilidade de dados comerciais e financeiros sobre estes bens, direitos e serviços e outros critérios de comparabilidade.

Apesar dos diversos fatores que influenciam os PT e das dificuldades em aplicar os métodos de determinação dos PT, o regime em causa tem evoluído no sentido de reforçar os instrumentos necessários à determinação dos preços de plena concorrência, de sancionar fiscalmente as entidades que não cumprem as disposições legais e de combater a fraude e a evasão fiscais.

Bibliografia

Amorim, Ana Clara Azevedo de, "Acordos prévios em matéria de PT", in Campos, Diogo Leite de, *Estudos de Direito Fiscal*, Almedina, 2007.

Santos, António Carlos dos e Palma, Clotilde Celorico, «A regulação internacional da concorrência fiscal prejudicial», Ciência e Técnica Fiscal, nº 395, julho-setembro 1999.

Arnold, Brian J. and McIntyre, Michael J., "International Tax Primer", 2º ed., Kluwer Law International, The Hague, 2002.

Novoa, C. García, "La necesaria modificación en la regulación de las operaciones vinculadas", Quincena Fiscal, n.º 1, 2010.

Blanco, Cristina García-Herrera, "Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001; Messineo, Alejandro E. et al., "Comparative survey: the application of transfer pricing rules and the definition of associated enterprises", *International Transfer Pricing Journal*, vol. 6, nº 6, 1999.

Rodilla, G. Pérez e Arreb, I. Huidobro, "Análisis de comparabilidad y la utilización de las bases de datos en la determinación de los precios de transferencia", in Cordón Ezquerro, T. (director), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3.ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.

Teixeira, Glória, *Preços de Transferência. Casos práticos*, Vida Económica, 2006.

Maisto, Guglielmo, "OECD Revision of Chapters I-III and IX of the Transfer Pricing Guidelines: Some Comments on Hierarchy of Methods and Re-characterization of Actual Transactions Undertaken", in *The 2010 OECD Updates. Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, Edited by Dennis Weber and Stef van Weeghel, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011.

Esteves, Jaime Carvalho e Dithmer, Clara, "Da relevância do método da margem líquida da operação em sede de PT", in Glória Teixeira (coord.), *Preços de Transferência. Casos práticos*, Ed. Vida Económica, 2006.

Pires, Joaquim António, *Os PT*, Vida Económica, 2006.

Carrero, J. M. Calderón e Jiménez, A. Martín, "Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas", *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 316, CEF, 2009.

Rodríguez, L. Jones, "Criterios para la determinación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas: el análisis de comparabilidad", en Fernández, Néstor Carmona (director y coordinador), *Fiscalidad de las operaciones vinculadas*, CISS, Valencia, 2009.

Faria, Maria Teresa Veiga de, "Sobre os métodos de determinação de PT", in *Ciência e Técnica Fiscal*, Centro de Estudos Fiscais, n.º 400, dezembro 2000.

OCDE, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, julho 2010.

Ochaita, R. Cosín, *Fiscalidad de los precios de transferencia*, CISS, Valência, 2007.

Sherwood, Stanley G., *Comparable uncontrolled price method*, in Robert Feinschreiber (eds), Transfer Pricing Handbook, vol. 1, 3a edição, John Wiley & Sons, Inc, United States, 2001.

Silberztein, Caroline, "The 2010 uptade to the OECD. Transfer Pricing Guidelines", in *The 2010 OECD Updates. Model Tax Convention & Transfer Pricing Guidelines. A Critical Review*, Edited by Dennis Weber and Stef van Weeghel, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011.

Ezquerro, T. Cordón, "Valor de mercado y ajuste secundario en las operaciones vinculadas", *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 312, CEF, 2009.

A CRIMINALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA HERANÇA AUTORITÁRIA

Augusto Jobim do Amaral[1]
Cássia Zimmermann Fiedler[2]

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Um passado não tão distante: a atuação das forças policiais sobre movimentos sociais na ditadura civil-militar; 3. As "jornadas de junho" de 2013 no Brasil: notas sobre a violência policial; 4. Conclusão

1. Considerações iniciais

Durante a ditadura civil-militar, além do aprofundamento em termos de militarização da polícia – e mantidos os dispositivos autoritários na nova Constituição mesmo após a transição (ZAVERUCHA, 2010) – o que se pode auferir foi a extensão das práticas da polícia quanto a criminalização da pobreza e contra aqueles que lutavam, protestavam e resistiam ao regime autoritário imposto após o golpe de Estado em 1964. Não que tais práticas fossem exclusivas ou mesmo criadas nesse período, afinal revoltas como a Cabanada, Sabinada, Balaiada, Canudos, Revolta dos Malês, Revolta das Chibatas, entre tantas outras, foram sufocadas com forças policiais, por meio de violência, prisões e massacres.

A seu turno, no contexto das chamadas "Jornadas de Junho", eclodidas em 2013, o Brasil assistiu milhões de pessoas provenientes de diversos grupos sociais e com inúmeras pautas irem às ruas com cartazes nas mãos e sendo respondidas com a "operacionalidade adequada": balas de plástico ou de borracha, gás lacrimogêneo ou bombas de efeito moral e spray de pimenta. O cenário de explícito confronto, tão comum nas localidades periféricas em estado de permanente guerra pelo Brasil, desenvolveu-se no coração dos centros urbanos. A violência policial nas "Jornadas de Junho" deixou inúmeras vítimas, protagonizando um amplo mosaico de violências contra aqueles que protestavam.

Assim, o artigo apresenta uma rápida abordagem histórica para demonstrar o modo como a polícia, que atuava sob o manto da *ideologia da segurança nacional*, agia sobre as pessoas que ousaram e resistiram ao se manifestar entre os anos de 1964 e 1985. O segundo momento do trabalho, assim, busca resgatar os acontecimentos descritos

---

[1] Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado/Doutorado) da PUCRS (Brasil); Doutor em Altos Estudos contemporâneos (Ciência Política, História das ideias e Estudos Internacionais comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

[2] Graduanda em Direito e Filosofia pela PUCRS. Pesquisadora vinculado ao Grupo de Pesquisa "Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica" (PUCRS).

como "Jornadas de Junho", que tomaram o país no ano de 2013, inserindo-os dentro do contexto dos *novíssimos movimentos sociais*, aqueles que contam não só com o afastamento das instituições tradicionalmente hierarquizadas, bem como com a organização horizontal entre seus participantes e pautas construídas nas redes sociais.

2. Um passado não tão distante: a atuação das forças policiais sobre movimentos sociais na ditadura civil-militar

Inseridos no cenário que a Guerra Fria impunha na época, alguns países da América Latina desenvolvem uma nova *governamentalidade* – estabelecida sob um modelo econômico de fortalecimento do capitalismo – que visava à tonificação da indústria e a urbanização das cidades, buscando restringir a possibilidade de influência de um dito socialismo. No entanto, interessa nesse cenário o surgimento da chamada *Doutrina de Segurança Nacional* (DSN), uma iniciativa que, a partir dos Estados Unidos da América, definiu uma linha política e ideológica para atuação junto aos demais países do mundo. Em nome da "defesa nacional", frente a uma inventada ameaça tanto do socialismo como do comunismo, colocava-se em andamento um processo de desumanização do *outro* que termina na canalização recorrente do sistema punitivo sobre um *inimigo* (ZAFFARONI, 2011). Assim, práticas repressivas sobre esse grupo terminam por ser prioritárias, na medida em que ele é construído como se *onipresente* fosse, ameaçando constantemente a estabilidade dos países e à democracia. Esse caráter oculto e a indefinição dos chamados *subversivos* faz com que se torne "praticamente impossível estabelecer limites para as ações repressivas do Estado" (ALVES, 1989, p. 40).

Como expressão de poder que é, a Doutrina de Segurança Nacional se pauta em um saber: a geopolítica. Com a ajuda dessa, consegue analisar geograficamente as possibilidades estatais de expansão, proteção e poderio sobre outros países. Quanto maior o país, teoricamente maior será seu poder. Na América Latina, durante os regimes militares, Brasil serviu como satélite para os outros países, tendo consolidado uma geopolítica nacional com três objetivos principais: ocupação de um território interno imenso e praticamente vazio, expansão na América do Sul em direção ao Oceano Pacífico e ao Atlântico e a formação de uma potência mundial (COMBLIN, 1980). Na verdade, são inúmeras as frentes que essa Doutrina pode atentar, sobretudo no campo interno do Brasil ela tentou, a partir de termos vagos – como objetivos nacionais, segurança nacional, poder nacional, nação etc. – neutralizar as possíveis forças que se opusessem ao regime, não tomando como justificativa somente a repressão sobre grupos organizados, mas opiniões individuais que também pudessem deslegitimar o aparato estabelecido (COMBLIN, 1980). Para esse intento, o rótulo de *criminoso* sobre determinadas pessoas – flutuando à época entre o *subversivo* e o *terrorista* – era medular para o bom funcionamento da sistemática criminalizante.

Ao reforçar a ideia da promulgação de uma legislação adequada ao combate do inimigo eleito, que parecia não merecer garantia alguma, o clima de terror no país foi

implantado. Desde a injunção das constituições de 1967 e 1969 a imposição dos temidos Atos Institucionais (em especial o quinto, que restou na suspensão do *habeas corpus*), o regime ditatorial representou a *institucionalização* dos preâmbulos da Doutrina de Segurança Nacional, com a estrutura de dominação baseada na repressão e na militarização de organizações da sociedade civil. Durante esse período da história brasileira, as Forças Armadas brasileiras passaram a ser orientadas ao combate de qualquer espécie de revolta popular. Atuaram das mais diversas formas, com a repressão direta e com mecanismos da chamada "guerra surda" – investigações sigilosas, escutas telefônicas, armazenamento e processamento das informações acerca das atividades formuladas pelos opositores etc. (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985). O sistema de repressão também passou a sistematizar detenções em forma de sequestro, sem qualquer mandado judicial e, obviamente, sem qualquer observação às leis e às garantias individuais. Além disso, se tornou comum a prática de desaparecimentos dos opositores políticos do regime – assim, não havia vestígios, tampouco provas (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985).

Com a consolidação do golpe, foi criada uma base legislativa que suportou, legitimou e expandiu o poder de *fazer morrer* – típico da figura *soberana* (FOUCAULT, 2015) – aos que ofereciam riscos à ditadura civil-militar imposta. Com a promulgação do AI-2 em outubro de 1965, foi declarada a competência da Justiça Militar para processar e julgar qualquer pessoa que incorresse em crime contra a segurança nacional, criando-se, assim, os chamados Inquéritos Policiais Militares (IPM's) (PRIORI, POMARI e AMÂNCIO *et al*, 2012). Ainda, com a promulgação da Constituição de 1967, bem como do Decreto-lei n. 314 no mesmo ano, surgiram novos tipos penais que tornavam crimes práticas comuns entre as organizações populares (como a incitação pública de desobediência coletiva às leis, a fundação de partidos políticos com registro cassado, a propaganda subversiva, dentre outros), em um nítido ato de criminalização sobre os movimentos sociais que buscavam resistir (FERNANDES, 2016).

Nesse sentido, houve diversos atos de resistência, como protestos e greves que, em linhas gerais, dividiam-se entre urbanos, rurais, pacíficos ou violentos – estes que, por sua vez, baseavam-se em parte nas táticas de guerrilha revolucionária por parte dos oprimidos (PRIORI, POMARI e AMÂNCIO *et al*, 2012), em particular em zonas rurais. Notável foi a denominada "Guerrilha do Araguaia", motivo de condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de sua omissão (MORAES, 2011), decorrente das mortes e desapropriações que o governo ditatorial praticava em nome da expansão do latifúndio no interior de Tocantins e que resultará, em 1967, na ocupação da área localizada na Amazônia, como estratégia de preparação de milícia para a luta armada. Quando os militares tomaram conhecimento da existência do grupo, havia cerca de 70 homens na região. Passaram, então, a conceber o movimento como tentativa de implementação do *terrorismo*, em uma óbvia estratégia de subjetivação do *outro* que justificasse e legitimasse a ação truculenta que planejavam. Foi enviado um efetivo do Exército com 6.000 homens, aviões e helicópteros, em um ato de verdadeira

desproporcionalidade (como manda a regra). A partir disso, militantes e moradores da região começaram a ser mortos e torturados (BRUZIGUESSI, 2014)[3].

Nas cidades, organizações de esquerda[4] também protagonizaram diversos atos de resistência. O regime militar utilizava-se das mais diversas táticas para a repressão desses movimentos, com mecanismos de violência ou de controle. A Aliança Libertadora Nacional (ALN) foi a que melhor formulou estratégias de luta armada nas cidades. Não demorou muito para que seu líder, Carlos Maringhella, fosse morto em uma emboscada preparada pela Departamento de Ordem Política e Social (DOPS) – órgão que ocupava o primeiro posto de atuação na repressão política (FERNANDES, 2016). Na mesma época, em uma reunião da União Nacional de Estudantes (UNE), a polícia paulista mapeou toda a produção de jornais e panfletos do movimento estudantil, bem como acompanhou as discussões entre os estudantes sobre o congresso, com o intuito de comunicar ao DOPS acerca de qualquer movimentação que ameaçasse o governo imposto. Outro mecanismo bastante utilizado era a infiltração nas manifestações populares, que servia para monitorar o movimento, objetivando conhecer suas lideranças (FERNANDES, 2016).

Em 1968, como resultado da violência excessiva posta pela Polícia Militar ao reprimir protestos, foi morto o estudante Edson Luís Lima Souto, em uma manifestação que chegou a ter 100 mil pessoas no Rio de Janeiro. Eram essas grandes mobilizações que preocupavam o regime, de modo que, mesmo em atos pacíficos, a face cruel da ditadura se fazia presente. A lógica sistemática de compreensão da polícia (e na época, das Forças Armadas) por parte da população se fazia presente: para alguns, ela era sinônimo de proteção às ameaças internas e externas, para outros, expressava o temor de poder ter sua vida exterminada pelo regime a qualquer momento (BRUZIGUESSI, 2014). Neste paradigma, a exposição da barbárie cometida pelos militares impulsionava o sentimento de revolta de diversas categorias da sociedade.

Paulatinamente, formou-se então a chamada “Frente Ampla”, que congregou vários setores do corpo social brasileiro em torno da oposição à ditadura. Logo foi vista com como uma “ameaça à Segurança Nacional” pelo governo, que tentou proibir sua existência:

[3] Cfr. também COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014.

[4] Dentre elas, a Ação Libertadora Nacional (ALN), o Partido Comunista Brasileiro (PCBR), O Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8) e a Política Operária (Polop).

> Proscrita como organização e proibida de realizar comícios, reuniões e passeatas, divulgar declarações políticas ou publicações de qualquer espécie. O Departamento de Polícia Federal (DPF) recebeu ordens de deter quem quer que violasse estas proibições. Além disso, deveria o DPF apreender livros, revistas, jornais ou qualquer outro material impresso de responsabilidade da frente. O Estado pretendia assim eliminar por simples decreto um movimento social, dando com isso novo exemplo das contradições entre o processo de liberalização e o emprego de repressão para remover da cena política setores "antagônicos" da oposição (ALVES, 1989, p. 128).

Como se não bastasse, no ano do governo Médici houve a edição do mais violento dos Atos Institucionais – AI5 – outro mecanismo legislativo com o objetivo de promover a criminalização dos movimentos. Além de suspender o *habeas corpus*, instituiu legalmente a tortura e a violência física contra os opositores do regime, proibindo, também, os direitos de reunião, associação e manifestação. Neste período, os movimentos sociais não obtiveram outra opção a não ser o recesso. Efetivamente, com a soma do "milagre econômico" às diversas formas de legitimação institucionais da repressão e da censura, se tornou mais fácil obter o *controle* da população (BRUZIGUESSI, 2014).

A crise do regime foi impulsionada pela crise econômica que assolou o país na segunda metade da década de setenta. Neste período, os militares iniciaram o discurso da "abertura lenta, gradual, segura e prolongada", o que levou à queda do AI-5. Com isso, os movimentos populares e democráticos reascenderam – as greves dos operários no ABC paulista, o nascimento das centrais de sindicais, a criação da Central Única dos Trabalhadores (CUT), dentre tantos outros movimentos. Com a nova lei que autorizava o pluralismo de partidos, destaca-se a criação do Partido dos Trabalhadores (PT), entidade política de suma importância para as lutas sindicais à época. Em uma área rural do estado do Pará, fundou-se o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Com essa nova tríade PT/CUT/MST, a luta contra a opressão do regime militar foi centralizada, e, assim, o movimento abrangeu as mais diversas categorias, como o movimento de mulheres, dos negros, indígenas e homossexuais (BRUZIGUESSI, 2014)[5].

Nesse senso, não se pode perder de vista que a promulgação da Constituição Federal de 1988 não representou uma reforma no campo da segurança pública, mantendo-se seguras, por meio de um irrecusável *lobby* realizado pelas Forças Armadas, as estruturas que as forças militares e policiais apresentavam durante o regime ditatorial (ZAVERUCHA, 2010). Será Jarbas Passarinho, coronel da reserva e ex-ministro dos governos Costa e Silva, Médici e Figueiredo, o mesmo que assinou o Ato Institucional n.º 05, a presidir a Comissão de Organização Política Eleitoral Partidária e Garantia das

[5] No entanto, apareceram também muitas tensões entre os movimentos. A socióloga e ativista negra Lélia Gonzalez, por exemplo, denunciava o "discurso estereotipado" sobre as mulheres negras nos movimentos de mulheres brancas (GONZALEZ, 1991).

Instituições, encarregada de, na nova Constituição, construir o capítulo referente às Forças Armadas e à segurança pública, mantendo a estrutura militarizada da polícia, o ciclo dividido (entre investigação e ostensividade) e as polícias como reservas do Exército (como se o país em guerra estivesse) (ZAVERUCHA, 2010).

Para Vladimir Safatle, professor de filosofia na Universidade de São Paulo, o Brasil é, antes de tudo, uma forma de violência. Assim, para entender o Brasil, precisamos entender a espécie de violência que funda seu Estado. "Entender como o Estado brasileiro funciona é entender como ele administra o desaparecimento e o direito de matar" (SAFATLE, 2017, p. 60). O governo se traduz na atualização do poder soberano e seu direito de vida e morte. Safatle, além disso, expressa: o Estado não tem apenas o direito de vida e de morte, mas também do desaparecimento. O processo de gestão se interliga intimamente a uma ideia de invisibilidade. Em suma, a violência não deixará marcas, nomes, nem mesmo afetos. O governo gerindo invisibilidade promete para uma parcela selecionada e amedrontada da população que ele será mais duro contra o crime, alimenta a dinâmica de guerra civil e cria uma coesão através do estabelecimento de inimigos internos. Tal lógica tem sua forma mais bem-acabada na ditadura militar. Nesse contexto, há um modelo de gestão na história nacional que passa a absorver as estruturas institucionais. Ao que parece, essa mesma estrutura, agora sob um verniz democrático, dá continuidade ao estabelecimento e perseguição de um *inimigo* fabricado, herdando às polícias militar e civil uma atuação com equivalente ou superior violência sobre a população que sai às ruas para manifestar as mais diversas pautas. Os governos se atualizaram, mas a gestão de desaparecimento, por exemplo, permanece, justamente porque a natureza do Estado brasileiro não foi alterada (SAFATLE, 2017).

3. As "jornadas de junho" de 2013 no Brasil: notas sobre a violência policial

Já no contexto democrático, a ascensão de Luiz Inácio Lula da Silva à presidência, em 2003, reconfigura o campo político e no governo acentuam-se a composição de múltiplas forças, de modo que os antagonismos sociais, que possuíam como habitat natural as ruas para as suas batalhas de força, deslocam-se para a burocracia estatal, mormente os Ministérios. Como um *híbrido plástico*, o lulismo e sua forma de governo serão resultado "de uma série de entrechoques inesperados, composições e recomposições improváveis e correlações insólitos de forças" (PINTO NETO, 2017, p. 06). Porém, durante o desenrolar do governo Lula (2003-2010), o projeto de um "Brasil Grande", tentando estabelecer um protótipo de Estado de bem-estar social, começa a provocar dissidências dentro da esquerda quando a política passa a ser sacrificada – nas pautas ecológica, dos direitos dos índios, da população LGBT, da política de segurança, das alianças com fundamentalistas religiosos, entre outros – em nome de um projeto econômico desenvolvimentista.

Há, dentro desse contexto, uma relação dinâmica entre as demandas da população e políticas neoliberais que são postas em prática pelo Partido dos

Trabalhadores. Assim, mesmo o Estado consolidado se apresentando como predominantemente de esquerda, ele, como qualquer outro Estado, parece não conseguir existir fora das contradições de classe (FONTES, 2017). "Trata-se de uma relação social de dominação apoiada na articulação entre o consentimento passivo dos setores populares e o consentimento ativo das direções dos movimentos sociais" (BRAGA, 2017, p.102). O "sucesso" dos governos de Lula deveu-se, basicamente, por consequência de um razoável momento econômico combinado com um reformismo debilitado, o que resultava em uma mínima desconcentração de renda que torna-se sedutora para as classes ditas desprivilegiadas. (BRAGA, 2017)

Assim, um "campo autonomista", não disposto a aceitar a dose de neoliberalismo[6], começa a se configurar. Um ecossistema que adentra nas campanhas de defesa dos índios e do meio ambiente (basta lembrar das pautas em torno da proteção dos Guaranis Kaiowás quando do desapossamento de suas terras e da resignação a construção da Usina de Belo Monte), assim como se conecta, progressivamente, com os movimentos mundiais que demandavam mais democracia e alternativa diante das oligarquias políticas e econômicas mundiais – Primavera Árabe, Occupy Wall Street, 15-M, entre outros – através da integração com plataformas digitais (Facebook, Twitter, Instagram e Youtube). Contudo, mesmo os atores políticos trazendo pautas e formas de organização totalmente diferentes do que se presenciou até então ao se manifestar nas ruas do Brasil inteiro, não se viu afastada a velha arte de governo (SENELLART, 2006) – tanto de setores de esquerda quanto de direita – de continuar utilizando-se do aparato policial como meio de implodir as formas organizadas (ou não) que tentam chamar a atenção de pautas em ebulição no meio social.

Embora o cenário mundial, pelo menos nos últimos dez anos, demonstre uma efervescência constante de distintos movimentos sociais – com pautas diversificadas, os *novíssimos movimentos sociais* são marcados pela distância que mantém das instituições e o binômio redes sociais/espaço urbano como plataforma de construção política (CASTELLS, 2013)[7] – a resposta dos governantes, seja nos Estados Unidos em

[6] Para uma visão mais aprofundada do neoliberalismo como racionalidade governamental, cfr. DARDOT, LAVAL, 2016.

[7] Manuel Castells chamará de *espaço de autonomia* essa constituição híbrida entre o ciberespaço e o espaço urbano, na medida em que a autonomia "só pode ser assegurada pela capacidade de se organizar no espaço livre das redes de comunicação, mas ao mesmo tempo só pode ser exercida como uma força transformadora pelo desafio da disciplina institucional através da reclamação do espaço da cidade para os seus cidadãos. A autonomia sem desafio torna-se uma retirada. Desafio sem uma base permanente de autonomia no espaço de fluxos é equivalente a activismo descontinuado" (CASTELLS, 2013, p. 217). E continua: "Eles começam em contextos específicos, pelas suas próprias razões, constroem as suas redes e constroem o seu espaço público pela ocupação do espaço urbano e ligando-se às redes de Internet. Mas eles também são globais, porque estão ligados através do mundo, aprendem a partir de outras experiências e, na verdade, são frequentemente inspirados por essas experiências para se envolverem na própria mobilização"

repressão ao *Ocuppy* ou na Alemanha berço dos *black blocs* (DEPUIS-DÉRI, 2014), seja contra os *Indignados* na Espanha, parece sempre repetir a mesma fórmula: forças policias. Na esfera oriental do globo, onde realizou-se a Primavera Árabe, a pauta, com uma vinculação somente indireta a lógica do capitalismo neoliberal, parece indicar a utilização de policiais e de exércitos para a defesa de regimes ditatoriais impostos, buscando aqueles que protestavam não o aperfeiçoamento da democracia formal, mas antes somente que essa fosse tão somente estabelecida, embora não nos moldes das democracias liberais do Ocidente (ZIZEK, 2012).

No ano de 2013, desde a constituição de um setor autonomista, o Brasil experimentou o que se passou a denominar de "Jornadas de Junho"[8], movimento que teve seu início na indignação de segmentos resignados com o aumento de 20 (vinte) centavos na passagem do transporte público – que, na sequência, teve sua baixa decretada em mais de cem cidades brasileiras (SECCO, 2013) – e que comprometeu seriamente a popularidade do lulismo (BRAGA, 2017). Mesmo havendo certa divergência de onde teriam se iniciado as manifestações – se em Porto Alegre ou em São Paulo – considera-se a hipótese de que o movimento pode ser dividido em três etapas (SINGER, 2013): a primeira delas tinha como objetivo específico a redução do preço das passagens do transporte público, seguindo o modelo de manifestação adotado pelo Movimento Passe Livre (MPL) em outras ocasiões. Nesse primeiro momento já se poderia vislumbrar a resposta que os governantes dariam a multidão – variável em várias localidades do país – que chegavam a milhares de pessoas, entre manifestantes, transeuntes e jornalistas: a polícia militar parecia autorizada a promover uma guerra a céu aberto – e o fez. A "velha política", talvez sem compreender o momento histórico que os sufocava e vindo a indagar "*Quem são os líderes*?", "*Com quem devemos negociar*?", "*O que podemos fazer para controlar os manifestantes*?" (CARVALHO, 2015), rapidamente se deram conta de que as velhas fórmulas não funcionariam. A partir disso, poderíamos indicar, não apenas repressões físicas, mas uma violência que emerge na tentativa de criminalização de supostas lideranças do movimento, visto que existia uma incapacidade do governo e das forças policias em lidar com este tipo de cenário, teoricamente, não hierarquizado. (BONFIGLI, 2017). Em Porto Alegre, por exemplo, poderíamos dizer que

(CASTELLS, 2013, p. 217).

[8] Também conhecida como "Revolta da Salada" ou "Revolta do Vinagre", em razão da proibição da utilização, pela polícia militar de determinadas capitais, do porte do vinagre, tendo em vista que essa substância atenua os efeitos das bombas de gás lacrimogêneo (JUDENSNAIDER, 2013, p. 137).

> [...] a estratégia principal da criminalização e, sobretudo, da judicialização dos protestos, constitui-se na tentativa de responsabilizar as pessoas mais conhecidas do Bloco de Luta[9]. O intento era perseguir todos aquelas que fossem "representativas" de alguma corrente interna do Bloco e indiciá-las por vários tipos de crime, entre os quais, o da formação de quadrilha. (BONFIGLI, 2017, p.70).

Essa ideia estaria vinculada à forma e ao conteúdo que as "Jornadas de Junho" apresentaram. Antes dos anos 60 do século XX, diversos movimentos, conhecidos como "velhos", eclodiram pela necessidade da alteração de pautas em torno do teor material e econômico, agindo sob formas tradicionais e buscando vinculações com os órgãos institucionalizados (SANTIAGO, 2016). A partir dos anos 70, surgem os chamados "novos" movimentos sociais, demarcando a "afirmação de uma identidade no espaço público que não mais se dá nos espaços tradicionais (partidos políticos, sindicatos, Estado), mas sim no espaço do cotidiano: no bairro, na rua, no campo" (SILVA FILHO, 2011). Ou seja, do primeiro para o segundo, há uma diferença fundamental quanto a questão da institucionalização: se no início do século XX as mulheres reivindicavam o direito ao voto, buscando uma inserção no sistema político vigente, nas décadas finais o movimento punk, exemplo de um "novo" movimento social, resistia às diretrizes do sistema representativo, buscando o direito de não votar, ou seja, a retirada da obrigatoriedade do voto (SANTIAGO, 2016). As "Jornadas de Junho", por sua vinculação com as redes sociais, são expressão clara dos denominados "novíssimos movimentos sociais", que eclodiram primeiro na Tunísia e na Islândia (CASTELLS, 2013) e depois se espalharam pelo resto do mundo, com as mais diversificadas pautas (conteúdos) e se expressando através de diversas táticas e estratégias, espontâneas ou não (forma).

A segunda etapa das "Jornadas de Junho" no Brasil é impulsionada pela própria resposta do governo a primeira etapa – evitando o diálogo e tratando as manifestações com a violência policial – já que o "uso desmedido da força atraiu a atenção e a simpatia do grande público" (SINGER, 2013) – tanto em São Paulo quanto nas outras regiões do país. A data que marcou essa etapa do movimento se localizam entre os dias 17, 18, 19 e 20 de junho, momento em que as *jornadas* alcançaram seu auge. Jessé de Souza (SOUZA, 2015) defende, com base nas pesquisas realizadas pelo IBOPE sobre manifestantes em dimensão nacional, que foi no dia 19 de junho de 2013 que as manifestações sofreram uma virada, na medida em que a classe média passou a manifestar-se no espaço público, alterando as pautas típicas da classe popular – melhor transporte, escolas e saúdes – para demandas que centralizaram o debate em torno das denúncias de corrupção. Para o sociólogo, a ressaca da "Primavera Brasileira" foram as eleições presidenciais de 2014. Ao se juntar esses dois movimentos, "Jornadas de Junho"

[9] Poderíamos descrever o Bloco de Luta, segundo Bonfigli, como "uma frente composta por diversas organizações e indivíduos na luta por um transporte coletivo público e popular de qualidade em Porto Alegre". (BONFIGLI, 2017, p. 22)

e eleições presidenciais, nota-se uma clara guinada conservadora na política brasileira (SOUZA, 2015).

A terceira e última etapa encontra-se nos últimos dias do mês de junho e, ainda que se possa dizer de forma bastante resumida, é marcada não só pelo aumento do número de pessoas – que no Brasil inteiro chega a mais de 100 (cem) cidades e uma média de um milhão e meio de participantes – mas também pela fragmentação em mobilizações parciais com pautas específicas (redução de pedágios, derrubada da PEC 37, protesto contra o Programa Mais Médicos, etc.). Entre essas datas é onde se localiza os resultados parciais trazidos da pesquisa realizada nos processos investigativos da polícia civil do Rio Grande do Sul sobre as manifestações ocorridas na cidade de Porto Alegre. Nesse sentido, apesar da divisão entre "etapas" das "Jornadas de Junho", o que se torna mais relevante a presente pesquisa é de que todas foram marcadas pela violência policial. Em alguns momentos com mais intensidade, outros momentos com menos, mas a polícia, com seu forte aparato bélico (desde as armaduras de *robocop* às armas não-letais – ou *menos letais*) lançou-se sobre a população com fúria, tornando ruas e avenidas campos de guerra, como demonstraram os inúmeros vídeos produzidos à época por jornalistas e amadores.

4. Conclusão

Em síntese, poderíamos apontar não de hoje o assentamento, em alguns países da América Latina, de uma nova "razão do mundo". Essa nova governamentalidade, traduzida em golpes de Estado por vários países, pretendia enriquecer a indústria e avolumar a urbanização no continente. Porém, mostrava-se como Doutrina de Segurança Nacional (DSN), definindo a atuação política de diversos países através da geopolítica norte-americana. Tal doutrina, colocou em ação as mais diversas práticas repressivas, que possibilitavam a desumanização do outro na figura do inimigo comunista.

A resistência presente em todo o período da ditadura civil-militar brasileira fez aumentar a exposição das condutas repugnantes praticadas pelo regime, causando revolta e indignação nas mais diversas camadas da sociedade. Greves, protestos e guerrilhas são marcantes no cenário nacional. O governo, em sua óbvia estratégia de controle sobre os ditos terroristas, procurou legitimar suas ações sempre acompanhadas de extrema violência.

Quando trabalhamos a partir do contexto democrático, constatamos uma nova configuração do campo político que possibilita o deslocamento de diversas forças, que antes se encontravam nas ruas, para dentro do aparato burocrático estatal. Desde a entrada massiva de políticas neoliberais no Brasil, em 1990, passa a existir uma mercantilização do ativismo social que fortalece a burocratização do movimento sindical que se junta ao Estado (BRAGA, 2017).

Há uma tentativa de implementação de um Estado de bem-estar social, que provoca tensões, na medida em que determinadas políticas sociais passam a ser sacrificadas em nome de um projeto de desenvolvimento. Há uma parcela que não aceita de forma mansa a introdução desenfreada do neoliberalismo, o que, em grande medida, se conecta com o contexto de resistência mundial, onde existe uma demanda geral por pautas sociais e democracia. Daí a tradução atualizada das performances autoritárias dos aparelhos repressivos estatais, neste caso a polícia, sempre pronta a lançar mão da violência excepcional para garantir a soberania.

Referências

ALVES, Maria Helena Moreira. **Estado e oposição no Brasil (1964-1984)**. 5ª ed. Vozes, Petrópolis, 1989.

BRAGA, Ruy. **A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global.** 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

BRUZIGUESSI, Bruno. O legado da ditadura no processo de criminalização dos movimentos sociais. **Tempos Históricos**, v. 18, 2014.

BONFIGLI, Fiammetta. **Jornadas de Junho?: movimentos sociais e direito nas ruas de Porto Alegre**. Fiammetta Bonfigli, Germano Schwartz. - Canoas, RS: Ed. Unilasalle, 2017.

CARVALHO, Salo de. Contracultura e ativismo na web: os movimentos sociais, a "era das marchas" e a reinvenção da política. *In*: OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Direito e novas tecnologias da informação**. Curitiba: Íthala, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na Era da Internet. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2013.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional: o Poder Militar na América Latina**. Tradução de A. Veiga Fialho. 3ª edição. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1980.

DUPUIS-DÉRI, Francis. **Black Blocs**. Tradução de Guilherme Miranda. São Paulo: Veneta, 2014.ZIZEK, Slavoj. **O ano que sonhamos perigosamente**. São Paulo, Editora Boitempo, 2012.

FERNANDES, Pádua. Movimentos sociais e segurança nacional: notas sobre contestação e vigilância durante a ditadura militar. **Panóptica**, vol. 11, n. 2, p. 502-533, jul./dez. 2016.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. Marx e o Marxismo – **Revista NIEP-MARX**, vol. 5, n. 8, p. 53, jun. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro:

Paz & Terra, 2015.

MORAES, Ana Luisa Zago de. O "Caso Araguaia" na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Liberadades**, n.º 08, setembro-dezembro, 2011.

PINTO NETO, Moysés. Identidade de Esquerda ou Pragmatismo Radical? **Cadernos IHUideias**. Ano 15, n.º 259, vol. 15, 2017.

PRIORI, Ângelo; POMARI, Luciana Regina; AMÂNCIO, Silvia Maria; IPÓLITO, Verônica Karina. **História do Paraná: séculos XIX e XX.** Maringá, Eduem, 2012.

SANTIAGO, Leonardo Sagrillo. **Os "novíssimos" movimentos sociais e a sociedade em rede: a criminalização das "Jornadas de Junho" de 2013 e a consolidação de um Estado delinquente**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Maria, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio Grande do Sul, 2016.

_____. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015

SECCO, Lincoln. As Jornadas de Junho. *In*: MARICATO, Ermínia [et al]. **Cidades rebeldes**: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. 1. ed. São Paulo: Boitempo, Carta Maior, 2013.

SENELLART, Michel. **As artes de governar**: Do *regimen* medieval ao conceito de governo. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura militar ao debate justransicional**: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos Movimentos Sociais no Brasil. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013: classes e ideologias cruzadas. Dossiê: Mobilizações, protestos e revoluções. **Novos estudos 97**. Novembro de 2013.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três Estrelas, 2017

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução Sérgio Lamarão.

Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011.

CONSTITUIÇÃO, DIÁLOGO E DIREITO À SAÚDE: TRÊS PROPOSTAS

Felipe Dutra Asensi[1]
Diego Machado Monnerat[2]

Sumário: 1. Introdução: Direito, saúde e instituições; 2. Propostas para a efetivação do direito à saúde; a) Um direito material materialmente concebido; b) Três propostas; i) Primeira proposta – o 'positivismo constitucional'; ii) Segunda proposta – consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde; iii) Terceira proposta – a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais; 3. Considerações Finais

1. Introdução: Direito, saúde e instituições

O direito à saúde no Brasil, mesmo após duas décadas de sua universalização e adoção de princípios constitucionais basilares, ainda enfrenta múltiplos desafios de diversas naturezas no âmbito de sua efetivação, os quais remetem a uma série de fatores sociais, estruturais, políticos, culturais, etc. Os desafios e debates sobre a garantia de tal direito não se encontram esgotados, abrindo espaço para novas concepções, sentidos, investigações e reflexões sobre a forma através da qual se pode torná-lo efetivo.

Principalmente num contexto de fortalecimento de instituições e práticas democráticas no Brasil, tais como os Conselhos de Saúde, as audiências e as consultas públicas, o surgimento de novos atores implicados diretamente no processo de efetivação do direito à saúde tornam complexas suas estratégias e limites. Dentre as mais variadas dessas instituições e suas práticas correlatas, é possível destacar a valorização do poder fiscalizador e executor dos Conselhos de Saúde, estes instituições decisivas na incorporação de demandas sociais nas políticas públicas. Articulando-se aos Conselhos, os próprios usuários do sistema de saúde reforçaram suas associações para a efetivação do direito, ganhando relevo o surgimento de núcleos associativos de portadores de HIV, câncer, doenças renais, etc.

Uma outra prática democrática se refere à reconfiguração das funções e poderes das instituições jurídicas: o Judiciário passou a exercer papel decisivo na resolução de conflitos, em particular na saúde, e na definição de políticas públicas em geral, o que vem ensejando a judicialização da política e das relações sociais[3]. É possível atribuir a essa relevância institucional alguns elementos: a) a ampliação da possibilidade de controle de

---

[1] Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

[2] Universidade Católica de Petrópolis (UCP)

[3] WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc.) e pela via difusa (incidentes processuais a serem julgados por de juízes monocráticos e tribunais); b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública, etc.); c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juízes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros, etc.). Tais fatores permitem reconhecer um reforço do papel institucional do Judiciário em tornar os direitos expressos formalmente em efetivamente exercidos pelos seus titulares.

No âmbito do direito, outras instituições foram alçadas ao papel de defensoras da sociedade, com especial destaque para o Ministério Público, o que tem fomentado a 'juridicização' da política e das relações sociais[4]. Com isso, observa-se que as relações sociais podem sofrer tanto uma juridicização (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré-processuais) quanto uma judicialização (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de uma ação judicial).

No âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na saúde, a juridicização desenvolvida pelo Ministério Público desempenha papel fundamental pelo menos em cinco dimensões: a) na ênfase da idéia de consenso pelo diálogo, ou seja, a valorização do processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente; b) a tentativa de estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado; c) a incorporação da sociedade civil como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais; d) a pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal; e) a constituição de um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas.

Com a Carta Constitucional de 1988 e as normas que lhes são posteriores, a saúde recebeu, dentre outros elementos: a) múltiplas dimensões do ponto de vista de seu conteúdo (ex.: individual, social, de cidadania, etc.); b) regras e princípios específicos de sua estruturação (ex.: Lei 8080/90, Lei 8142/90, Normas Operacionais Básicas, etc.); c)

[4] ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. 1. ed. Rio Janeiro: Editora FGV, 2010.

um arcabouço jurídico-institucional relevante para a sua efetivação (ex.: formas de participação social, regras de distribuição de recursos, etc.).

Nesse contexto, o estabelecimento de estratégias para a garantia e efetivação do direito à saúde passou a exigir a compreensão da própria especificidade deste direito no ordenamento jurídico brasileiro, que se irradia sob múltiplos aspectos. Associados à ampliação do papel das instituições jurídicas, os processos de efetivação do direito à saúde têm ensejado discussões sobre: a) o que seria legítimo enquanto demanda em saúde ou, mais especificamente, o que seria legítimo pleitear enquanto direito à saúde de todos e dever do Estado; b) os pressupostos sociais e políticos para a configuração dos sentidos do direito à saúde que extrapolem o sentido oficial estatal; c) diante da existência de uma pluralidade de direitos sociais que exigem a prestação positiva do Estado, o enfrentamento dos desafios acerca do aporte de recursos econômicos para a sua plena efetivação, o que amplia as práticas de governar direitos. Portanto, os desafios de efetivação do direito à saúde passam pela reconfiguração da própria prática das instituições, de modo a constituir um direito material materialmente concebido.

Neste artigo, será realizada uma reflexão sobre os desafios para a efetivação do direito à saúde no Brasil, com enfoque especial nas instituições jurídicas e sua relação com a sociedade civil. Para tanto, serão discutidas três propostas de reconfiguração desta relação com base na ampliação da participação social e na intensificação da efetivação do direito à saúde enquanto um direito material 'materialmente' concebido.

2. Propostas para a efetivação do direito à saúde

a) Um direito material materialmente concebido

As reflexões que se desenvolveram no âmbito da teoria do direito produziram diversas idéias e perspectivas que buscam superar o paradigma formalista do direito, o que possibilita a inserção de critérios materiais e substanciais no seu sentido e alcance. Ao longo da história, algumas perspectivas teóricas buscaram pensar o direito enquanto valor e, assim, promover uma reflexão mais aprofundada a respeito de suas dimensões éticas, políticas e sociais.

Usualmente, sobretudo no que concerne ao direito público, desde o século XIX tem sido realizado o debate sobre as diferenças e simetrias entre a idéia de Constituição formal e de Constituição material. A primeira, em geral, se associa à cristalização dos direitos num texto escrito, comumente constituído como sua fonte formal. Com isso, conforme salienta José Afonso da Silva, diz respeito ao "peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte"[5]. Tal documento somente pode ser alterado mediante procedimentos

[5] SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 42.

e formalidades especiais próprias da organização do Estado e das leis que lhes são correspondentes.

A idéia de Constituição material, por sua vez, permite pensar a existência de direitos constitucionais que não se encontram, necessariamente, positivados, escritos ou previstos na regra jurídica. Seria, em verdade, uma constelação de valores presentes numa dada sociedade que se cristalizam enquanto direito vigente. Na perspectiva de Alexandre de Moraes, seria "o conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento"[6]. Trata-se de uma perspectiva que, dentre suas diversas configurações, pode ser associada a dois sentidos: a) amplo, que se identifica com o regime político do Estado; b) restrito, que designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.

Diante dessa distinção, as teorias do direito constitucional debruçaram suas reflexões sobre a formulação de diversas tipologias das constituições, sob o pressuposto da existência de normas que não necessariamente se encontram escritas ou previstas expressamente no texto constitucional, mas que são materialmente constitucionais porque refletem valores sociais. Com isso, tais teorias abriram a possibilidade de construção e reconhecimento de direitos que, embora não constantes do texto formal, preservam a sua força normativa num dado ordenamento jurídico, de modo a fundamentar sua validade a partir de fontes políticas, sociais, econômicas, etc.

Um dos autores do campo do direito que mais se dedicaram a essa temática foi Ferdinand Lassale. Contemporâneo de Karl Marx - com o qual compartilhou alguns momentos, a exemplo da Revolução de 1848 -, Lassale buscou pensar justamente os aspectos não-formais que são constituintes de uma ordem jurídica. Com isso, buscou apresentar uma concepção material-sociológica de Constituição. O autor parte do princípio de que a Constituição não é mera norma escrita, é uma realidade. E, por ser realidade, a Constituição é informada pela articulação e conjugação de fatores reais de poder, isto é, elementos de poder presentes nas relações que os indivíduos estabelecem em sociedade. A Constituição, portanto, seria um reflexo dos arranjos institucionais, sociais, políticos, econômicos e históricos que permeiam a sua formulação e concretização. Em seu argumento, se uma Constituição não corresponde aos fatores reais de poder de uma sociedade, essa Constituição consiste numa mera folha de papel, ou seja, não possui relevância social e eficácia para os atores no cotidiano de suas práticas. Seria um texto que não possui efeitos concretos, uma 'forma' sem 'alma', ou, na acepção contemporânea, uma norma desprovida de efetividade.

Segundo Lassale, em essência, a Constituição de um país é "a soma dos fatores

[6] MORAES, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 3.

reais do poder que regem uma nação"[7]. Uma vez que tais fatores reais se articulam e estabelecem pontos de interação que constroem sentidos aos atores, "os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita"[8]. Com isso, a partir desta incorporação em forma de papel, "não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas"[9].

Por essa razão, apesar de não ser objeto próprio de sua reflexão, a concepção de Lassale nos permite, atualmente, afastar a idéia de que o direito é um campo fechado, autopoiético, coeso, ausente de contradições, etc. Lassale permite pensar no interior do processo de formulação de normas jurídicas os fatores sociais orientados por relações de poder presentes em qualquer sociedade, e isto é fundamental para pensar as questões de saúde. Ao se admitir esse pressuposto, os problemas constitucionais não seriam, *prima facie*, problemas meramente de direito, mas, fundamentalmente, de poder, que consistiria na 'alma' da Constituição.

No Brasil, a perspectiva da existência de uma Constituição material recebeu atenção de muitos estudiosos e pesquisadores, sobretudo pelo que se convencionou denominar de doutrina brasileira da efetividade, que possui, dentre os seus expoentes, o jurista Luis Roberto Barroso. O argumento central desta perspectiva consiste no seguinte: para além da eficácia jurídica que uma norma possui, ou seja, a sua possibilidade de produzir efeitos num ordenamento jurídico porque formalmente válida, o autor sugere o debruçar sobre a eficácia social das normas, ou seja, a possibilidade de produzirem efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Ao partir do pressuposto de que o direito existe para se realizar, a idéia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. "Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social"[10]. Portanto, busca pensar o desenvolvimento dos direitos na prática, de modo a superar a perspectiva formalista que se traduz na mera eficácia jurídica.

Acerca dessa questão, Pogrebinschi oferece algumas sistematizações relevantes para pensar a materialidade do direito à saúde. Ao se debruçar sobre as concepções e sentidos do direito no âmbito de Marx, Pogrebinschi ressalta que possui grande contribuição para se pensar as práticas sociais. A autora salienta que, no pensamento de Marx, observa-se uma "tensão entre forma e conteúdo que, acredito, só pode ser

---

[7] LASSALE, F. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988, p. 19

[8] LASSALE, F. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988, p. 19

[9] Ibid.

[10] BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas:** limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 82-83.

superada quando a forma do direito é absorvida pela sua substância"[11]. Com isso, a autora busca pensar os limites e possibilidades de associação entre direito e Estado no pensamento de Marx, de modo a promover uma reflexão aprofundada sobre como o direito se constitui enquanto prática social[12]. Segundo Pogrebinschi,

> É deste modo que o direito deixa de ser fonte de transcendência para ser imanente; deixa de ser conferido e garantido por um ente exterior, o Estado, para se encontrado e afirmado pelos próprios homens como resultado atividade de constituírem a si mesmos; deixa de ser uma forma para ser apenas substância, para ser conteúdo e conteúdo apenas, cuja dinamicidade e re-atualização permanentes impedem que ele estabilize-se, institucionalize-se, formalize-se Apenas assim saímos da esfera do direito liberal formal ou do direito formalmente material para um direito materialmente material, constituído na própria materialidade da vida prática dos homens e da afirmação de suas condições de existência[13].

Assim, a democracia é concebida como uma experiência concreta, o que implicaria, portanto, localizar o político em práticas sociais e não em instituições estatais. Na avaliação de Pogrebinschi, "o direito é uma dessas práticas, na medida em que ele existe apenas como uma prática resultante da atividade constitutiva dos homens que é também uma atividade constitutiva da comunidade em que eles vivem"[14]. Neste sentido, a autora propõe, com base no pensamento de Marx, uma concepção de 'direito material materialmente concebido'. Partindo do princípio de que, nessa perspectiva, não há separação entre aquilo que é constituinte e aquilo que é constituído, Pogrebinschi identifica uma coincidência temporal e uma superposição material entre ambos, "na medida em que são duas faces de um mesmo momento e de um mesmo conteúdo, o que explica sua dinamicidade, sua atualização constante e permanente"[15].

O arranjo institucional criado na saúde a partir da atuação conjunta entre instituições jurídicas, instituições participativas e instituições estatais tem possibilitado cada vez mais uma atuação voltada para a esfera pública, com vistas a constituir um

---

[11] POGREBINSCHI, T. **O enigma do político**: Marx contra a Política Moderna. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009, p. 325.

[12] Pogrebinschi em *O enigma do político: Marx contra a Política Moderna* (2009), pp. 325-326, convida o leitor a superar a relação dicotômica entre direito e Estado, a exemplo da seguinte: "verdadeira democracia, portanto, não é incompatível com o direito. Ela é incompatível com a idéia de lei, com o direito do Estado moderno, com o direito posto e positivado, com o direito formal, com a forma jurídica. Mas ela não é incompatível com uma concepção materialista do direito material, isto é, do direito concebido como um resultado da atividade constitutiva dos homens".

[13] POGREBINSCHI, T. **O enigma do político**: Marx contra a Política Moderna. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009, p. 325.

[14] Ibid., p. 326.

[15] Ibid., p. 328.

direito materialmente material. Na medida em que os interesses pessoais passam por um processo de concessão recíproca, o objetivo passa a se centrar na concretização do interesse comum. Em outras palavras, a concretização do direito à saúde a partir da atuação conjunta da esfera social, jurídica e política constitui uma peculiaridade do caso brasileiro. Portanto, temos, no Brasil, um campo específico que prima pela participação para que, por meio da ação política, seja realizado o interesse público. De fato, outros atores também são guardiões de promessas e, ainda mais, buscam ser seus principais cumpridores. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a juridicização das relações sociais se apresenta como um movimento que denota as suas especificidades. Portanto, é fundamental estabelecer três propostas para conceber o direito material à saúde, que são fundamentais para orientar a sua efetivação jurídica, política e social.

b) Três propostas

A positivação do direito à saúde como um direito fundamental na Constituição de 1988 enseja avanços e novos desafios jurídicos, culturais, políticos, sociais e econômicos para a sua efetivação. A tensão inerente aos direitos sociais e, particularmente, ao direito à saúde, consiste na dicotomia existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais. Isso permite a inserção das instituições jurídicas nesse processo, seja na judicialização, seja na juridicização das relações sociais.

No contexto brasileiro, as instituições jurídicas receberam destaque no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, tais instituições desenvolveram a capacidade institucional de criar um espaço de diálogos ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. Isto tem permitido resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais em que não necessariamente conduzem à judicialização das demandas em saúde.

Esta co-gestão apresenta-se, por conseqüência, como um modo de gestão compartilhada, próprio das sociedades democráticas, em que o poder é compartilhado por meio de avaliações e decisões conjuntas, de modo a envolver os diferentes atores sociais que participam do processo. Fundamentalmente, no que concerne à efetivação do direito à saúde, podemos apontar três propostas fundamentais:

i) o "positivismo constitucional";
ii) a consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde, de modo a relativizar uma perspectiva mais quantitativista;
iii) a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais.

i) Primeira proposta – o 'positivismo constitucional'

No que concerne à primeira proposta – o 'positivismo constitucional' -, afirma-se que o direito à saúde seria, antes de tudo, um direito constitucional positivado e presente na norma jurídica. Trata-se de uma perspectiva que adota a norma como ponto de partida e fundamento do direito, que se apresenta como dever do Estado e, por essa razão, deve ser efetivado. Com isso, compartilha-se do entendimento de que o direito à saúde seria um direito universal, de aplicação imediata, diferentemente da amplitude e dos sentidos que os serviços de saúde possuíram nos períodos anteriores à redemocratização da década de 80[16].

Neste sentido, a saúde seria um dever constitucional do Estado, que atuaria mediante políticas públicas, na medida em que se trata de um direito inerente ao ser humano. Nesta perspectiva, o Estado deve atuar positivamente na implementação deste direito, uma vez que a idéia de "titularidade de todos" enfatiza a dimensão do dever do Estado para a sua consecução, satisfação e garantia. Assim, a idéia de "direito de todos e dever do Estado" traz um potencial semântico que não se reduz ao seu texto, de modo que o direito à saúde potencializa uma gama de sentidos e impulsiona discussões políticas, sociais, culturais, econômicas e jurídicas sobre sua implementação, que encontram amparo na Constituição. Diante desse cenário, é possível afirmar a estratégia orientada pelo positivismo constitucional. Segundo Barroso:

> Este discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava *reduzir* direito à norma, mas sim de *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito da cidadania[17].

A perspectiva do positivismo constitucional permite pensar uma série de concepções para a efetivação do direito à saúde. Tais concepções possuem como orientação algumas dimensões associadas à idéia de positivismo constitucional, quais sejam: a) a compreensão de que a defesa do cumprimento da norma jurídica é uma necessidade democrática, e não meramente uma postura dogmatista; b) a admissão de que defender a norma jurídica não implica em reduzir os sentidos e práticas de efetivação de direitos a tais normas, abrindo-se a possibilidade de construção e reconhecimento de 'direitos vivos'; c) a ênfase na efetividade do direito à saúde, ou seja, no estabelecimento

[16] Para um panorama de tais sentidos, ver Luz (1991).

[17] BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas:** limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 296.

de estratégias para a ampliação de sua eficácia social.

No que concerne à primeira, é fundamental admitir que os desafios para a implementação dos direitos sociais e coletivos – especialmente a saúde – têm se desenvolvido paralelamente ao reconhecimento de que tais diretos possuem uma natureza fortemente democrática. Saúde, ambiente, educação, trabalho e moradia seriam direitos necessários ao livre exercício da cidadania. Sobretudo no Brasil, em que a saúde possuiu historicamente uma posição subvalorizada do ponto de vista de sua universalização, a previsão constitucional possibilitou um incremento do papel das instituições jurídicas na democratização e efetivação deste direito.

No que concerne à segunda, podemos pensar a idéia de saúde como um 'direito vivo'. O estudo do direito vivo, nos termos propostos por Ehrlich[18], permite extrapolar o raciocínio calcado na lei e nos livros, de natureza tipicamente positivista, pois assume o direito como um fenômeno social e, portanto, orientado por práticas sociais. Ao longo das ações em saúde, observa-se que a norma se apresenta como ponto de partida, e não como referencial semântico e conceitual que encerra os sentidos desse direito. Nesse contexto, é possível pensar a construção e reconhecimento de direitos vivos, que não se reduzem à norma jurídica, mas a tomam como referencial intangível de restrição pelo Estado.

No que concerne à terceira dimensão, é fundamental enfatizar a efetividade do direito à saúde, ou seja, o estabelecimento de estratégias para a ampliação de sua eficácia social. Ao partir do pressuposto de que o direito existe para se realizar, a idéia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. Tal perspectiva tem buscado justamente se debruçar sobre a dimensão fática do direito por meio de sua eficácia social, ou seja, a possibilidade de produzir efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Assim, o 'positivismo constitucional da saúde' não se reduz à mera afirmação deste direito enquanto norma constitucional, na medida em que busca incorporar caracteres sociais e de cidadania em seu conteúdo e no estabelecimento de estratégias de efetivação. O que se observa é que o caráter de direito universal reforça a dimensão social deste direito, para a sua prática no cotidiano dos atores, e não para a regra jurídica meramente formal. Considerar a prática significa uma abertura à escuta, à alteridade e à construção conjunta do sentido de direito, que não está submetido ou determinado pela norma constitucional.

[18] EHRLICH, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). **Sociologia e Direito**. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

ii) Segunda proposta – consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde

No que concerne à segunda proposta - consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde, de modo a relativizar uma perspectiva mais quantitativista -, temos um elemento muito relevante. A recusa ao quantitativismo como único critério para a definição de estratégias tem sido cada vez mais fundamental. Isto pode ocorrer da seguinte forma: a) a valorização da descentralização institucional como desconcentração efetiva de poder, ao menos entre setores mais avançados politicamente nas instituições de saúde e na sociedade civil; b) o crescimento da necessidade de transparência nas decisões governamentais; c) a superação da clássica dicotomia entre políticas de prevenção e políticas de cura; d) a compreensão de que a saúde não envolve somente ausência de doença, mas também bem-estar físico, mental, psicológico e social; e) a humanização do atendimento, que seria entendido como uma nova qualidade das ações, maior resolutividade, níveis de referência a serviços especializados bem estabelecidos e uma nova forma de compromisso entre os profissionais de saúde e os usuários; f) a ênfase no respeito aos direitos de qualquer cidadão e ser humano, considerando-o em sua singularidade e em sua dor.

iii) Terceira proposta – a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais

No que concerne à terceira proposta - a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais -, podemos pensar uma nova arte de governar em saúde, que engloba, em sua complexidade, instituições estatais (jurídicas e não-jurídicas) e, principalmente, instituições sociais, tais como os Conselhos de Saúde, Associações, etc. Tal incorporação vem relacionada a estratégias dialógicas que pressupõem a ausência de hierarquia entre os sujeitos que as compõem, de modo que, parafraseando Dworkin[19], os 'direitos sejam levados a sério', e que o sejam coletivamente.

É importante ressaltar, mais uma vez, a potencialidade de ações desenvolvidas por meio de diálogos institucionais profícuos, sobretudo nessa terceira proposta. A interdependência das pessoas cria a necessidade, para minimizar o desperdício e coordenar suas atividades econômicas e sociais, da elaboração e desenvolvimento de dinâmicas, ou seja, de instituições[20]. Assim, "a coordenação de atividades influencia o

[19] DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

[20] Ronaldo Fiani, em *Cooperação e conflito: Instituições e desenvolvimento econômico* (2011), p. 17, faz uma importante diferenciação entre 'instituição' e 'organização', dizendo que "enquanto instituições são regras gerais de interação social, organizações são grupos de indivíduos ligados por um conjunto de regras específicas (suas próprias instituições), as quais visam à ação coletiva do grupo em torno de um

resultado econômico e no interesse em cooperar. As instituições fornecem ordem e previsibilidade às transações humanas"[21].

As percepções de Chrysostomos Mantzavinos podem auxiliar na percepção da sutileza do desenvolvimento das instituições e na compreensão do atual tópico. Para o autor, as instituições podem ser divididas em duas formas básicas: "as instituições formais impõem obediência por meio da lei, enquanto as instituições informais não necessitam do Estado para impor obediência"[22]. Especificando mais o segundo tipo, pois, ao tratar de instituições, a modalidade formal é mais comum no linguajar jurídico

> As instituições informais são assim as regras consolidadas pelo convívio social, que se cristalizaram no hábito (e, portanto, são respeitadas sem que os indivíduos se deem conta disso), ou pela pressão de um grupo social sobre os seus membros, discriminando, ou mesmo punindo, quem quebra as regras (sem que haja a interferência do Estado)[23].

A partir do exposto, a complexidade maior para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil se dá por um ambiente institucional[24] deficitário, ou seja, com regras e ordens que não desenvolvem as relações institucionais necessárias à melhor resolver os problemas sociais que impedem o acesso à saúde. Por isso, o desenvolvimento do diálogo por meio de arranjos institucionais[25] eficientes se torna primordial. Arranjos institucionais focados em diálogo, trocas e, mais importante de tudo, em cooperação propiciará às demandas em saúde o poder de transpor postulados hegemônicos e discursivamente tradicionais como reserva do possível e atribuições de uma ou outra instituição, em prol de um constitucionalismo da saúde materialmente material e realmente desenvolvido, eficaz e não meramente retórico.

Nesses espaços de diálogo e interlocução, tem se observado a utilização cada vez

---

objetivo comum". O presente trabalho não aprofunda tanto as diferenciações, podendo-se pôr ambos os termos em igualdade conceitual, mas ressalta-se que deve ser observada a importância do diálogo constante de organizações e instituições para a promoção do direito à saúde no Brasil.

[21] SCHMID, A. Allan. **Conflict and cooperation**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2004, p. 02 (tradução nossa).

[22] MANTZAVINOS, Chrysostomos. **Individuals, institutions and markets**. Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 84-85.

[23] FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito.** Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 14.

[24] Segundo Douglass C. North e Lance E. Davis em *Institutional change and american economic growth* (1971), p. 06. "é o conjunto de regras fundamentais de natureza política, social e legal, que estabelece a base para a produção, a troca e a distribuição" (tradução nossa).

[25] Também North e Davis (1971), na página 07, definem que um arranjo institucional se dá "(...) entre unidades econômicas, que governa a forma pela qual essas unidades podem cooperar e/ou competir"

mais frequente dos princípios constitucionais da saúde. Neste sentido, o princípio da integralidade, que, em diversas dessas vezes, tem sido utilizado como argumento jurídico na discussão encaminhada pelos usuários junto às instituições jurídicas. Integralidade se constitui como processo de construção social, podendo conferir maior horizontalidade nas relações entre seus participantes – gestores, profissionais e usuários do sistema de saúde –, o que reforça a idéia de gestão compartilhada. Em virtude da abrangência semântica deste princípio, observa-se a ampliação das possibilidades de criação de novas tipologias e sentidos jurídicos. Com isso, o princípio de integralidade tem sido empregado como uma proposta de transformação da prática da política de saúde, pois "integralidade implica uma recusa ao reducionismo, uma recusa à objetivação dos sujeitos e talvez uma afirmação ao diálogo"[26].

3. Considerações Finais

A interpretação sobre o direito à saúde não se reduz apenas aos conteúdos do campo do direito, mas inclui conteúdos da gestão em saúde e da participação da sociedade civil. Neste sentido, a abrangência do conceito de integralidade, ao invés de impedir, auxilia a construção dessas novas demandas e do próprio direito material materialmente concebido à saúde. A interlocução cada vez maior entre a sociedade civil e a gestão nesse espaço de diálogo e encontro constitui um avanço na compreensão das formas de solução de conflitos. Considera-se ser este um caminho promissor na reorganização das estratégias de luta pela efetivação de direitos sociais na sociedade civil.

O reconhecimento do diálogo como estratégia privilegiada de resolução de conflitos e de ampliação de direitos representa não somente a expansão das possibilidades de atuação dos atores sociais, mas também uma nova forma de sociabilidade, calcada na celeridade e na efetividade da garantia de direitos sociais. Ou seja, para além daquela integralidade referente à garantia de oferta de um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, conforme as necessidades de cada caso, nos vários âmbitos de complexidade do sistema de saúde, temos uma integralidade em movimento, que consiste no próprio processo dialógico dos atores sociais que buscam, em suas ações cotidianas, efetivar seus direitos de forma democrática e participativa com vistas à justiça e à igualdade concreta.

Portanto, a integralidade é, ao mesmo tempo, um princípio e um elemento constitutivo do direito à saúde, pressupondo que atores não-estatais devam participar do processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas de saúde pela simples razão de serem os diretamente interessados no seu sucesso. Neste sentido, membros de

[26] MATTOS, R A. de. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões sobre valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de (Orgs.). **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado em saúde**. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, 2001, p. 61.

instituições jurídicas, profissionais de saúde, conselheiros, etc, têm cada vez mais reconhecido que não basta somente identificar o caráter cidadão do direito à saúde. A conquista do direito à saúde não ocorreria mais na forma da lei ou nos limites da legalidade, pois extrapolaria o mundo jurídico para, no mundo social, adquirir o seu sentido. O esforço para a garantia do direito à saúde remete ao próprio processo de 'cidadanização', ou seja, o processo de tornar garantias formais efetivamente exercidas pelos atores sociais em seu cotidiano. Não se trata mais de se ter o direito, mas de exercê-lo, de modo que este direito seja efetivamente praticado, desenvolvimento em movimentos institucionais, formal e informalmente, e implementado não pelo Estado, mas pelos seus próprios titulares num contexto de juridicização.

Com isso, é possível afirmar que um elemento indissociável do processo de construção do direito à saúde é a polifonia, que se manifesta por meio de diferentes 'vozes' que, através de um processo dialógico, alcançam um consenso. Mas para que estas vozes ecoem efetivamente nos serviços de saúde, é indispensável pensar a construção de espaços públicos de participação social, inclusive nas instituições jurídicas, para que este direito material materialmente concebido seja efetivamente democrático.

Referências

ASENSI, F. D. **Indo além da judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. 1. ed. Rio Janeiro: Editora FGV, 2010.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas:** limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAVIS, Lance E.: NORTH, Douglass C. *Institutional change and american economic growth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982

EHRLICH, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). **Sociologia e Direito**. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito.** Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LASSALE, F. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988.

LUZ, M. T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" – anos 80. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, vol.1, ano 1, 1991.

MANTZAVINOS, Chrysostomos. **Individuals, institutions and markets**. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

MATTOS, R A. de. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões sobre valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de (Orgs.). **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado em saúde**. Rio de

Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, 2001.

MORAES, A. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

POGREBINSCHI, T. **O enigma do político**: Marx contra a Política Moderna. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2009.

SCHMID, A. Allan. **Conflict and cooperation**. Malden, Massachusetts: Blackwell Publishing, 2004.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. **Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

NOVOS MODOS DE CONTROLE SOCIAL NO BRASIL: A UTILIZAÇÃO DE "DRONES" COMO DISPOSITIVO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Augusto Jobim do Amaral[1]
Roberta da Silva Medina[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O "fim da guerra" e a utilização de drones; 3. As implicações da utilização de drones como dispositivo de segurança pública no Brasil e o paradigma da guerra civil; 4. Conclusão

1. Introdução

Após o paradigmático "11 setembro de 2001", os Estados Unidos iniciaram a chamada "guerra ao terror", objetivando eliminar o *inimigo*, que na conjuntura em questão é representado pelo *terrorista*. A racionalidade política subjacente a este tipo de prática é a da *defesa social,* que vale-se do esgotado slogan de medida de segurança, que por sua vez "não é destinada a punir, mas somente preservar a sociedade contra o risco que ela corre com a presença de seres perigosos em seu seio".[3]

Através dessa racionalidade, a potência mundial valeu-se de diversas tecnologias que auxiliaram neste processo de extermínio ao terrorismo. Neste cenário, o *drone,* dispositivo de vigilância convertido em máquina de matar[4], aponta como ente essencial. Ao *projetar poder sem projetar vulnerabilidade*[5]*,* modifica até mesmo a noção de "guerra" que subsistia até então. Em uma conjectura que torna a guerra *infinita*[6], pois os alvos sempre se renovam, a política de drone estrutura um rígido controle de populações e ameaças, na medida em que é capaz de analisar padrões de comportamento, perfis e estatísticas, tornando indivíduos em dados para o controle de risco.

Embora no contexto mundial seja frequente a utilização dos drones armados, no Brasil, esta prática vem sendo atrelada como forma de obter "informação, monitoramento e reconhecimento", principalmente após os dois megaeventos sediados

---

[1] Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

[2] Graduanda em Direito e Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/PUCRS vinculada ao Grupo de Pesquisa "Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica" (PUCRS).

[3] CHAMAYOU, Grégoire. Teoria do drone. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 45.

[4] Idem, p. 20

[5] Ibidem.

[6] Idem, p. 69.

pelo país nos últimos anos (Olimpíadas de 2016 e Copa do Mundo de 2014)[7]. Nesse sentido, drones têm sido utilizados como principal dispositivo estratégico pelas polícias e exército brasileiro no que cerne ao "combate ao tráfico", tendo em vista ser eficaz no mapeamento e vigilância de regiões de difícil acesso.

Em fevereiro de 2013, a Força Aéreas Brasileiras receberam dois aviões não tripulados fabricados pela empresa israelense chamada "Elbit Systems", que em 2010 também enviou ao Brasil duas outras unidades modelo para teste[8]. O modelo mais moderno utilizado pela FAB é o chamado Hermes 900, originário da mesma fábrica de Israel, que possui um "conjunto de 10 câmeras de alta resolução que permitem a vigilância de uma região inteira. O software, que processa o conjunto de imagens, permite a visualização de maneira independente, o que permite monitorar dentro uma mesma área diferentes alvos simultaneamente"[9].

Conforme dados recentemente disponibilizados pela ANAC, há cerca de 33.675 drones cadastrados em território brasileiro, que comportam, dentre este número, registros para uso profissional e recreativo. Diante da crescente exponencial do uso de tal dispositivo no Brasil, faz-se mister analisar as implicações que se debruçarão aos "alvos" de drones aqui selecionados, bem como à população civil em geral, através das novas formas de controle social que implica.

2. O "fim da guerra" e a utilização de drones

Através da utilização de tal dispositivo, a guerra, de assimétrica, torna-se unilateral. Em linhas gerais, esta arma prolonga e radicaliza os procedimentos existentes de guerra, resultando na supressão do combate[10]. Surge, então, um questionamento central: se a "guerra de drones" não é exatamente uma guerra, a que "estado de violência"[11] corresponde?

Inicialmente, é a noção mesma de reciprocidade entre combatentes que é

[7] "As cidades brasileiras, principalmente as que serviram de sede para tais acontecimentos, tornaram-se locais para experimentos com o monitoramento de lugares e pessoas através da aquisição de tecnologias de ponta". (GAFFNEY, Christopher. Segurança Pública e os Megaeventos no Brasil. OS IMPACTOS DA COPA DO MUNDO E DAS OLIMPÍADAS 2016, 2014, 20, p. 165).

[8] Disponível em: < http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/03/seguranca-da-copa-2014-tera-drones-da-fab-e-pf-exercito-estuda-compra.html>. Acesso em: 01 de março de 2018.

[9] Disponível em: <http://www.fab.mil.br/noticias/mostra/18093/REAPARELHAMENTO-%E2%80%93-Hermes-900-refor%C3%A7a-capacidade-operacional-da-FAB-no-reconhecimento-eletr%C3%B4nico.> Acesso em 01 de março de 2018.

[10] CHAMAYOU, p. 25.

[11] GROS, Frédéric. Estados de violência: ensaio sobre o fim da guerra. Editora Ideias &Letras, 2009.

eliminada. Em uma análise tradicional, guerra aparece como um conflito violento, em que os que se confrontam ameaçam diretamente a vida dos outros, expondo a sua própria[12]. Contudo, a utilização de veículos armados não tripulados resulta em significantes modificações na relação de reconhecimento entre os adversários: o operador do drone vê seus alvos, mas o que seus alvos veem não é a si, mas à coisa, ao drone; a coisa que os vê, o objeto para o qual eles são objeto. Fréderic Gros expõe tal processo com bastante lucidez:

> Os progressos tecnológicos realizados estes últimos decênios, constituindo o que se pôde chamar uma "revolução", foram prodigiosos: no domínio da informação militar (...), informação do comando eletrônico das armas de destruição maciça (...), e da velocidade enfim de transmissão de dados como de lançamento das forças de tiro. A tal ponto que a arte tradicional da guerra se achou ultrapassada (...). Alguma coisa estranhamente plana e gelada se mostra, **onde o inimigo não tem mais rosto: um sinalzinho vago na tela. Para fazê-lo desaparecer, não são necessárias força ou coragem, mas uma pura competência científica[13].** (grifo nosso)

Na guerra de drones há a retirada do soldado do campo de combate, visto que permanece em sua sala controlando a distância a arma letal. Há uma nítida separação entre o local da decisão de matar e da execução da morte. Esta conjuntura põe em questão se o operador de drone é verdadeiramente um soldado. O *éthos* militar tradicional tinha suas virtudes cardinais: coragem, sacrifício, heroísmo... Tais referências tornavam o massacre aceitável e, além disso, glorioso - a guerra era vista como uma experiência ética por excelência: guerrear era aprender a morrer[14]. O operador do drone, que opera fora da zona de vulnerabilidade, pois não precisa se colocar fisicamente em combate, rompe com tal padrão, sendo o drone considerado, por muitos, como a "arma do covarde"[15]. No entanto, é importante referir Walter Benjamim, em sua época, já ironizava tal "glorificação" e "heroísmo" das guerras imperialistas, pensadas pelos pensadores reacionários[16]. Pertinente, portanto, questionar se alguma vez se chegou a ser heroico. Neste sentido, é menos ao espetáculo de uma "guerra sem virtude" que assiste do que uma vasta operação de redefinição das virtudes guerreiras – há uma mudança paradigmática no discurso reproduzido. Em verdade, o argumento retórico

[12] Idem, p. 5.

[13] GROS, p. 237.

[14] CHAMAYOU pg. 111.

[15] CHAMAYOU, p. 25.

[16] "Os autores omitiram o fato de que a batalha material, na qual alguns deles vislumbram a mais alta revelação da existência, coloca fora de circulação os miseráveis emblemas do heroísmo, que ocasionalmente sobreviveram à grande guerra". (BENJAMIN, Walter. Théories du fascime allemand, p. 199).

antimilitarista da covardia, está sendo reciclado hoje para servir de aura de legitimação ao homicida dronizado[17]. O discurso se modifica, e agora a bravura consiste em fazer o *trabalho sujo*, desde que seja feito por dever, em nome de fins justos e bons em si mesmos.

Outrossim, a relação com o inimigo se modifica completamente – este não é mais concebido como um elo na cadeia de comando hierárquico. A dronização das operações de guerra resulta em numa transfiguração essencial – o *paradigma do antiterrorismo* surge com preeminência ao paradigma da contrainsurgência[18]. Na contrainsurgência, os inimigos são considerados como representantes de reivindicações mais profundas no seio de uma sociedade, e, para combatê-los, se faz necessário empenhar-se em compreender sua razão de ser. Já o *terrorista* é concebido como "indivíduo aberrante", personalidade perigosa, enfim, uma *vida matável*[19]. Ao reconhecer o inimigo como tal, é impossível criar uma relação de reciprocidade com ele[20].

Como consequência de tal estigmatização, a violência armada é transformada em execução. A lógica policial, inerente à estratégia antiterrorista, individualiza o inimigo, bem como reduz seus objetivos à neutralização, caso a caso, do máximo de suspeitos. Não se trata mais de separar o inimigo da população, mas de colocá-lo pessoalmente fora de condição de causar danos[21]. A solução, por conseguinte, passa pelo rastreamento desses indivíduos, e modifica substancialmente o objetivo da guerra, que não é mais conquistar um território, mas apenas eliminar a "ameaça terrorista"[22].

O reconhecimento do inimigo, que há todo tempo pode ser visto, pois encontra-se sob um "olhar constante"[23], é guiado pelo *princípio de esquematização das formas de vida*[24]. Tal princípio cria uma "cartografia" das vidas, feito a partir de um sistema que, além de vigiar indivíduos já conhecidos, rastreia novos elementos que podem ser considerados suspeitos. A partir de uma vigilância contínua, qualquer comportamento

[17] CHAMAYOU, p. 119.

[18] CHAMAYOU, p. 80.

[19] "Aquela que qualquer um pode tirar sem cometer homicídio ou aquela que qualquer um pode levar à morte, em que pese seja insacrificável". (AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004).

[20] SANDOVAL, Laila Yousef. Aviones y drones: el elemento aéreo em Carl Schmitt. Daimon. Revista Internacional de Filosofia, nº 73, 2018, p. 177.

[21] CHAMAYOU, p. 82.

[22] CHAMAYOU, p. 84.

[23] CHAMAYOU, p. 50.

[24] CHAMAYOU, p. 52.

que altere a trama das atividades habituais assinala uma ameaça[25]. Através da identificação de regularidades, é possível antecipadamente, pois, uma vez detectadas situações anormais em uma rotina, se pretende conseguir de uma vez predizer o futuro e modificar seu curso por uma ação preemptiva. Como consequência, civis podem ser considerados alvos por sua suposta capacidade de realizar ações tidas como terroristas no futuro[26].

No entanto, tal tática é problemática e controversa. O olhar que guia os drones segue uma lógica binária que procura distinguir "normal" de "anormal", em meio a um universo espacial extremamente heterogêneo e complexo[27]. Sendo assim, não há como diferenciar de forma confiável "terroristas" de "civis", somente com base nas análises de vida de tais pessoas. Esse aparato de (re)conhecimento pode alterar qualquer aspecto da vida em clara evidências de que estão assistindo à inimigos ou terroristas, e que, portanto, *podem* ser atacados.

Como resultado, a morte de civis é tida como regra. Desde 2004, quando se inicia o uso de drones armados pelos Estados Unidos da América, mais de 370 ataques foram realizados, provocando mais de 3.000 vítimas. Dentre estas, mais de 22% seriam civis e crianças, e quase 80% seriam supostamente militantes, sem a clara definição do que seriam "militares" e "civis". Desse total, apenas 52 pessoas seriam líderes militantes identificados pela CIA e pelo governo americano enquanto alvos prioritários. Além disso, é sabido que os Estados Unidos não contam as mortes de adultos homens como "civis", ao menos que haja uma clara evidência de que não sejam terroristas[28].

Diante de tais dados, desmantela-se o discurso de "guerra cirúrgica" adotado pelos defensores do uso de drones. Estes referem que, através das características técnicas desse dispositivo, somadas à natureza das operações, seria possível efetuar a eliminação pontual e precisa dos inimigos, sem, contudo, produzir amplos efeitos colaterais, com em uma mobilização de tropas. Em verdade, percebe-se que as vidas poupadas deixam de ser as dos civis e passam a ser as dos "nossos" combatentes, que não precisam se colocar fisicamente em combate.

Neste cenário, o que ainda é mais alarmante é que tal massacre não pode ser reduzido a apenas uma localidade ou a um espaço de tempo. Verdadeiramente, não se sabe quando começa ou quando acaba a "guerra" contra o terrorismo – as ações do drone, por não terem lugar sob as coordenadas clássicas do conflito, não podem ser consideradas momentos de guerra declarada, mas assumem a forma de ataques

[25] CHAMAYOU, p.53.

[26] SANDOVAL, p. 177

[27] GRAHAM, Stephen. Drone: Robot imperium. TNI Working papers, 2016, p. 12.

[28] Idem, p. 11.

dificilmente distinguíveis na cronologia de uma guerra tradicional[29]. Neste cenário, a guerra torna-se indefinida no tempo e no espaço. A zona de conflito armado é transponível para onde quer que o inimigo esteja, sem nenhuma relação com a geografia[30]. Outrossim, a guerra mesma é extensível ao infinito. Como expõe Grégoire Chamayou,

> Ao redefinir a noção de zona de conflito armado como lugar móvel ligado à pessoa do inimigo, acaba-se por reivindicar, sob a cobertura do direito dos conflitos armados, o equivalente de um direito à execução extrajudicial estendido ao mundo inteiro, inclusive em zona de paz, contra qualquer suspeito, fora do procedimento regular, inclusive contra seus próprios cidadãos[31].

A partir de todo o exposto, faz-se necessário investigar, através das modificações cruciais e emergentes na definição tradicional de guerra, as implicações que o uso de tal dispositivo ocasiona nos contexto "doméstico" dos países, principalmente do Brasil, por meio do policiamento civil. Para realizar tal abordagem, imprescindível perpassar pelas concepções do espectro da soberania na imagem da polícia, apontando seu papel a partir do paradigma da guerra civil.

3. As implicações da utilização de drones como dispositivo de segurança púlica no brasil e o paradigma da guerra civil

A partir da concepção de Michel Foucault, a *guerra civil* é compreendida como algo inerente às relações de poder – aquilo que assombra o poder, habitando-o, "*na forma da vigilância, da ameaça, da posse da força armada, enfim, de todos os instrumentos de coerção que o poder efetivamente estabelecido adora para exercer-se"*[32]. Esta concepção é de suma importância pois, ao introduzir a noção de *guerra civil* como tal, tende-se à converter o modo consensual como a sociedade é vista, pois se nos últimos anos o debate priorizou apenas pensar a guerra como elemento externo, como a declarada a outros países, é porque havia uma tendência por parte de quem detém o poder em não demonstrar o conflito descarado criado pelas formas de repressão estatais. Aprofundando tal questão, Giorgio Agamben investe na reflexão afirmando que é numa zona de indiferença, no *estado de exceção*, que a guerra civil irá se deslocar[33]. Desta

[29] SANDOVAL, p. 176.

[30] CHAMAYOU, p. 69.

[31] CHAMAYOU, pp. 69-70.

[32] FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 25.

[33] AGAMBEN, Giorgio. *Stasis:* a guerra civile come paradigma politico. Homo Sacer, II, 2. Bollati

forma, a guerra civil na política contemporânea irá funcionar no limiar entre politização e despolitização da vida.

Neste cenário, manifesta-se um ente essencial: a polícia. Em sua versão moderna, a polícia está inserida numa nova *governamentalidade* – a partir do século XVIII passa não mais visar a uma mera regulamentação dos indivíduos, mas à repressão das possíveis desordens da população[34]. Na medida em que o poder soberano é aquele que preserva o direito de agir e impor soberanamente a morte de pessoas a cada momento, assinalando, portanto, o ponto de indistinção entre violência e direito, propriamente é a polícia que se move desde um estado de exceção[35] - pela entrada definitiva da soberania[36] na imagem da polícia, rompe-se com a lógica da biopolítica, na medida em que se retorna ao direito de *fazer morrer*. Diante disso, a polícia se locomoverá nessa zona de indistinção em que se localiza o estado de exceção, produzindo politização através da inclusão de determinados indivíduos nas cidades (ou seja, a uma vida qualificada) e despolitização na medida da repressão de outros (*vidas nuas*)[37].

Neste sentido, o uso progressivo de dispositivos de segurança e vigilância oriundos de tecnologias militares em ambiente doméstico, é resultado do aprofundamento da cultura de vigilância e militarização policial, através da concepção de "Segurança Interna"[38]. No entanto, é preciso atentar-se que à medida que as polícias começam a implantar tecnologias de drone em áreas urbanas com maior regularidade, há uma mudança na maneira como esses espaços e as populações que os habitam são construídos, supervisionados e, consequentemente, governados[39]. Além disso, é preciso enxergar a utilização de tal dispositivo em ambiente doméstico sobre o mesmo paradigma: o da *guerra*. Esta concepção, inclusive, tenta ser mascarada por empresas fabricantes de drones – recentemente, um grupo de lobby do Reino Unido sugeriu que os "drones civis" fossem pintados em cores vivas para distingui-los de seus "primos assassinos" em zonas de guerra[40].

Boringhieri: Torino, 2015, p. 24.

[34] FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população: curso no Collége de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

[35] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

[36] FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade 1: a vontade de saber. 11. ed. Rio de Janeiro, 2014.

[37] AMARAL, Augusto Jobim de; PILAU, Lucas e Silva Batista. A polícia moderna: degenerescência democrática e guerra civil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017.

[38] GRAHAM, p. 15.

[39] Ibidem.

[40] Idem, p. 18.

A utilização de drones na segurança pública interna está sendo empregue, usualmente, para localizar ameaças e "alvos" situados entre a população civil. Crucialmente, tal utilização é alimentada pelas mesmas fantasias da "visão total" contra ameaças vagas, podendo identificar como "suspeitas" aspectos normais da vida civil[41]. Outrossim, ainda que tal dispositivo não esteja sendo usado no ambiente doméstico com sua forma armada, é gritante que os problemas da implantação do uso de drones dentro deste espaço são os mesmos que atendem todas as extensões radicais de sistemas de vigilância digital e rastreamento a distância nas culturas contemporâneas do policiamento - especialmente aqueles baseados em sistemas militares. Uma extensão permanente e radical da vigilância de sociedades através de câmeras de transmissão ao vivo, vigilância de comunicações, monitoramento infravermelho e análise de vídeo são possibilidades que não podem ser descartadas[42].

Além disso, o uso de drones policiais inevitavelmente perpassará pela *soberania* policial, demonstrada o através de seu poder de decidir quem é o "inimigo" - parece altamente provável que, em cidades cada vez mais polarizadas, drones serão usados, em sua maioria, para policiar regiões periféricas, onde se encontra a "clientela comum" do sistema de justiça criminal. Em uma análise Foucaultiana, é o *racismo de Estado* que, verdadeiramente, justifica e motiva a precisão do controle de uma parcela significativa da população, a saber, negra e marginalizada[43]. Não se busca uma nova forma de mitigar a violência urbana, pois a racionalidade governamental não visualiza a população residente de favelas em sujeitos vítimas de tal brutalidade, mas seres que potencialmente produzem essa e que devem ser observados enquanto algo a ser controlado.

No Brasil, o Senado aprovou, recentemente, a proposta 167/2017, que estipula as regras para que os órgãos de Segurança Pública usem veículos aéreos não tripulados em ações de inteligência, apoio a operações policiais e monitoramento ambiental, de trânsito ou de fronteiras[44]. Contudo, drones já vem sendo utilizados pelas polícias brasileiras constantemente. Desde 2013, o Estado brasileiro adquire drones fabricados por empresas Israelenses, que são destinados às Forças Aéreas Brasileiras e às polícias. Inicialmente, drones eram utilizados para vigiar fronteiras e monitorar suspeitos de tráfico[45]. Todavia, com os dois megaeventos sediados pelo Brasil (Copa do Mundo e Olimpíadas), tal prática, além de se tornar mais recorrente, está sendo utilizada em

[41] Idem, p. 16.

[42] Idem, p. 17.

[43] FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

[44] Ver: https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/12/senado-aprova-uso-de-drones-por-forcas-policiais. Acesso em: 03 de março de 2018.

[45] Em 1ª ação conjunta de drones, FAB e PF apreendem droga na fronteira. Disponível em: http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/05/em-1-acao-conjunta-de-drones-fab-e-pf-apreendem-drogas-na-fronteira.html. Acesso em: 05 de março de 2018.

âmbito interno - nas cidades brasileiras.

Em notícia veiculada na emissora Globo, através do telejornal denominado "Bom Dia Brasil", tal situação torna-se bastante notória. Na cidade litorânea de Capão da Canoa, situada no estado do Rio Grande do Sul, de acordo com o depoimento de um policial, drones estão sendo utilizados para "prevenir furtos e localizar suspeitos". Um major da Brigada Militar, por sua vez, esclarece que tal dispositivo vêm sendo empregado principalmente em ações preventivas, aduzindo, inclusive, que *"mesmo a pessoa não sabendo, está sendo revistada, está sendo identificada, está sendo verificada a sua condição"*[46]. Tal declaração manifesta expressamente a prática de "vigiar hábitos" na sociedade brasileira. Aqui, surgem, portanto, a mesma problemática que o uso de drones no contexto internacional acarreta: em uma sociedade heterogênea e desigual, que habita em cidades mitigadas, o que pode, precisamente, ser tido como atividade "normal" através da concepção soberana policial? Aufere-se, com a utilização de drones, um novo nível de controle social sob a população.

Chama a atenção, também, situação ocorrida no presente ano em uma das periferias do Rio de Janeiro, conhecida como "Jacarezinho". Comumente, comandantes do tráfico nas favelas brasileiras utilizam-se de técnicas de "guerrilha" nos confrontos com a polícia, pois detém maiores conhecimento sobre os becos e vilelas existentes nas complexos tecidos sociais e urbanos, reservados às pessoas mais pobres no contexto das cidades brasileiras. No entanto, esta prática parece estar com o final próximo: com a utilização do drone, um policial situado em uma sala de comando distante do conflito na favela, coordena seus colegas que estão em confronto. Não é mais possível se esconder. Nesta ocasião, o chefe do tráfico do Jacarezinho é capturado, e três pessoas foram mortas.

4. Conclusão

Através do slogan da *emergência* e da guerra sem fim, sustentado por complexos militares e de segurança para normalizar a sua implantação, frotas de drones não tripulados estão rapidamente saturando os céus do mundo inteiro. Os mitos da "precisão" cobrem a sua trilha assassina; uma poderosa censura e intimidação obscurecem sua violência; sua tecnologia não permite apenas vigiar e punir, mas também *vigiar e aniquilar*[47].

Neste contexto, buscou-se demonstrar as formas pelas quais as implicações do uso de drones no contexto internacional, perpassando pelas modificações cruciais que tal dispositivo acarretou no conceito tradicional de *guerra*. Por fim, tentou-se

[46] Uso de drones dispara no país. Disponível em https://globoplay.globo.com/v/6398283/. Acesso em: 03 de março de 2018.

[47] CHAMAYOU, p. 54.

demonstrar as problemáticas envolventes no uso de tecnologias militares, de forma “democratizada”, no contexto interno dos países, e suas consequências para a população civil.

O desafio agora é, portanto, o esforço concertado para se conectar e mobilizar críticas, ativismo, protesto e mobilização legal, de modo que o mundo em desenvolvimento dos drones letais e "menos letais" possa ser revelado, regulamentado e radicalmente circunscrito.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Stasis: a guerra civile come paradigma politico. Homo Sacer, II, 2. Bollati Boringhieri: Torino, 2015.

_____. . Homo sacer: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AMARAL, Augusto Jobim de; PILAU, Lucas e Silva Batista. A polícia moderna: degenerescência democrática e guerra civil. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2017.

BENJAMIN, Walter. Théories du fascime allemand.

CHAMAYOU, Grégoire. Teoria do drone. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

_____. A história da sexualidade 1: a vontade de saber. 11. ed. Rio de Janeiro, 2014.

_____. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GAFFNEY, Christopher. Segurança Pública e os Megaeventos no Brasil. OS IMPACTOS DA COPA DO MUNDO E DAS OLIMPÍADAS 2016, 2014.

GROS, Frédéric. Estados de violência: ensaio sobre o fim da guerra. Editora Ideias &Letras, 2009.

SANDOVAL, Laila Yousef. Aviones y drones: el elemento aéreo em Carl Schmitt. Daimon. Revista Internacional de Filosofia, nº 73, 2018.

A CONTRIBUIÇÃO DE A. A. CANÇADO TRINDADE PARA A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Jeison B. de Almeida[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. O fenômeno da humanização do Direito Internacional; 3. A Contribuição de A. A. Cançado Trindade; a) Opinião Consultiva de n. 16 da CIDH; b) Sentença n. 143, do TIJ, Alemanha v. Itália; 4. Conclusão

1. Introdução

Na doutrina jus-internacionalista dois destacados juristas ibero-americanos já utilizaram a expressão humanização do Direito Internacional, a revelar conceitos complementares. Jorge Miranda, *e.g.*, diz que o Direito Internacional contemporâneo está a passar por um período de transição que acusa algumas tendências. Dentre essas tendências do atual Direito Internacional o autor destaca a tendência de humanização, no qual "o Direito Internacional torna-se, também, um Direito Internacional dos Direitos do Homem"[2].

O outro destacado jurista que utiliza a expressão humanização do Direito Internacional em seus escritos é A. A. Cançado Trindade que atribuiu à expressão um significado mais amplo. Para Cançado Trindade, a humanização do Direito Internacional seria um processo de reconstrução do Direito Internacional com atenção às normas de proteção do ser humano[3]. O seu estudo seminal sobre o assunto foi externado no Curso Geral de Direito Internacional Público, na Academia Internacional de Haia em 2005. A publicação deste curso rendeu-lhe elogios e críticas, no entanto, pode-se afirmar que a obra é por nós considerada inspiradora e, segundo Cecilia Marcela Bailliet, um novo clássico[4] do Direito Internacional.

---

[1] Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT

[2] As outras tendências citadas pelo autor são: universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização, cf. MIRANDA, Jorge. A Incorporação ao Direito Interno de Instrumentos Jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In*: *Revista CEJ*, Brasília, n.º 11, 2000, pp. 23-26.

[3] Cf. TRINDADE, A. A. Cançado. *International Law for Humankind*: Towards a New Jus Gentium. Martinus Nijhoff Publishers, 2010; *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[4] Cf. BAILLIET, Cecilia M. Book Review: A.A. Cancado Trindade, International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (Brill 2010). *In:* 81 *Nordic Journal of International Law* 258 (2012). Essas qualidades também são feitas por Paula Wojcikiewicz Almeida, em sua resenha do livro. Cf. ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Resenha da Obra International Law for Humankind:Towards a New Jus

A produção intelectual de Cançado Trindade, seja doutrinária ou jurisprudencial em suas destacáveis decisões nos dois tribunais internacionais do qual foi/é juiz (A Corte Interamericana de Direito Humanos – CIDH e o Tribunal Internacional de Justiça – TIJ, respectivamente)[5], inspirou-nos a enxergar as normas jurídico-internacionais sob a lente dos direito humanos; estes como ponto de partida e de chegada da interpretação jurídica. E ciente, pensamos nós, da força da profusão de seus pensamentos, confiou às novas gerações de jus-internacionalistas o fomento teórico[6] e prático para a construção de um novo Direito Internacional: o *Direito Internacional da Humanidade*.

Nesse sentido, este presente estudo mostra-se como uma ode à produção intelectual do jurista brasileiro A. A. Cançado Trindade e neste caminhar evidenciaremos a sua contribuição para o fenômeno da Humanização do Direito Internacional Público. Para tanto, num primeiro momento aduziremos sobre o fenômeno da Humanização do Direito Internacional, traçando o seu conceito e fundamentos e posteriormente, demonstraremos a contribuição teórica do jurista estudado para a consolidação do fenômeno, destacando duas decisões por ele proferidas, a primeira durante sua atuação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva de n. 16, sobre direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal; a segunda a Sentença n. 143, do Tribunal Internacional de Justiça.

2. O fenômeno de humanização do Direito Internacional

Mas afinal qual é o significado da expressão humanização do Direito Internacional? Para nós, a humanização é um fenômeno percebido pelo Direito Internacional e pela Relações Internacionais, que demonstra um caminhar do ser

---

Gentium, de Antônio A. Cançado Trindade. *In*: *Revista de Direito GV*, São Paulo, Jan-Jun 2013, pp. 379-390.

[5] "Mais de uma década de atuação em um tribunal internacional de direitos humanos, e de meia-década em sua Presidência (1999-2004), têm reforçado minha convicções nessa linha de reflexão. A convivência constante, como Juiz de um tribunal internacional de direitos humanos, com os relatos comprovados de sucessivas atrocidades e abusos praticados contra a pessoa humana, nos casos submetidos ao conhecido do Tribunal interamericano, - convivência esta refletida em mais de um centena de sentenças internacionais de cuja elaboração e adoção tenho tido o privilégio de participar ativamente, - tem reforçado minha convicção quanto à premente necessidade de sustentar e promover o atual processo histórico de humanização o Direito Internacional do século XXI, O Direito Internacional para a humanidade". TRINDADE, A. A. Cançado.*A Humanização do Direito Internacional*. *Op. cit*., p. x"

[6] De nossa parte, cf. ALMEIDA, Jeison Batista de. *Assistência Consular ao Preso Estrangeiro*: Fundamentos, Conteúdo e Efeitos. Curitiba: Editora Prismas, 2016; A Humanização do Direito Consular. *Revista Onis Ciência*, V. II, p.119-138, 2014; Humanização do Direito Internacional: Fundamento Histórico e o Fundamento Teórico Da Subjetividade Internacional do Indivíduo. *In*: JERÔNIMO, Patrícia (org.). T*emas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*. Edição Comemorativa do 10.º Aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho. Centro de Investigação Interdisciplinar, Braga, 2016, pp 141-153.

humano (e suas coletividades) e seus direitos internacionalmente reconhecidos ao centro da ordem jurídica internacional, no qual as outras normas internacionais passam a orbitar, a ter como efeito a alteração ou a re-interpretação dessas normas; o ser humano e o seu bem estar passam a ocupar posição central no sistema das relações internacionais.

No plano estritamente jurídico, a humanização revela a ideia de centralidade das normas de proteção dos direitos humanos na ordem jurídico-internacional e esse estado leva as normas de proteção do ser humano a interagir com as demais normas internacionais a ocasionar uma alteração de seu conteúdo e/ou sentido.

A alteração das normas internacionais dá-se pela edificação de tratados internacionais influenciados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH, mesmo que seu objeto imediato não verse sobre direitos dos indivíduos/coletividades; outro modo de alteração ocorre informalmente, com a mudança de interpretação de um enunciado normativo, com a construção de uma nova norma filtrada pelos direitos humanos. Essa alteração informal naturalmente se desenvolve pelo labor de tribunais internacionais, principalmente aqueles que possuem a finalidade precípua de proteger/promover os direitos humanos, *e.g.*, a Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, sem excluir, entretanto, os de competência mais ampla, como é o caso do TIJ[7] (como abaixo daremos notícia – *vide* item 2.2, *infra*) e do Tribunal de Justiça da União Europeia[8].

O fenômeno aqui estudado possui fundamento histórico no processo de internacionalização do direitos humanos. A barbárie do nazi-fascismo e as marcas profundas das atrocidades perpetradas serviram para mudar o paradigma do cenário internacional e para que se passasse a discutir a proteção dos seres humanos e a edificação do sistema de proteção internacional que hoje temos.

En passant, entendemos que é com a criação da Organização das Nações Unidas - ONU, através da Carta de São Francisco que se inicia o processo de humanização do Direito Internacional Público, com a expansão o rol de sujeitos do *Jus Gentium* e o rompimento do conceito de soberania estatal absoluta do Estado. A referida Carta, em que pese não ter em seu bojo uma declaração de direitos, não se calou totalmente quanto a este assunto, pois, em seu artigo 68, conferiu ao seu Conselho Econômico e Social a

[7] Cf. BEDI, Shiv R. S. *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2007; EISEMANN, Pierre Michel; PAZARTZIS, Photini. *La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Paris: Pedone, 2008.

[8] Cf. CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. *European Union Law*. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e Direitos Fundamentais* – no Espaço da Internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006; PORTILLA, Francisco Javier Matia (Director). *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Valladolid: Civitas, 2002.

tarefa de criar uma comissão de direitos humanos.

O primeiro produto dessa competência conferida pela carta, foi a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH, um marco documental da humanização do *Jus Gentium*, em que a sociedade internacional vai passar por um gradual processo de reconhecimento do indivíduo (e suas coletividades) como sujeito de direitos com sua inerente dignidade. A partir da DUDH, outros tratados internacionais foram aprovados no âmbito da ONU, a fortalecer, pois, o fenômeno aqui estudado[9].

Além do fundamento histórico apontado, a humanização possui também fundamentos de natureza filosófica – como é o rompimento com o positivismo-voluntarista – e teórico, tal como a expansão do rol de sujeitos do DIP e a ressignificação do conceito de soberania do Estado.

O primeiro deles é significativo, pois no atual estado *d'arte* da teoria dos sujeitos[10], podemos afirmar categoricamente que o indivíduo possui personalidade jurídico-internacional, pois é titular de direitos em várias normas internacionais independentemente da intermediação de qualquer outro sujeito ou ator internacional[11]. Hoje em dia existem documentos jurídicos com força normativa vinculativa, tais como os tratados internacionais e documentos declarativos de direitos (com menor força vinculante), a reconhecer e indicar direitos subjetivos dos indivíduos e suas coletividades.

Não obstante, a ordem jurídica internacional já reconhece capacidade jurídica postulatória ao indivíduo, haja vista o artigo 34.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos que autoriza o TEDH a receber petições de qualquer pessoa ou grupo de indivíduos alegando serem vítimas de violação dos direitos contidos na Convenção ou nos seus protocolos[12].

Pelo exposto, mesmo que de forma perfunctória, procurou-se demonstrar que o fenômeno da Humanização do Direito Internacional é um processo ainda em consolidação, que possui fundamentos na história, filosofia e teoria do Direito Internacional. No próximo tópico desenvolveremos a contribuição de A. A. Cançado Trindade na identificação e construção do fenômeno aqui evidenciado.

---

[9] Para um maior desenvolvimento sobre o fundamento histórico do fenômeno da Humanização do DIP, cf. ALMEIDA, Jeison B. Humanização do Direito Internacional: Fundamento Histórico e o Fundamento Teórico Da Subjetividade Internacional do Indivíduo. *Op. cit*., pp. 141-149.

[10] Cf. BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Madrid: Tecnos, 1984.

[11] Cf. CASSESE, Antonio. Les Individus. *In*: BEDJAOUI, Mohammed (rédacteur général). *Manuel de Droit International*. Bilian et Perspectives. Tome 1. Paris: Pedone, 1991.

[12] Cf. MERRILLS, J. G; ROBERTSON, A. H. *Direitos Humanos na Europa*. Um Estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, pp. 340-343.

3. A contribuição de A. A. Cançado Trindade

Nas palavras de Cançado Trindade:

> [t]emos hoje o privilégio de testemunhar e impulsionar o processo de humanização do direito internacional, que passa a ocupar-se mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo ethos de nossos tempos[13].

Neste contexto, podemos identificar na produção intelectual de Cançado Trindade o desenvolver dessa tarefa de impulsionamento do processo de humanização do Direito Internacional. Entre as obras publicadas pelo autor, podemos destacar a já citada "*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium",* e as obras em língua portuguesa "*A Humanização do Direito Internacional"* e "*O Direito Internacional em um Mundo em Transformação",* além de inúmeros artigos e palestras.

Outra fonte de profusão do processo de humanização é a destacada produção de decisões judiciais. O juiz Cançado Trindade, além de participar ativamente da confecção dos acórdãos internacionais, possui a característica de elaborar votos em separado, com substancioso conteúdo, afim de consolidar sua leitura acerca do Direito Internacional.

Neste estudo, como já evidenciamos acima, nossa intenção é demonstrar o pensamento do jurista a partir de suas decisões nos tribunais internacionais no qual integrou e integra, é dizer, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Internacional de Justiça, as quais passaremos a abordar.

a) Opinião Consultiva de n. 16 da CIDH

A Opinião Consultiva de n. 16, da CIDH, versou sobre o "Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal", e foi emitida em 01/10/1999[14], e foi solicitada pelo Estado mexicano em desfavor dos EUA. O México, resumidamente, ambicionava que a CIDH se pronunciasse sobre quais as consequências da violação dos direitos consulares convencionados no art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, principalmente nos casos em que o

---

[13] TRINDADE, A. A. Cançado. *A Humanização do Direito Internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 406 (itálico no original).

[14] Além do Estado solicitante e solicitado – México e EUA, respectivamente –, outras países integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA apresentaram observações à Corte, bem como algumas ONGs participaram do julgamento da Opinião Consultiva na qualidade de amici curiae. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, N. º 16, disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf» [25/02/2018].

estrangeiro preso é condenado à pena de morte e qual a influência do descumprimento na efetivação do devido processo legal.

Na presente opinião consultiva, podemos destacar duas significativas contribuições: a primeira delas concernente à dogmática de interpretação das normas internacionais; e a segunda que reconhece a existência de normas de direitos humanos em tratados internacionais que versam sobre matéria diversa[15].

Neste desiderato, a primeira contribuição foi a identificação/reafirmação da necessidade de um rearranjo na dogmática da interpretação das normas jurídico-internacionais.

A interpretação das normas internacionais não foge, na lição de Jorge Miranda, dos postulados da hermenêutica jurídica em geral. Por isso afirma o autor que "não cabe contrapor a interpretação em Direito interno à interpretação em Direito Internacional. O que pode haver é a necessidade (tal como em diferentes setores do Direito estatal) de adequação ou adaptação"[16].

Nesse sentido, percebemos que a atual interpretação jurídico-internacional deve possuir uma orientação objetivista e atualista – pois acarreta uma interpretação evolutiva (dinâmica), e não fixista (estática) do tratado –, em detrimento de uma interpretação subjetivista e historicista. À medida que as normas (os tratados e costumes) se distanciam no tempo da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (*mens legis*), que dá lugar, inclusive, à construção jurídica e à interpretação evolutiva[17]. A partir dessas considerações, denotamos que o juiz advoga por uma verdadeira evolução conceitual da norma consular interpretada na citada opinião consultiva.

Na opinião de Cançado Trindade, dentre outros fatores, o que levou a essa evolução conceitual, foi o efeito do tempo sobre o Direito. No plano do Direito Internacional, para o autor, se tornou evidente a relação entre o conteúdo e eficácia de suas normas com as transformações sociais ocorridas. Cançado Trindade, exemplifica seu raciocínio, partir da Opinião Consultiva sobre a Namíbia de 1971, do Tribunal Internacional de Justiça, em que este afirmou que o sistema de território sob mandato, e em particular os conceitos incorporados no artigo 22 do Pacto da Sociedade das Nações, não eram estáticos e sim evolutivos, e, acrescentou que sua interpretação da matéria não

---

[15] Cf. TRINDADE, A. A. Cançado. The humanization of Consular Law: the impact of advisory opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, N.º 1, 2007.

[16] MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 3.º ed. Estoril: Principia, 2006, p. 125.

[17] Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

poderia deixar de ter em análise as transformações ocorridas na evolução do *corpus júris gentium* no tempo, pois, um instrumento internacional deve ser interpretado e aplicado no marco do sistema jurídico vigente e no momento da interpretação.

A jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos adotou entendimento similar do TIJ, no reconhecimento dos tratados de direitos humanos como instrumentos vivos, que acompanham a evolução do tempo sobre os direitos protegidos. Como exemplo deste reconhecimento, o autor cita, a 10.º Opinião Consultiva sobre a Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1989), da CIDH, em que esta assinalou que não se deveria analisar o valor e o significado da referida declaração à luz do que se pensava em 1948, na época de sua elaboração, mas sim do momento atual. Quanto ao TEDH[18], o autor cita o caso Tyrer versus Reino Unido (1978), no qual o tribunal determinou a ilicitude dos castigos corporais aplicados a adolescentes e afirmou que a Convenção Europeia de Direitos Humanos é um instrumento vivo a ser interpretado à luz das condições de vida atuais, e neste caso concreto, o tribunal não poderia de deixar de influenciar-se pela evolução e normas comumente aceitas da política penal dos Estados-membros do Conselho da Europa.

Ademais, na citada Opinião Consultiva de n.º 16/1999, o México solicitou à CIDH que interpretasse se: "debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena [sobre Relaciones Consulares], en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos"[19]. Em sua resposta, a CIDH declarou por unanimidade que "el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos"[20].

Em que pese a decisão unânime da Corte, em nossa opinião, a argumentação

---

[18] "Más recientemente, la Corte Europea ha dejado claro que su interpretación evolutiva no se limita a las normas sustantivas de la Convención Europea, pero se extiende igualmente a disposiciones operativas: en el caso Loizidou versus Turquía (1995), volvió a señalar que la Convención es "un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones contemporáneas", y que ninguna de sus cláusulas puede ser interpretada solamente a la luz de lo que podrían haber sido las intenciones de sus redactores "hace más de cuarenta años", debiéndose tener presente la evolución de la aplicación de la Convención a lo largo de los años". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, n. º 16, pp. 3-4. Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf» [26/02/2018].

[19] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Op. cit., p. 53.

[20] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Op. cit., p. 75. Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. II. 14.º Edição. São Paulo: Renovar, 2002, p. 1367.

melhor fundamentada no sentido de que os direitos consulares descritos na Convenção de Viena Sobre Relações Consulares se inscrevem no âmbito dos direitos humanos, foi proferida pelo juiz Cançado Trindade, para quem: "ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del corpus juris de los derechos humanos"[21]. Para o juiz da CIDH, os estrangeiros presos, experimentam muitas vezes uma condição particular de vulnerabilidade que o direito de informação sobre a assistência consular busca remediar.

No contexto da evolução do Direito no tempo, em função das novas necessidades de proteção do ser humano, no entender de Cançado Trindade, deve ser apreciado a localização do direito a informação sobre a assistência consular no universo conceitual dos direitos humanos. A disposição do artigo 36(1) (b), da CVRC, apesar de ter precedido no tempo alguns tratados de proteção dos direitos humanos[22], hoje em dia não pode ser dissociado da normativa internacional dos direitos humanos acerca das garantias do devido processo legal. A evolução das normas internacionais de proteção do ser humano tem sido impulsionada por novas e constantes valorações que emergem e florescem no seio da sociedade humana, e que naturalmente se refletem no processo da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos.

Para Cançado Trindade no mundo interdependente de nossos dias, a relação entre o direito à informação sobre a assistência consular e os direitos humanos se impõe por aplicação do princípio da não discriminação. Tal direito, situado na confluência entre as relações consulares e os direitos humanos contribui para estender o manto protetor do Direito àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade – o preso estrangeiro[23]. Diante dessa argumentação, o autor identifica na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 – um tratado internacional voltado para regular as relações interestatais – normas protetivas ao indivíduo, mesmo que à época de sua confecção, os seus redatores não tivessem a intenção de proteger direitos humanos, mas sim direitos estatais.

b) Sentença n. 143, do TIJ, Alemanha v. Itália

Em 03/02/2012 o Tribunal Internacional de Justiça pronunciou a sentença de n. 143, sobre a demanda iniciada no ano de 2008 entre a Alemanha e a Itália em relação a imunidade de jurisdição. A demanda foi proposta pelo Estado Alemão depois que a Itália admitiu e julgou demandas civis de italianos que foram vítimas de trabalhos forçados

[21] Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. Op. cit.

[22] Como os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Sociais e Econômicos, ambos de 1966, elaborados no seio da ONU, e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

[23] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. Op. cit.

durante a 2ª Guerra Mundial, em especial daqueles indivíduos que não foram abarcados pela edição da Lei alemã de "Memória, Responsabilidade e Futuro" de 02/08/2000. Dentre as ações judiciais julgadas pelo Poder Judiciário italiano, destaca-se a proposta por Luigi Ferrini contra a Alemanha. Neste caso, ao qual seguiram-se outros, a Alemanha foi condenada a indenizar o Sr. Ferrini por danos causados durante a 2ª Guerra Mundial.

Diante destes fatos, a Alemanha solicitou ao TIJ que declarasse a violação da sua imunidade de jurisdição pela Itália, bem como que ela viesse a adotar medidas para que as decisões judiciais contrárias aos interesses da Alemanha ficasse desprovida de efeitos. Em sua sentença final, em votação não unânime a Corte de Haia decidiu pela declaração de violação da imunidade de jurisdição da Alemanha pela Itália[24].

Neste caso, o juiz estudado foi voto vencido em todos os quesitos em que a Alemanha logrou o argumento vencedor, e, deste modo, demarca sua coerência teórica, mesmo diante de um ambiente desfavorável. O voto dissidente de Cançado Trindade chama atenção, de início, por sua extensão que supera em número de páginas a própria sentença. Em seu voto, Cançado Trindade mostra-se extremamente crítico com a sentença, afirmando sua não concordância com a metodologia, seleção de assunto chave e a argumentação adotada pelo TIJ.

A contribuição do jurista ao processo de humanização que destacamos é a ressignificação da soberania estatal diante das normas internacionais de direitos humanos e de direito humanitário. Neste caso em particular, a imunidade de jurisdição não poderia prevalecer contra violações graves de direitos humanos, como é a imposição de trabalhos forçados.

Segundo o jurista, as graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, assimiláveis a crimes internacionais, são atos antijurídicos, violações do *jus cogens*, que não podem ser simplesmente removidos ou jogados ao esquecimento, em detrimento da manutenção da imunidade do Estado[25] e a constatação de graves violações desses direitos é um critério valioso para a remoção de qualquer barreira à jurisdição, dado o imperativo de se buscar a realização da justiça.

E que é irrelevante se o ato danoso que gravemente violou os direitos humanos foi governamental, ou um ato privado perpetrado com a aquiescência do Estado, ou se foi cometido integralmente no Estado do foro ou não, pois a imunidade do Estado não

---

[24] Cf. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, disponível em «http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf» [20/02/2018].

[25] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Dissenting Opinion Of Judge Cançado Trindade. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 193, disponível em «http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf» [20/02/2018].

existe no domínio da reparação por graves violações dos direitos fundamentais da pessoa humana[26].

Destaca-se, no seu voto dissidente, a constatação que, *in verbis*:

> What jeopardizes or destabilizes the international legal order, are the international crimes, and not the individual suits for reparation in the search for justice. What troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice? When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never conceived for that purpose[27].

Portanto, diante dessa releitura da soberania estatal ante das normas de direitos humanos, o juiz da Corte de Haia consignou que "there is no State immunity for international crimes, for grave violations of human rights and of international humanitarian law"[28].

4. Conclusão

O processo de humanização do Direito Internacional é um fenômeno contemporâneo, progressista e ainda em construção. Essa construção é consolidada dia após dia diante da produção científica de quem almeja uma transformação do Direito Internacional através das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse processo identificamos os fundamentos que dão suporte à centralidade dos direitos humanos na ordem jurídico-internacional, sendo eles de natureza histórica, filosófica e teórica.

Por fim, evidenciamos o objeto deste presente estudo que é a contribuição do jurista ibero-americano e atual juiz do Tribunal Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade, para o desenvolvimento do fenômeno de humanização. Para tanto, destacamos sua atuação judicial e entre ela, seu voto na Opinião Consultiva de n. 16 da CIDH e na Sentença de n. 143 do TIJ.

Nesses casos, desvendamos ao interpretar os votos de Cançado Trindade, que o processo de humanização do DIP perpassa por uma nova dogmática de interpretação das

---

[26] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Dissenting Opinion Of Judge Cançado Trindade. *Op. cit.*, p. 194.

[27] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Dissenting Opinion Of Judge Cançado Trindade. *Op. cit.*, p. 193.

[28] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Dissenting Opinion Of Judge Cançado Trindade. *Op. cit.*, p. 195.

normas internacionais, pela percepção de que os direitos humanos podem ser encontrados em tratados dos mais diversos assuntos, mesmo que em contraposição aos trabalhos preparatórios – como ocorreu na Convenção de Viena sobre Relações Consulares – e, por fim, que a soberania estatal precisa ser mitigada, pois, a imunidade estatal não pode prevalecer sobre graves violações dos direitos humanos.

Referências

ALMEIDA, Jeison Batista de. *Assistência Consular ao Preso Estrangeiro*: Fundamentos, Conteúdo e Efeitos. Curitiba: Editora Prismas, 2016;

_____. A Humanização do Direito Consular. *In*: *Revista Onis Ciência*, V. Braga, II, 2014;

_____. Humanização do Direito Internacional: Fundamento Histórico e o Fundamento Teórico Da Subjetividade Internacional do Indivíduo. *In*: JERÔNIMO, Patrícia (org.). T*emas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI*. Edição Comemorativa do 10.º Aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar, 2016, pp 141-153.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Resenha da Obra International Law for Humankind:Towards a New Jus Gentium, de Antônio A. Cançado Trindade. *In*: *Revista de Direito GV*, São Paulo, Jan-Jun 2013.

BAILLIET, Cecilia M. Book Review: A.A. Cancado Trindade, International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (Brill 2010). *In:* 81 *Nordic Journal of International Law* 258 (2012).

BARBERIS, Julio A. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Madrid: Tecnos, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEDI, Shiv R. S. *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

CASSESE, Antonio. Les Individus. *In*: BEDJAOUI, Mohammed (rédacteur général). *Manuel de Droit International.* Bilian et Perspectives. Tome 1. Paris: Pedone, 1991.

CHALMERS, Damian; DAVIES, Gareth; MONTI, Giorgio. *European Union Law*. Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.* Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, N. º 16,

disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf» [25/02/2018].

_____. *Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade*. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, n. º 16, pp. 3-4. Disponível em «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf» [26/02/2018].

DUARTE, Maria Luisa. *União Europeia e Direitos Fundamentais* – no Espaço da Internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006.

EISEMANN, Pierre Michel; PAZARTZIS, Photini. *La Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Paris: Pedone, 2008.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, disponível em «http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf» [20/02/2018].

_____. Dissenting Opinion Of Judge Cançado Trindade. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 193, disponível em «http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf» [20/02/2018].

MERRILLS, J. G; ROBERTSON, A. H. *Direitos Humanos na Europa*. Um Estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. II. 14.º Edição. São Paulo: Renovar, 2002

MIRANDA, Jorge. A Incorporação ao Direito Interno de Instrumentos Jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In*: *Revista CEJ*, Brasília, n.º 11, 2000.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 3.º ed. Estoril: Principia, 2006

PORTILLA, Francisco Javier Matia (Director). *La Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Valladolid: Civitas, 2002.

TRINDADE, A. A. Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;

_____. *International Law for Humankind*: Towards a New

Jus Gentium. Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

_____. The humanization of Consular Law: the impact of advisory opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-law and Practice. *Chinese Journal of International Law*, vol. 6, N.º 1, 2007.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FISCAL E A DIFICULDADE NA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Naila Fortes e Silva[1]
George de Freitas Lima Barbalho[2]

Sumário: 1. Poder de tributar; a) Administração Pública Fiscal e o contencioso administrativo; b) Breve histórico da Execução Fiscal no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Crise na execução fiscal nacional; 3. Soluções para a execução fiscal; 4. Considerações finais

1. Poder de tributar

a) Administração pública fiscal e o contencioso administrativo

O dever do indivíduo em sociedade de pagar tributos ao Estado advém da natureza intrínseca do mesmo de cobrá-los. Nos primórdios, com ou sem razão que se justificasse, já hoje em dia com uma finalidade bem definida e com alcance limitado ao que determina a lei.

O poder de tributar do Estado possibilita a arrecadação de pecúnia necessária para custear a própria atividade pública, mas também dá a ele o poder de interferir na esfera atinente ao indivíduo de modo à organizar e administrar a vida em sociedade. Em contrapartida, o indivíduo tem o dever de pagar tributos a fim de financiar a manutenção do aparelho estatal, da qual usufrui. Com isso, importante lembrar a tão citada frase de um Juiz da Suprema Corte dos Estado Unidos, que certa vez afirmou: “Eu gosto de pagar tributos. Com eles eu compro civilização.” (FAIM FILHO, 2012)

Num sentido mais jurídico do que histórico, o direito do Estado de tributar o indivíduo nasce com a ocorrência do fato gerador, que nada mais é do que uma situação jurídica no caso concreto que se enquadra na hipótese de incidência que o legislador escolheu para ser alvo da exação do fisco. (SABBAG, 2017, p. 764)

Diante disso, a obrigação tributária é aquela imputada ao sujeito que praticou o fato gerador, e que agora se ver compelido pelo estado ao pagamento de um tributo no momento estipulado em lei, sob pena de acarretar-lhe ainda o pagamento de multas e juros de mora.

---

[1] Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, Advogada e Professora Universitária

[2] Especializando em Direito Civil e Processual Civil pela Alepi, Bacharel em Direito pela Devry-Facid e Advogado

Mas para a efetiva constituição do tributo há, antes do momento arrecadatório, a necessidade do lançamento do tributo por parte do fisco. Papel esse desempenhado pelo agente fiscal, cuja função é justamente averiguar a existência do já mencionado instituto do fato gerador, assim como da valoração do montante a pagar, tendo em vista a alíquota cabível ao caso concreto, para só então haver a exigência do tributo. Após o lançamento da obrigação tributária tem-se que há definitivamente o nascimento do crédito tributário.

O caráter coercitivo do pagamento do tributo se insurge ao indivíduo nesse momento, ou mais precisamente quando lhe é efetivamente cobrado. Ocorre que nem sempre a força coercitiva se mostra o bastante, surgindo assim a inadimplência tributaria do contribuinte. Vale lembrar que em muitos casos sequer é possível encontrar o contribuinte/responsável tributário, haja vista a desatualização dos dados cadastrais desses sujeitos impossibilitar essa atividade fiscal, sendo assim, tal gravame, um grande vilão do procedimento administrativo de cobrança.

Todavia, nem sempre o não pagamento do tributo decorre da simples rejeição ao pagamento da dívida, mas também deriva da própria rejeição à legalidade da cobrança do tributo por parte do contribuinte, de modo que discorda sobre a exação contra si. Havendo, portanto, essa divergência, o contribuinte, já na fase administrativa, poderá se contrapor à cobrança por meio de impugnação administrativa nos termos do Decreto 70.235/72, nascendo assim um processo respeitando o devido processo legal administrativo.

Importante notar que, diferentemente do processo administrativo, o simples lançamento do tributo seguido do respectivo pagamento constitui apenas um procedimento administrativo fiscal, cuja atividade fim do fisco se mostrou satisfatória sem oposição. De outro modo, o processo administrativo ocorre quando há impugnação do contribuinte visando obstar a cobrança ou reaver o valor pago a maior, e ai é que nasce o grande problema.

Nesse último momento o trâmite se dará em semelhança ao processo judicial, tendo em respeito o direito a ampla defesa e contraditório, assim como de todas as fases estabelecidas em lei, como assim determina o devido processo legal administrativo.

No entanto, quando se acumula a função de acusar, dever-poder do estado em cobrar o tributo ao sujeito passivo que cometeu conduta enquadrada na hipótese de incidência; e de julgar, respeitando o devido processo legal, e onde ainda quem julga a impugnação do contribuinte é a própria administração pública, a imparcialidade resta prejudicada.

Explicando com mais rigor, o advogado tributarista Gustavo Brigagão(2016) afirma que o direito tributário, assim como o direito penal, embora tenha como importante princípio o “indubio pro reo”, ou no caso “indubio pro contribuinte”(art. 112 do CTN), cujo o entendimento em caso de dúvida sempre deverá ser favorável ao contribuinte, nem sempre isso vem sendo respeitado, pois, a título de exemplo, 96% das

decisões emanadas do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) são favoráveis ao fisco.

Tendo em vista esse cenário nada favorável ao contribuinte, o legislador brasileiro não atribui à administração pública a jurisdição necessária à auto-executoriedade das decisões administrativas, deixando, sabiamente, ao judiciário o poder da "palavra final" nos conflitos fiscais. Ou seja, independentemente do insucesso na impugnação administrativa do tributo, o contribuinte poderá se socorrer da via judicial com o fim de afastar a incidência fiscal.

As dificuldades do fisco na cobrança ainda se encontram após a definitiva apuração do débito com decisão final do processo ou procedimento administrativo, muitos desses valores podem ser considerados "impróprios" para a execução judicial, haja vista o baixo valor de retorno que determinados débitos trariam à Administração Pública após a cobrança judicial ou depois da simples inscrição na Dívida Ativa. Sobre o tema vale anotar a lição de Anis Kfouri Junior:

> Muito embora a regra geral, ora comentada, preveja, que todo crédito tributário não extinto ou suspensos deva ser inscrito na dívida ativa e executado judicialmente, **o fato é que pequenos valores acabam provocando um efeito inverso ao desejado, de forma que constitui procedimento, em nome da economicidade, a dispensa da inscrição em dívida ativa e cobrança de pequeno valores sob determinadas condições.** (KFOURI JUNIOR, 2015**) (sem grifos no original)**

Dessa forma, um dos filtros em que esbarram débitos fazendários de pequenos valores é justamente o "custo benefício" no dispêndio de trabalho para a executoriedade dos mesmos, que, mesmo após a inscrição na dívida ativa, acabam arquivados nos almoxarifados das repartições públicas, o que acarreta em muitos deles o fenômeno da prescrição tributária.

Portanto, como já não bastasse a perca da arrecadação desse tributo, todo trabalho administrativo aplicado para a cobrança daquele determinado tributo em face do respectivo contribuinte acaba sendo "jogado no lixo". Pra se ter ideia, em artigo científico, Lucas Siqueira Santos(2012) trouxe dados do Núcleo de Estudos Fiscais da FGV, dos quais demonstram que, em média, o julgamento de processos administrativos que chegam ao CARF duram 4,5 anos. Ou seja, um grande desperdício de tempo quando se tem em mente que, na melhor das hipóteses, o fisco ainda terá que ingressar na esfera judicial para ter finalmente a satisfação do crédito tributário.

Face ao exposto, resta caracterizada um cenário jurídico processual viciado e passível de escoamento de renda tributária, que, no acúmulo de dívidas, acaba sendo um montante considerável, sujeita ao total perdimento por conta de brechas que a legislação tributária deixa em razão da sua omissão, ou até mesmo falha, não prevendo assim resposta para tal problemática.

b) Breve histórico da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, desde a época Colonial, já se tinha notícia de meios de cobrança de tributo, como a cobrança do quinto (relativo ao ouro), dos Direitos Régios (sobre a importação), do Dízimo Real (sobre produtos agrícolas e trabalho do agricultor). (ANDRADE, 2015)

Entretanto, apenas em 1938 o Decreto-Lei 960/38, editado por Getúlio Vargas, veio a unificar as formas de cobranças judiciais dos tributos vincendos, do qual ainda receberia auxílio processual-normativo do Código de Processo Civil de 1939. (NASCIMENTO, 2012). Este diploma se caracterizou principalmente pela reduzida gama de garantias aos contribuintes e uma enorme concentração de poder de instrução e execução do débito nas mãos do juiz.

Porém, com a chegada do código processual civil de 1973 o antigo diploma foi substituído por um processo genérico da cobrança, do qual sustentava que a cobrança judicial fiscal, embasada pela CDA, era passível de cobrança extrajudicial, como assim previa o art. 585 do referido diploma. No entanto, a cobrança fiscal logo sofreu outra mudança em 1980, voltando a ser tutelado por um procedimento específico, visando dar uma maior celeridade aos processos de natureza fiscal.

Vale lembrar que com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 os direitos do cidadão receberam uma maior relevância. O princípio do devido processo legal se tornou finalmente tutelado pela carta magna, de modo que esse momento significou um marco histórico político-jurídico da mudança na atuação estatal, que sairia de um regime autoritário (ditadura militar) para um mais respeitador e limitado. (TURBAY JR., 2012)

Dessa forma, o neoconstitucionalismo, atingindo todo o âmbito jurídico nacional, causou também impactos na cobrança fiscal das dívidas tributárias de modo que alguns dispositivos da Lei de Execuções Fiscais não foram recepcionados por infringir preceitos legais trazidos pela nova ordem constitucional.

Mesmo com essas ressalvas na Lei de Execuções Fiscais, o legislador continuou buscando aperfeiçoar o procedimento executório. Um exemplo disso foi a modernização na Justiça Federal, cujas quais foram criadas e ampliadas as varas especializadas para apreciação desses processos. (RIBEIRO, 2008)

Ocorre que mesmo depois de tantas tentativas do poder legiferante em aperfeiçoar o procedimento executório fiscal, ainda sim não foi possível o alcance de resultados positivos de um modo geral.

2. Crise na execução fiscal nacional

A ação de execução fiscal é o meio pelo qual a Procuradoria Fazendária faz uso para cobrar o crédito público devidamente inscrito na Dívida Ativa. A partir desse momento, corre para o fisco o prazo prescricional de 5 anos para inscrever o débito

fazendário na dívida ativa. Vale aqui a ressalva que mesmo se tratando de um processo onde não há discussão meritória a execução fiscal nem por isso vem dando menos trabalho aos gabinetes da fazenda pública, onde a chega até mesmo a sobrecarregar o escasso pessoal para a função.

Contudo, antes fosse apenas a prescrição dos débitos ou a quantidade de execuções fiscais para dar seguimentos nas varas, muitas delas já especializadas no feito em questão, que causasse uma crise no sistema executivo fiscal.

Como já demonstrado (tópico 1.1), historicamente, na prática essa atividade de cobrança de atribuição do fisco nacional não vem sendo desempenhada de forma satisfatória, não só historicamente, diante de um sistema processual com suas dificuldades, mas também por conta da conjuntura política fiscal do país, cuja qual buscou majorar tributos nos últimos tempos. No entanto, sobre o último tema, não cabe adentrar-se demasiadamente nesse ponto por conta do foco de análise aqui ser mais jurídico-processual do que de político-financeiro.

O fato é que, como via de análise, podemos observar os dados levantados no ano de 2015 pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, cujos quais revelam que a Dívida Ativa da União alcançou R$ 1,273 trilhão em 2013, desse total somente 23,4 bilhões foram efetivamente arrecadados por meio da cobrança judicial desses tributos. Importante é observar que no mesmo período de 2013 a arrecadação dos tributos federais chegou a apenas R$1,13 trilhão, ou seja, 11% menor do que o numerário registrado pela Dívida Ativa da União (MIRANDA, OLIVEIRA, 2015). Esse cenário é densamente enfrentado pela doutrina há anos, veja-se:

> A morosidade na execução fiscal produz números estarrecedores. Segundo a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao final do primeiro trimestre de 2007, os créditos inscritos na Dívida Ativa da União correspondiam a R$ 600 bilhões! A esse montante, devem ser acrescentados R$ 300 bilhões em cobrança administrativa na Receita Federal. Mais grave ainda é saber que esses valores são crescente ao longo do tempo.
> Não seria desarrazoado afirmar que os créditos inscritos em dívida pública e em cobrança administrativa nas fazendas públicas federal, estaduais e municipais alcancem valor próximo ao PIB brasileiro. Definitivamente, existe algo de muito errado nesse modelo de cobrança e execução fiscal. (VASCONCELOS, 2007, p.347,348)

Dito isso, percebe-se que anualmente se registra um aumento do valor da dívida ativa que a cobrança desses débitos não consegue, nem de perto, acompanhar. Tal fato demostra que com o passar dos anos o valor da dívida ativa só tende a crescer mesmo com a prescrição de valores que ultrapassaram o prazo quinquenal para serem postulados em juízo.

Já no que se refere ao processo judicial em si, usado para a cobrança da dívida ativa, vemos o problema mais de perto. A reportagem de Tiago Miranda (2015), publicado no site da Câmara dos Deputados, demonstra bem um problemática

recorrente nas repartições fazendárias, qual seja a seletividade das dívidas, quando traz dados do CNJ que comprovam que o custo judicial médio no Brasil é R$ 4,3 mil, o que significa que na prática qualquer dívida com valor inferior a essa cifra não é levada a cobrança judicial, e acaba sendo esquecida nos arquivos do fisco nacional, como assim leciona a doutrina:

> Como bem observa Leandro Paulsen, a "a inscrição e cobrança de débitos de pequeno valor revelam-se, por vezes, desinteressantes e antieconômicas para a Fazenda Pública. Como os Recursos financeiros e de pessoal são escassos, melhor atende ao princípio da economicidade e da eficiência que devem reger a Administração Pública, concentrá-los na inscrição e cobrança de dívidas mais elevadas. Daí a existência de previsões legais estabelecendo limites mínimos para a inscrição e execução e determinando o arquivamento das execuções de pequeno valor já existentes até que surjam outros débitos ou que seus acréscimos justifiquem sua retomada". (Paulsen apud KFOURI, 2015, p. 355 e 356)

No entanto, talvez o grande problema da execução fiscal seja como se dá o trâmite processual do mesmo. Veja-se, os procuradores da Fazenda Nacional Daniel Giotti de Paula e Allan Titonelli revelam, em artigo científico disponível no site Conjur, que no processo judicial de cobrança, em média, demora 1.523 dias para o devedor ser encontrado, dados do IPEA. Ainda nesse mister, os procuradores relatam que para se alcançar o patrimônio do devedor são necessários mais 569 dias na etapa de penhora, e ainda 722 dias na fiscalização do leilão do bem, para só então haver a arrecadação do valor. (DE PAULA, NUNES, 2016)

Pormenorizando os atos da execução fiscal, tem-se que na fase de citação há uma enorme dificuldade, pois embora seja o ato inicial do processo, a citação na execução fiscal possui dois pontos indissociáveis para seu definitivo sucesso. O primeiro é a localização do devedor-contribuinte, e o segundo é a possibilidade de arrecadação sobre o patrimônio do mesmo para saldar a dívida. Sem a coexistência dessas duas condições, impossível será o prosseguimento do feito executório, que com o passar de 5 anos sem nenhuma movimentação processual ocorrerá a extinção da dívida por prescrição intercorrente.

Nesse sentido, o Professor Roberto Quiroga(2016), em palestra sediada na OAB-PI, afirmou que apenas 1/3 das execuções fiscais não tem andamento na Justiça brasileira muito por conta da inexistência de bens e por dificuldade na citação. Ou seja, pouca parte da dívida, das quais o fisco busca efetivamente cobrar, chega a ingressar nos cofres do Estado por conta da simples inviabilidade na quitação (falta de patrimônio) da divida tributária de responsabilidade do contribuinte.

Essa extinção por falta de efetiva citação é recorrente por conta de que o contribuinte não mantém atualizado seus dados junto aos órgãos fiscais, fato esse que justifica o insucesso das diligências que buscam identificar patrimônio capaz de ser objeto de constrição por conta da execução fiscal. Tal situação causa um desperdício

enorme de trabalho nas procuradorias e nos fóruns judiciários, tendo em vista que se os dados, como de endereço e de bens, dos contribuintes fossem de conhecimento do fisco, o dispêndio de trabalho seria focado apenas naqueles débitos possíveis de serem satisfeitos.

Não obstante as dificuldades descritas sobre a citação, passado essa fase, o fisco ainda se vê no desafio de enfrentar todo curso processual regido de muita burocracia e demora causada pela inadequação da Lei de Execução Fiscal ao mundo fático da prática jurídica nos fóruns do judiciário nacional, haja vista o fato notório da morosidade do judiciário como um todo.

Oportuno lembrar que essa ineficácia no procedimento executório fiscal acarreta uma sobrecarga indesejável no judiciário, visto que 32% dos processos que tramitam no judiciário nacional são cobranças fiscais, de acordo com dados do CNJ de 2013 (Justiça em Números). Sem falar que dados do IPEA (instituto de pesquisa econômica aplicada) apontam que um processo de execução fiscal em média dura 9 anos na justiça até a sua definitiva baixa. (MIRANDA, OLIVEIRA, 2015)

Com isso, e ainda diante do crescimento progressivo do ingresso de ações fiscais na justiça, é claro notar que a justiça ano após ano sofre com o congestionamento desses processos.

Dessa forma, tem-se que a morosidade desses procedimentos atrapalha e muito arrecadação dos valores perquiridos pela fazenda. No entanto, necessário notar que, embora em alguns casos o contribuinte negue o pagamento do tributo com razão, impugnando assim os valores em juízo, a grande parte dos processos executivos fiscais são efetivamente pagos integralmente na fase da exigência ou por parcelamento do valor, ou extintos por conta prescrição e decadência (IPEA, 2011, p.7), fatores esses atinentes a problemática enfrentada pelo processo/procedimento administrativo para constituição e cobrança do crédito tributários (já enfrentados anteriormente, tópico 1.1). Segue trecho de artigo científico sobre o assunto:

> Precisa-se arrazoar que ações desse porte, enquanto perpassem nos tribunais os 8 anos estipulados pelo IPEA, encerram direito da União que não adentra aos cofres públicos, por lentidão e ineficiência, frustrando a arrecadação e prejudicando a sociedade, pois a recuperação de, digamos, um percentual de 10% desses mais de R$ 1 trilhão, representaria R$ 100 bilhões em investimentos possíveis de ganharem realidade, o que, convenhamos, viria a ser uma revolução fiscal sem precedentes históricos, haja vista que o retorno social dos tributos poderia tornar-se evidente, com avanço significativo nas obras e nos serviços públicos entregues à população.

> Também há que se mencionar que as soluções das execuções fiscais, transitadas em julgado na Justiça Federal, chamam a atenção, pois não é por questões atinentes a custo ou tempo que tais processos não resultam em nada. Em 33,9% dos casos a baixa ocorre em razão do pagamento integral da dívida, índice que aumenta para 45% quando a citação obtém sucesso. Em seguida, vem o cancelamento da inscrição do débito (17%), a extinção sem julgamento do mérito (11,5%), a remissão (8%), o julgamento de embargos (1,3%), exceção de pré-executividade (0,3%) e o declínio de competência (0,2%). Ao final, apenas 12,3% das sentenças proferidas são recorridas pelo exequente (IPEA, 2011b). Pergunta-se: então, porque tamanha demora em resolver tais processos?
> Na busca da resposta, esses dados nos conduzem a ponderar sobre dois outros aspectos. Um deles é que o volume de executivos fiscais extintos por pagamento ou prescrição e decadência é praticamente o mesmo, o que indica que a probabilidade de o executivo fiscal obter êxito ou fracassar é quase idêntica. O outro diz respeito à extinção por pagamento, onde se tem que a quitação do débito em parcela única ocorre em 41,3% dos casos, enquanto que a adesão e o fiel cumprimento a programa de parcelamento da divida representam 36,3% (IPEA, 2011b). (TAVÁRES, 2015)

Conclui-se com esses ensinamentos que apenas em raros casos se tem uma impugnação do valor cobrado nas execuções fiscais que têm citação válida, cuja as quais raramente se tem um julgamento favorável ao contribuinte. Isto posto, não é razoável pensar que a problemática da execução fiscal se dê pela necessidade de rigoroso procedimento para avaliar legalidade da cobrança do fisco.

Portanto, tem-se que além da citação, outro impasse que causa a morosidade desses processos, e consequentemente a falta de arrecadação do montante inscrito na dívida ativa, é o próprio processamento da execução fiscal. Com isso, vislumbra-se a real necessidade do aperfeiçoamento desse procedimento, que, em vez de buscar facilitar o exercício de cobrança do tributo por parte dos procuradores do Estado, só atrapalha a função do fisco e da justiça a fim de dar ao processo executivo fiscal a mais célere resolução.

Ao final, nota-se que, embora o problema na arrecadação tributária no Brasil tenha muito a ver com a carga exorbitante dos tributos sobre o contribuinte, o que incentiva a sonegação em grande parte dos casos, também há de se asseverar que o procedimento eleito pelo legislador não possui a eficácia que se espera de uma simples ação de execução, onde, em tese, não mais se busca discutir o mérito, mas sim exigir a cobrança do valor perquirido, tendo em conta já se constar de um título executivo extrajudicial.

3. Soluções Para Execução Fiscal

A lei de execução fiscal, como já comentado em momento anterior, embora seja um modelo que permite a cobrança judicial do crédito tributário por meio de uma prova pré-constituição, o que em tese visa desviar atenção judicial apenas para a execução da dívida (deixando de lado a discussão do mérito), dando assim celeridade ao

procedimento de cobrança, na verdade vem trazendo grandes problemas quanto à efetividade e rapidez na mesma.

Dessa forma, é evidente esse cenário de crise nesse âmbito jurídico, cujo assunto causa grande discussão na doutrina quando o tema é o aperfeiçoamento/endurecimento das medidas de cobrança do débito vincendo.

Com isso, para alguns a reforma na Lei de execução fiscal é de salutar importância, haja vista a estagnação do processo de execução atual da Lei 6.830/80, que ano após ano só torna o valor da Dívida-Ativa da União maior no âmbito federal, assim como nas demais esferas: Estadual e Municipal.

Em contrapartida, advogados tributaristas, em defesa dos direitos do contribuinte, dos quais já tem de suportar a alta carga tributária praticada no país, consideram inconstitucionais grande parte das propostas de reforma.

Em meio ao entrave da discussão de ambos os lados, a dificuldade do fisco na eficácia na cobrança continua, o que de uma forma indireta incentiva a sonegação de tributos por parte do contribuinte, e que, por conseguinte, ocasiona um desfalque indesejável nos cofres públicos.

Como meio de solucionar esse caos que assola a atividade fiscal do Estado, algumas ações por parte do poder judiciário e de procuradores vem tomando destaque em suas respectivas competências, que embora sejam regionalizadas e isoladas, servem como laboratórios experimentais, que, felizmente, vem dando bons frutos no procedimento de cobrança do crédito tributário. Concorreu no prémio Innovare de 2014 – edição XI - uma iniciativa nesse sentido da Dra. Juíza da 4ª Vara da Fazenda Pública de Belém-PA que promoveu, conjuntamente com a Procuradoria Municipal de Bélem, conciliações de débitos fiscais juntos aos contribuintes-réus. (PREMIO INNOVARE, 2014)

Algumas dessas ações têm como escopo principal a autocomposição entre as parte, que de um lado se encontra o fisco, e do outro está o contribuinte. O sucesso desse procedimento vem sendo reconhecido, principalmente pela nova onda conciliatória e mediadora emanada do Novo Código de Processo Civil, do qual muito prestigia esse instituto. Porém essa inovação no procedimento de cobrança esbarra na falta de projetos de lei nesse sentido, muito por conta da falta de interesse político, e de um certo desconhecimento sobre a benefícios desse instituto, não só na seara tributária, mas também nas demais áreas do direito. No entanto, tal entendimento vem mudando sistematicamente com o Novo CPC, que busca justamente implementá-lo em todo o ordenamento jurídico pátrio.

Outra iniciativa importante, e talvez mais concreta para o atual cenário, seria a mudança na legislação processual tributária vigente, no qual encontra sua principal fonte na Lei 6.830/90 (Lei de Execução Fiscal). Entretanto, a falta de interesse político, haja vista o caráter impopular das medidas de alteração, impede um tramite célere das

propostas no Congresso Nacional.

Atualmente a PL 2.412/2007, do qual estão apensados os projetos de lei do Poder Legislativo 5.080/2009, 5.081/2009 e 5.082/2009, é justamente um exemplo de projeto que visa à revogação da Lei 6.830/90 e alteração da Lei 8.397/92(lei que institui a medica cautelar fiscal).

O mencionado projeto tem como principal objetivo dar a celeridade e a eficiência que tanto falta no modelo de cobrança vigente. Para isso, tem como escopo principal a garantia do juízo antes do ajuizamento da demanda fiscal em face do contribuinte, visto que atualmente as varas de execuções fiscais se encontram sobrecarregadas de processos do quais se quer terão as suas devidas citações efetivadas.

O que essa reforma legislativa pretende realmente é desafogar o judiciário das demandas excessivas e pouco rentáveis para o fisco, garantindo-se, já na fase administrativa, o arresto de bens para a garantia de patrimônio necessária à liquidação do débito fiscal. Serviço esse que sem duvidas é um dos principais motivos da morosidade processual desses processos executivos-fiscais.

Todavia, tal projeto vem sofrendo duras críticas por ser considerado violador de princípios fundamentais, como o do devido processo legal e o da inafastabilidade da jurisdição, entre outros. Dessa forma seria inconcebível tal proposta, tendo em vista sua evidente inconstitucionalidade para boa parte da doutrina.

Ocorre que, por outro lado, os defensores das propostas entendem pela sua adequação constitucional, pois ao contrário das opiniões opositores, entendem que as propostas, em momento algum, visam subtrair da apreciação do judiciário as demandas fiscais, e sim apenas lhe dar mais objetividade, retirando do Poder Judiciário o árduo e dispendioso trabalho nas diligências que podem ser exercidas pela própria Administração Pública Fiscal, sem prejuízo do devido processo legal e de outros princípios constitucionais indispensáveis ao exercício da atividade pública.

Em face de todas essas considerações, percebe-se que não se trata apenas de resolver o problema da cobrança fiscal do Estado para se ver solucionado a crise no procedimento de execução judicial, pois ao mesmo tempo em que o estado adentra o patrimônio do contribuinte, o mesmo tem de ver seus direitos respeitados, para que não seja permitida, em hipótese alguma, uma cobrança fiscal arbitrária pelo fisco, que embora possua o poder-dever de tributar, deve ao mesmo tempo respeitar o Estado Democrático de Direito.

4. Considerações finais

A partir do estudo aqui apresentado, do qual abordou a temática da constituição do crédito público até sua definitiva cobrança, conclui-se que o método arrecadatório dos valores devidos mostra-se insatisfatório.

Primeiramente, demonstrou-se a dinâmica da constituição do crédito tributário, onde, por um meio procedimento administrativo de verificação da ocorrência do fato gerador, o fisco cobra, por si só, o crédito tributário em face do contribuinte, que, por sua vez, poderá impugnar, pagar ou não pagar o valor cobrando, sem que isso lhe acarrete, em um primeiro momento, consequências mais graves.

Ademais, frisou-se sobre a dificuldade na cobrança administrativa enfrentada pelo fisco, onde pouco se vê de efetividade e muito se tem de burocracia. Fato esse que acarreta longos processos administrativos, que no final ainda precisam ser tratados pelo judiciário, para que, finalmente, se extinga a cobrança com decisão favorável ou não ao fisco.

Desse modo, o derradeiro caminho para finalmente se alcançar a satisfação do crédito tributário é a execução fiscal, medida essa que ao longo dos anos sofreu transformações a fim de adequar a cobrança fiscal à melhor forma de se alcançar a satisfação do crédito público, tendo em vista a sua natureza peculiar frente a execuções normais. No entanto conclui-se que tais mudanças na legislação da execução fiscal não foram sinônimas de uma salutar evolução normativa.

Passando para as questões problemáticas atuais da execução fiscal, conclui-se que, diante dos números negativos levantados sobre os resultados da cobrança da Dívida Ativa, a execução fiscal regida pela Lei 6.830/80 não recolhe o numerário fiscal que se espera dela, tendo em mente que se trata de um processo que não mais, na maioria das vezes, se discutirá o mérito da questão, mas apenas tem como escopo o alcance do patrimônio necessário a satisfação da dívida do contribuinte/executado.

Restou claro também que a fase de citação é uma das grandes vilãs desse procedimento, haja vista que sem a localização do devedor não há se quer possibilidade de execução do seu patrimônio.

Dito isso, notou-se o desserviço prestado pelo procedimento da execução fiscal. Tal conjuntura de fato urge por mudanças, em razão não só da carência que o erário público tem de tais receitas da Dívida Ativa, mas também para desafogar o judiciário da gama de execuções advindas da Fazenda Pública, cujas quais representam grande parte dos processos em tramite na justiça brasileira.

Para tanto, no intuito de mudar esse cenário, surgem propostas tanto na prática forense, com ações isoladas de alguns agentes institucionais (juízes, procuradores, órgãos em geral), como políticas, e projetos de lei, a fim de alcançar uma solução para o impasse criado pela crise instalada com a estagnação do modelo atual de cobrança de créditos públicos. No entanto, também é notório o desinteresse político e os impasses quanto a legalidade de tais alterações sobre o modelo de cobrança da Dívida Ativa vigente.

Dessa forma, tem-se que, diante do cenário de crise apresentado, a execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro anseia por mudanças concretas que tragam a

efetividade a esse instituto tão importante para arrecadação dos recursos do Estado, sem que isso importe na violação de valores básicos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Referências

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. **Execução Fiscal:** novas questões e possíveis soluções. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3316, 30 jul. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22306>. Acesso em: 30 fevereiro 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual De Direito Tributário**. São Paulo. ed. 9ª Saraiva, 2017.

BRIGAGÃO, Gustavo. **Decisões do Carf em que houver empate devem ser julgadas pró-contribuinte.** Revista Consultor Jurídico, em 24 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-ago-24/consultor-tributario-decisoes-carf-empate-julgadas-pro-contribuinte> Acesso em: março de 2017.

KFOURI JUNIOR. Anis. **Curso de Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Antônio Carlos da Cunha; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **A execução fiscal administrativa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2447, 14 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14502>. Acesso em: 4 março 2017.

ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-da-execucao-fiscal-no-ordenamento-juridico-brasileiro,54865.html> Acesso em: 5 de março 2017.

NASCIMENTO, M. B. **EXECUÇÃO FISCAL: ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL?** Porto Velho, RO: UNIDERP, 2012. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj042993.pdf> Acesso em: 6 de março de 2017.

TURBAY JR, Albino Gabriel. **Uma introdução ao princípio do devido processo legal:** a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877> acesso em: março de 2017.

RIBEIRO, L. P. **Execução fiscal administrativa e o devido processo.** Brasília, DF: IDP,2008 legal.Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/

201/Monografia_Luciana%20Potiguar%20Ribeiro.pdf?sequence=1> Acesso em: março de 2017

MIRANDA, Thiago; OLIVEIRA, Marcelo. **Dívida Pública supera arrecadação; propostas para agilizar cobrança não andam.** Câmara Notícias. Brasília, 28 de janeiro de 2015. Economia. Disponível em<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/480908-DIVIDA-ATIVA-SUPERA-ARRECADACAO-PROPOSTAS-PARA-AGILIZAR-COBRANCA-NAO-ANDAM.html> Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

VASCONCELOS, Roberto França de, coordenador. **DIREITO TRIBUTÁRIO**. Política Fiscal. São Paulo. Saraiva, 2009.

TAVARES, Thiago Nóbrega**. Análise da ineficiência da execução fiscal perante a Justiça Federa**l. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15719>. Acesso em abr 2017.

LYRA, K. P. **Semana de Conciliação em Execução Fiscal**. In: PREMIO INNOVARE, edição IX, 2014. Dísponível em: <http://premioinnovare.com.br/proposta/semana-da-conciliacao-em-execucao-fiscal/print> Acesso em: 10 de fevereiro de 2017

.

O INSTITUTO DOS ALIMENTOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aline Cristina Moura[1]
Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Do instituto dos alimentos; 3. A lei 13.105/2015 e os meios de asegurar o pagamento; a) Do Cumprimento de Sentença e do Procedimento de Execução; b) Dos Instrumentos de Coerção para Satisfação do Crédito Alimentício; 4. Considerações finais

1. Introdução

Há muito o legislador indaga como atribuir maior celeridade ao instituto dos alimentos e tornar menos árdua para o credor a demanda por alimentos. O novo Código de Processo Civil buscou, dessa forma, conferir ao rito da execução maior efetividade, postura que fica evidente também em outras modificações presentes no mesmo diploma legal.

A justificativa deste trabalho repousa na necessidade de conhecer as recentes alterações introduzidas pela Lei 13.105/2015 para que, na práxis, seja possível escolher a via mais célere e adequada para a satisfação da pretensão daquele que carece dos alimentos. Ademais, não basta haver previsão legal se, cotidianamente, a norma não é invocada, daí a necessidade de conhecer e utilizar os instrumentos mais benéficos para determinada situação.

Nesse sentido, indaga-se se esta nova mudança na legislação será uma forma de concretizar o acesso à justiça pelo credor de alimentos de forma menos penosa, muito embora as teorias apontem que só o tempo poderá responder a tal questionamento.

A princípio será feita uma breve análise acerca do instituto dos alimentos, dada sua importância conceitual. Em seguida, serão destacados os instrumentos processuais à disposição do credor para satisfação do crédito, ocasião em que serão analisados o procedimento do cumprimento de sentença e do processo de execução.

Nos itens seguintes, serão destacados os instrumentos de coerção para que o devedor não se furte ao pagamento, como é o caso do protesto judicial, a prisão civil, cuja controvérsia em relação ao prazo ainda persiste no novo diploma legal, o crime de

---

[1] Advogada. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB – 13º Subseção Uberlândia - MG.

[2] Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia-MG. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – Bolsista de pesquisa pela CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB- 13º Subseção – Uberlândia – MG.

desobediência a que estão sujeitos a autoridade, a empresa ou empregador, determinando o desconto a partir da primeira remuneração do executado e, por último, o crime de abandono material, em que, verificada a conduta procrastinatória do executado, o magistrado dará ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

Quanto à metodologia aplicada, trata-se de pesquisa bibliográfica, feita a partir do levantamento de referenciais teóricos existentes sobre a matéria. A pesquisa documental também se faz presente mediante análise de jurisprudências e das legislações, em especial, do novo Código de Processo Civil.

Pretende-se, assim, auferir se os novos meios de coerção elencados pelo legislador serão suficientes para conferir maior celeridade e efetividade à demanda do credor de alimentos.

2. Do instituto dos alimentos

O dever de prestar alimentos tem por base a reciprocidade econômica e solidária que deve existir entre a família. Sua nomenclatura não designa apenas o essencial à alimentação mas, também, o necessário à manutenção de uma condição digna do alimentando: a alimentação, a saúde, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Assim, a intenção deste instituto é de efetivar a subsistência do alimentando.

Aqui os alimentos visam proteger direitos fundamentais do alimentando que precisa ter assegurado o amparo de suas necessidades mínimas através dessa obrigação alimentar imposta ao alimentante, só assim se garantirá sua dignidade humana, desse modo, o dever de prestar alimentos é delineado pelo seu caráter social

Por isso, nota-se consoante Carlos Roberto Gonçalves que “o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico” (2012, p.433).

Cabe frisar que tal noção de prestação de alimentos abarca “tudo o que for necessário à manutenção do indivíduo, dentro daquela concepção constitucional em que não só a sobrevivência estaria tutelada, mas a vida com qualidade” (ABELHA, 2015, p.507).

Assim, quando os laços, por si só, não são capazes de assegurar o amparo de que o outro necessita, opera, então, o instituto dos alimentos, cuja obrigação legal vem transcrita no artigo 1.694 do CC “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”.

É o artigo 1695 do Código Civil que traz o binômio necessidade/possibilidade, a seguir: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes,

nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento".

Dessa maneira, por tal binômio, entende-se que é necessário observar tanto a possibilidade do alimentante em poder arcar com a prestação alimentar, quanto deve se levar em consideração a necessidade do alimentando que precisa ter provida condições mínimas a sua subsistência com dignidade, levando em consideração como bem aponta Tartuce (2015) o princípio da razoabilidade no momento de se estipular esses alimentos, observando a técnica de ponderação entre os interesses envolvidos na causa.

Acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, Flávio Tartuce (2015, p. 406) nos alerta para o fato de que atualmente alguns doutrinadores, como Maria Berenice Dias, falam na existência de um trinômio (proporcionalidade/necessidade/possibilidade), e não mais de um binômio. Na mesma esteira, conforme explica Tartuce, estaria o jurista Paulo Lôbo que acredita na tríade necessidade/possibilidade/razoabilidade. Conclui Tartuce que a jurisprudência tem destacado a articulação desta última tríade, a seguir:

> Alimentos. Quantum. Redução. Cabimento. Adequação ao trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade impossibilidade financeira do alimentante para o valor fixado. Apelo provido parcialmente" (TJSP, Apelação com Revisão 662.094.4/0, Acórdão 4160175, São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 04.11.2009, DJESP 07.12.2009).

Finalmente, acerca dessa divergência teórica, aduz Tartuce (2015, p. 407) que

> De todo modo, acreditamos ser melhor falar na razoabilidade do que na proporcionalidade como componente da tríade alimentar. Isso porque a razoabilidade é mais guiada por elementos subjetivos, enquanto a proporcionalidade, por fatores objetivos. Em matéria alimentar, as questões pessoais são muito mais relevantes do que as pertinências objetivas. É o caso concreto que irá guiar não só a atribuição do dever de pagar os alimentos, como também o valor a ser pago, o quantum debeatur.

Nesse sentido, valiosa a lição de Tartuce (2015), para quem seria mais seguro falar em razoabilidade e não em proporcionalidade dada a natureza da ação de alimentos, conforme exposto anteriormente.

3. A lei 13.105/2015 e os meios de asegurar o pagamento

Na vigência do antigo Código de Processo Civil de 1973, o credor dispunha dos seguintes meios para satisfação do débito alimentar:

> a) ação de alimentos, para reclamá-los (Lei n. 5.478/68); b) execução por quantia certa (CPC, art. 732); c) penhora em vencimento de magistrados, professores e funcionários públicos, soldo de militares e salários em geral, inclusive subsídios de parlamentares (CPC. art. 649, IV); d) desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada (CPC, art. 734); e) reserva de aluguéis de prédios do alimentante (Lei n. 5.478, art. 17); f) entrega ao cônjuge, mensalmente, para assegurar o pagamento de alimentos provisórios (Lei n. 5.478/68, art. 4º, parágrafo único), de parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor, se o regime de casamento for o da comunhão universal de bens; g) constituição de garantia real ou fidejussória e de usufruto (Lei n. 6.515/77, art. 21); h) prisão do devedor (Lei n. 5.478/68, art. 21; CPC, art. 733). (GONÇALVES, 2012, p. 469).

Todavia, com a vigência da Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil), algumas dessas disposições foram revogadas e outras normas foram acrescentadas no intuito de conferir maior efetividade à pretensão do credor de alimentos, conforme se demonstrará adiante.

Consoante Tartuce (2015, p. 409) as principais inovações relativas aos alimentos dizem respeito ao sistema de cumprimento de sentença e de execução dos alimentos. Foram revogados os artigos os arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 5.478 de 1968 (Lei de Alimentos) pelo art. 1.072, inciso V, do Novo CPC. A seguir, a transcrição dos artigos revogados:

> Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no artigo 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973).
> Art. 17. Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.
> Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 27.12.1973).

Em relação as mudanças introduzidas, cumpre discorrer acerca da possibilidade de penhora do salário e outras remunerações em razão da existência de crédito de pensão alimentícia, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º do Código de Processo Civil.

> Em suma, nota-se, inicialmente, a possibilidade de penhora das pensões em geral e da quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos (inciso X do art. 833 do CPC/2015), com vistas à satisfação da obrigação alimentar de natureza familial. Com isso, a obrigação de prestar alimentos ganha uma qualificação ainda mais especial, ressaltando o seu caráter sui generis, observado por praticamente todos os civilistas. O tempo e a prática demonstrarão se a inovação veio em boa hora ou não. De toda sorte, o presente autor entende que a ressalva deve ser temperada em casos de penúria do devedor, sendo sempre viável utilizar a técnica de ponderação, expressa no próprio Código de Processo Civil de 2015. (TARTUCE, 2015, p. 408).

Outra conclusão que é possível inferir do novo Código de Processo Civil no artigo 833, § 2º, diz respeito à possibilidade de penhora dos próprios alimentos naquilo que exceder o montante de cinquenta salários mínimos, valor que entende-se suficiente para manter o mínimo vital do devedor. Apesar da revogação expressa do art. 17 da Lei de Alimentos é possível a satisfação do credor sobre aluguéis recebidos pelo devedor, pois o § 3º do art. 529 do CPC/2015 menciona "rendimentos ou rendas do executado".

Nesse sentido, conclui-se que o enfrentamento da temática da impenhorabilidade ainda deve suscitar alguns debates. Como explica Tartuce (2015, p. 408/409), alimentos e pensões fogem à regra dos *absolutamente* impenhoráveis, como havia no diploma processual anterior. Isso porque a aludida expressão foi retirada do caput do novo comando legal. O autor lança uma crítica de que houve um verdadeiro paradoxo. Para ele, os alimentos deveriam ter sido excluídos expressamente da regra de penhora, o que até pode ser o entendimento futuro levando em consideração o fundamento da obrigação alimentar.

a) Do Cumprimento de Sentença e do Procedimento de Execução

Inicialmente, é preciso esclarecer que o cumprimento de sentença ou de decisão interlocutória, que visa a efetivação da prestação alimentícia, inicia por requerimento do exequente que deverá apresentar a memória de cálculo do que for devido. Consoante artigo 528 do Código de Processo Civil:

> No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Há que se ressaltar o caráter de pessoalidade da intimação. Isso porque o não pagamento pode culminar na prisão civil do executado, o que não seria cabível caso a intimação fosse feita na pessoa do advogado, regra essa que se desobedecida gera nulidade desta intimação, bem como implicações decorrentes deste vício.

Acerca do processo de execução, este inicia por petição inicial, também fundamentada com a memória descritiva de cálculos e, o devedor será citado para em 03

dias efetuar o pagamento das parcelas anteriores e vincendas no curso da execução, provar que o realizou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Consigne-se que os arts. 911 e ss., que cuidam do processo de execução da prestação alimentícia (com base em título extrajudicial), afirmam que, superada a fase postulatória dessa modalidade de execução, aplica-se no que couber nos §§ 2.º a 7.º do art. 528, que versam sobre o cumprimento de sentença da prestação de alimentos.

O que anteriormente foi explicado acerca do cumprimento judicial também se aplica para a execução, com ressalva à regra do protesto que é privativa de títulos judiciais.

Sabendo que o desconto em folha nem sempre é possível e que a prisão civil do executado não é vista como o melhor meio para satisfação do crédito, em razão do estigma da prisão, e por ser uma lide que envolve laços familiares, imagine que o credor requeira a execução por quantia certa contra devedor solvente, pois neste caso não se pleitearia a restrição da liberdade do devedor, mas sim a satisfação da pretensão tolindo os bens materiais do devedor de alimentos.

Assim, com base nessa hipótese, explica Abelha (2015, p. 520) que o procedimento segue o trâmite de uma execução por quantia certa contra devedor solvente, realizando-se a penhora de bens do executado conforme a prioridade do artigo 835 do CPC, sendo que o primeiro bem da lista é o dinheiro e será penhorado segundo as regras do artigo 854 do mesmo diploma legal.

Veja-se, a seguir, os métodos de coerção aplicáveis à execução da prestação alimentícia.

b) Dos Instrumentos de Coerção para Satisfação do Crédito Alimentício

Neste trabalho, fica evidente o esforço em analisar, em específico, os reforços advindos do novo Código de Processo Civil para satisfação do débito, como a positivação do protesto que já vinha sendo utilizado por alguns juízes e tribunais, mas carecia de suporte legal; a prisão civil que sofre algumas alterações com o novo Código de Processo Civil, além da previsão do crime de desobediência que estão sujeitos a autoridade, a empresa ou empregador, determinando o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado. Também o novo Código de Processo Civil inovou ao prever no art. 532 que, verificada a postura procrastinatória do executado, o magistrado deverá, sendo o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

De acordo com Abelha (2015, p. 503)

> O legislador (constitucional e processual) oferta variadas técnicas executivas a serem aplicadas na efetivação do crédito alimentício, e sua aplicação varia de acordo com a situação jurídica material e processual em jogo. Podem ser arroladas as seguintes técnicas executivas: técnica da coerção pela prisão civil do executado; técnica da coerção pela multa processual a ser aplicada pela unidade de tempo (dia, mês etc.); técnicas sub-rogatórias de desconto em folha, adjudicação de bem penhorado, usufruto de imóvel ou bem móvel, alienação por iniciativa particular ou em hasta pública. A aplicação de cada uma dessas técnicas irá variar de acordo com a situação jurídica processual ou material que esteja em jogo.

Nesse sentido, resta fundamental que se conheça as variadas técnicas executivas que estão à disposição do credor, sendo certo que a satisfação da pretensão nutre íntima relação com o meio escolhido para tal mister. Veja-se, a seguir, algumas dessas técnicas de forma detalhada.

i) Do Protesto

Consoante artigo 517 do Código de Processo Civil "a decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523".

Nesse sentido, a primeira medida aplicada será o protesto judicial da sentença em cartório, o que culminará em restrições de crédito ao devedor, já que será possível a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes de órgãos de defesa e proteção ao crédito, como forma de impelir a pessoa inadimplente a quitar suas obrigações pecuniárias no que se refere aos alimentos devidos. E que faz com que devedor não possa contrair novas dívidas por ter restrição de crédito, o que será um incentivador no cumprimento de sua obrigação alimentar.

Dessa maneira, para aquele que possui débitos alimentares seu nome será protestado se não houver o pagamento desta dívida no bojo do processo de execução alimentar, cabendo ressalvar que este inadimplente apenas poderá retirar seu nome nos cadastros de devedores após o pagamento integral dos valores devidos.

Enquanto no art. 517 do CPC o protesto judicial depende da provocação do exequente, no caso da prestação de alimentos o legislador prevê que, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1.º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses. O que pode-se concluir que o protesto será manejado de ofício pelo juiz.

Esclareça-se que muito antes do novo Código de Processo Civil foram editados provimentos administrativos no sentido de serem levadas a protesto as decisões judiciais que obrigavam à prestação de alimentos, como é o caso do Provimento 3/2008 do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Portanto, o artigo 528, § 1º do novo Código de Processo Civil traz consigo a

positivação do que há muito se discutia acerca da legalidade do protesto oriundo de sentença condenatória pecuniária, líquida, certa e exigível.

ii) Das Peculiaridades Acerca da Prisão Civil

A prisão civil constitui a única modalidade em que o devedor responde além do patrimônio, passando a ter a liberdade restringida em razão do débito alimentar. Na Constituição, o instituto encontra previsão no artigo 5º, inciso LXVII – "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel". Quanto à última parte que trata da prisão do depositário infiel, a Súmula Vinculante do STF nº 25 pôs fim às discussões acerca de sua legalidade, assim dispondo: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".

Consoante Abelha "verdadeira exceção à regra de que o patrimônio é a garantia geral das obrigações contraídas pelo devedor, a prisão civil do devedor de alimentos encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro" (2015, p.515). Destaque-se que essa prisão não deve ser vislumbrada como pena, mas como medida de coerção pessoal para garantir o direito alimentar.

Ademais, tal prisão deverá ser cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (art. 528, § 4º, do CPC/2015).

Cumpre esclarecer que a prisão civil pode ser decretada em qualquer caso diante do inadimplemento fundado em título judicial (provisório ou definitivo) e extrajudicial, não sendo permitida nos casos de alimentos devidos em razão de ato ilícito, conforme a pacífica jurisprudência do STJ.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 436):

> Tem-se decidido, com efeito, que constitui constrangimento ilegal a prisão civil do devedor de alimentos decorrentes de responsabilidade civil ex delicto. Somente se a admite como meio coercitivo para o adimplemento de pensão decorrente do parentesco ou matrimônio, pois o preceito constitucional que excepcionalmente permite a prisão por dívida, nas hipóteses de obrigação alimentar, é de ser restritivamente interpretado, não tendo aplicação analógica às hipóteses de prestação alimentar derivada de ato ilícito.

Marcelo Abelha faz uma observação acerca da regra do art. 911, parágrafo único, do Código de Processo Civil que deixa dúvidas quanto à possibilidade de utilização da prisão civil pelo débito alimentar fundada em título extrajudicial, vez que a expressão "no que couber" não esclarece se as regras dos §§ 2.º a 7.º do art. 528 são aplicáveis.

Para o autor

> A tendência [...] é a de que, quando os alimentos estão previstos em título executivo extrajudicial a partir de um reconhecimento feito perante um órgão público, como a defensoria pública ou o ministério público, e seja derivada de uma relação de família, parece-nos que a técnica da prisão civil possa ser utilizada. Ou seja, excluem-se da prisão civil aqueles casos fundados em título extrajudicial em que a obrigação de alimentar deriva de liberalidade de terceiro sem vínculo familiar. (ABELHA, 2015, p.516).

Já Flávio Tartuce (2015, pp. 416, 417) nos apresenta a seguinte reflexão:

> Em relação aos provisionais, mesmo com a sua retirada do Novo CPC – inclusive no tocante à antiga medida cautelar correspondente –, surgirá debate de sua persistência. A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados; o que visa a clarear a questão relativa aos procedimentos (art. 531, § 1º, do CPC/2015). [...]
> Com esse novo tratamento, algumas polêmicas anteriores são sanadas. Dentre elas, destacamos a possibilidade de prisão civil, agora viável, nos casos de alimentos fixados em escritura pública de divórcio, o que gerava tormentosa discussão entre civilistas e processualistas. A propósito, o presente autor sempre foi favorável a essa prisão.

Em se tratando da competência para decretar a prisão, em que pese esta constitua meio de coerção, a regra é a do juízo em que se processa o cumprimento de sentença ou processo de execução, lembrando que foi mantida a regra de privilégio do domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se demandam alimentos (art. 53, inciso II, do Novo Código de Processo Civil).

Abelha (2015, p. 516) esclarece que "se for caso de precatória, somente o juiz deprecante é que poderá decretar a prisão, pois, sendo um mero cumpridor da carta precatória, é defeso ao juiz deprecado determinar a prisão do devedor de pensão alimentícia e fixar o respectivo prazo".

Como dito, é o artigo 528, §3 do CPC, que trata acerca da prisão civil. Com relação a sua decretação, discorre Abelha

> É clara a regra do dispositivo no sentido de que, uma vez provocado o magistrado da tutela satisfativa dos alimentos, não haverá mais nenhuma necessidade de formular novo pedido apenas para decretação da prisão, ou seja, poderá o magistrado fazer de ofício, desde que verificadas as condições impostas no referido dispositivo legal.
> Dentre esses requisitos, o requerimento expresso do pedido de prisão não é um deles. Há de se lembrar que a prisão civil é meio de coerção a ser utilizado pelo magistrado para dar efetividade ao pagamento da prestação alimentícia, portanto um direito fundamental relacionado à existência da pessoa.
> Certamente que a prisão civil é residual ao desconto em folha, porque esta é técnica que permite a efetivação do direito de forma menos gravosa ao executado. (2015, p.517).

Consoante súmula 309 STJ "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do

alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo". Em se tratando de alimentos pretéritos, embora careça da quantia não paga, em tese, o credor pôde se alimentar, ainda que tenha sido com máxima dificuldade, como explica Abelha (2015, p. 517). Para o autor "o acerto da súmula, segundo pensamos, está em dar um tratamento especial à prisão civil, colocando-a em uma posição de destaque e excepcional na execução de alimentos, e assim evitando que a medida seja desvirtuada da sua função coercitiva para punitiva" (ABELHA, 2015, p.517).

iii) Prazo e regime da prisão

É o art. 528 do Código de Processo Civil que regulamenta o prazo e o regime jurídico da prisão civil do devedor de alimentos. Com a revogação dos artigos que tratavam do tema na Lei 5.478/1968 (Lei de alimentos), é no CPC que a matéria encontra previsão. De acordo com o artigo 528, § 3.º, do mesmo diploma legal, o prazo é de um a três meses, sendo a prisão cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (§ 4º).-Determina o dispositivo (§ 5º) que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas, e, paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão (§ 6º).

Cumpre consignar que o artigo 19 da lei não foi revogado, o que acaba por levantar muitos debates, pois permanecem dois prazos distintos de prisão civil, como ocorria no sistema anterior, pela regra do antigo art. 733 do CPC/1973. Sendo assim, a Lei 5.478/1968 traz o prazo de prisão de até sessenta dias; o Novo Código de Processo Civil, entre um a três meses.

Consoante Tartuce (2015, p.412)

> De toda sorte, continuará forte a tese de unificação dos prazos para a prisão civil do devedor, incidindo o prazo menor, no caso de até sessenta dias, nos termos do ainda sobrevivente art. 19 da Lei de Alimentos. Em outras palavras, ainda persistirá o argumento de aplicação da norma mais favorável ao réu ou executado. Essa última tese vem crescendo na jurisprudência brasileira.

Tartuce (2015) esclarece ainda que a jurisprudência tem determinado a prisão em se tratando de devedor que tem por costume não pagar integralmente os alimentos devidos, sem deixar caracterizar os três meses de inadimplência, por exemplo, deixando de pagar os dois primeiros meses e pagando a dívida no terceiro mês. Para esses casos, o autor apresenta o seguinte julgado.

> Habeas corpus. Prisão civil. Alimentos. Débito atual e pretérito. Devedor contumaz. Circunstâncias do caso concreto. Constrangimento ilegal. Inocorrência. 1. O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar o decreto de prisão civil com relação a dívida alimentar antiga, só se impondo a custódia do alimentando relativamente à falta de pagamento das três últimas pensões alimentícias, não constitui regra absoluta. 2. Inexiste constrangimento ilegal no decreto de prisão fundado em débito alimentar atual e pretérito, quando evidenciada a busca imediata da satisfação do seu crédito por parte do alimentado e a utilização de manobras para procrastinar o feito executório, por parte do alimentante, devedor contumaz" (TJES, Processo 100010015749, Vitória, Primeira Vara de Família, Primeira Câmara Cível, Des. Titular Annibal de Rezende Lima, j. 18.12.2002). (TARTUCE, 2015, p. 413.)

Urge asseverar que o Novo CPC continua a listar medidas administrativas para o recebimento desse débito alimentar, conforme será demonstrado adiante.

iv) Do Crime de Desobediência

A técnica processual executiva do desconto em folha é uma medida processual sub-rogatória e pode ser utilizada tanto no cumprimento de sentença como no processo de execução.

Segundo Flávio Tartuce (2015, p.513), "parece-nos claro que a técnica do desconto em folha precede à utilização da técnica coercitiva, pois sempre que possível será mais eficaz para o exequente e menos onerosa para o executado".

Porém, a técnica só é possível quando se tratar de devedor funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, caso em que o juiz ordenará o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. Atende, segundo Abelha (2015, p. 513), ao pagamento de parcelas vencidas e vincendas, variando conforme a eficácia entre uma e outra.

Em se tratando de parcelas vincendas, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

No tocante às parcelas vencidas, o art. 528, § 3.º do Código de Processo Civil, que serve também ao processo de execução, prevê que, "sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos", o que também se apresenta como inovação advinda do novo CPC.

Segundo Tartuce (2015, p. 512)

> O limite total, portanto, dos vincendos com o desconto dos vencidos não pode ultrapassar 50%, devendo sempre privilegiar essa forma para os vincendos. Assim, por exemplo, se restar fixado em decisão judicial o dever de prestar alimentos no valor de 40% do salário, então o que já constituir débito alimentar (vencido) só poderá ser descontado, mês a mês, na proporção de 10% do salário do alimentante, já que as parcelas vincendas comprometerão 40% do respectivo salário a ser descontado em folha de pagamento.

Acerca da impenhorabilidade dos vencimentos, cumpre recordar o que prescreve o § 2.º do artigo 833 do CPC "o disposto nos incs. IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8.º, e no art. 529, § 3.º".

Segundo Alexandre de Castro (2015, p. 679) embora a regra trate do adimplemento de obrigação alimentar através do desconto em folha, entende-se cabível, também, a penhora de salário para satisfação de crédito executado por meio do cumprimento de sentença por expropriação.

v) Do crime de Abandono Material

Dentre as inovações advindas do novo CPC, destaca-se o crime de abandono material. É o artigo 532 do Novo Código de Processo Civil que prevê o abandono material, tipificado no artigo 244 do Código Penal no Capítulo III que trata dos crimes contra a assistência familiar, veja-se:

> Art. 532. Verificada a conduta procrastinatória do executado, o juiz deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do crime de abandono material.
> Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:
> Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.
> Parágrafo único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

Consoante Marcelo Abelha (2015, p. 520)

> O dever de prestar alimentos àquele que os necessita foi tratado com a devida importância pelo NCPC, que não pretende admitir aquelas tantas situações em que o sujeito não apresenta bens, não faz o pagamento da parcela mensal, mas ao mesmo tempo continua a ter, ostentar e até usufruir uma vida que não condiz com tal atitude. Para tanto, além dos meios normais e típicos de se obter a satisfação do crédito alimentar, agora o NCPC inovou ao prever no art. 532 que, verificada a postura procrastinatória do executado, o magistrado deverá, se for o caso, dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

Há que se verificar como comportará a jurisprudência vez que o abandono material no Novo CPC refere-se apenas à hipótese de cumprimento de sentença (art. 532 CPC), não havendo menção à hipótese de alimentos fruto de indenização do art. 533 e, na hipótese de execução de alimentos fundados em título extrajudicial, artigo 911 do Código de Processo Civil.

4. Considerações finais

A Lei 13.105 de 2015 traz em seu bojo um momento histórico. Como disse Fredie Didier Jr., pela primeira vez na história temos um Código de Processo Civil nascido em meio a um regime democrático.

Resta evidente que o escopo do advento da referida Lei foi o de conferir maior celeridade, efetividade para a norma processual e, harmonização. Impacto que, para Didier, recai de forma abrupta no Direito Civil, devendo ser um dos principais temas a serem explorados pela doutrina nos próximos anos.

De início, a abordagem conceitual do instituto dos alimentos permite a compreensão do valor legal e moral atribuído à obrigação alimentar. Em seguida, pretendeu-se, de forma sucinta, apresentar os meios de assegurar o pagamento da obrigação, como é o caso do cumprimento de sentença e do processo de execução.

No intuito de encontrar respostas se tais inovações, por si só, representariam o rompimento com a morosidade e a dificuldade do credor em receber os alimentos, o último capítulo traz os meios coercitivos para satisfação da pretensão do credor, como é o caso do protesto judicial, da prisão civil, do crime de abandono material e de desobediência.

Não se pode afirmar se os meios coercitivos elencados pelo novo CPC, por si só, serão capazes de conferir ao credor uma satisfação célere da sua pretensão, sem que perceba o gosto amargo da morosidade e, por vezes, se depare com a procrastinação do devedor que se furta, por diversos meios, da obrigação de pagar.

Caminha-se no sentido de que esta preocupação do legislador com o tema foi crucial para a dinamicidade do debate, trazendo para o credor novos caminhos para efetivação de sua demanda processual.

Todavia, em que pese as novidades advindas do referido diploma legal, a busca

por alimentos ainda deve constituir um martírio, pelos próximos anos, em razão das controvérsias levantadas durante este trabalho, para as quais não se tem respostas, e que só as futuras decisões e o manejo da norma processual poderão pôr fim a tais questionamentos.

Referências

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil.** 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 13.105**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso

Em: 01 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 10.406.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 ago. 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASTRO, Alexandre *in* **Curso do novo processo civil**/ coordenação geral: Luis Carlos de Araújo e Cleyson de Moraes Mello. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões,** volume 5 / 5.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade.** Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/considera%C3%A7%C3%B5es-acerca-das-m%C3%A1ximas-da-razoabilidade-e-da-proprocionalidade> Acesso em: 05 ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro,** volume 6: direito de família 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil brasileiro**. Direito de família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. et al. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A REPARAÇÃO DO DANO AO AMBIENTE NO SISTEMA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Roberta Fernandes de Faria[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. A tutela jurídica do ambiente; 3. A propriedade perante os valores ambientais; 4. O dano ao ambiente, ato ilícito e abuso de direito; 5. A responsabilidade civil por danos ambientais; 6. O nexo de causalidade na responsabilidade civil; 7. Conclusão

1. Introdução

Em Portugal, a previsão constitucional de um direito ao ambiente ecologicamente equilibrado configurou um *Estado de Direito Ambiental*, cometendo ao Estado um conjunto de tarefas para a realização eficiente e eficaz deste direito fundamental.

Todavia, a proteção do ambiente implica o confronto das esferas particular e pública e, consequentemente, a colisão com outros valores, direitos ou interesses também tutelados pela Constituição, como é o caso do direito à propriedade privada. Neste sentido, as políticas ambientais criados pelo Estado para proteger a natureza, limitam os direitos do proprietário sobre o seu bem em razão de um interesse público ambiental.

Buscar mecanismos de compensação para os danos ambientais têm sido os desafios do direito na tentativa de encontrar o equilíbrio entre o ser humano, a natureza e as atividades modernas da sociedade. O tratamento jurídico dado a estas questões tem sido o de responsabilizar o agente causador do dano e, diante disto, imperioso se faz estabelecer a relação de causalidade entre o agente e o dano ambiental, elementos essenciais da responsabilidade civil no ordenamento jurídico Português.

2. A tutela jurídica do ambiente

A degradação do ambiente tem levado o Estado a repartir com a sociedade a responsabilidade pela proteção ambiental, que deixou de pertencer ao domínio exclusivamente público, passando também ao domínio privado[2].

---

[1] Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestre em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pela Universidade de Coimbra, advogada. Email: fariabeta@gmail.com

[2] NUNES JUNIOR, Amandinho Teixeira. *O Estado Ambiental de Direito*.In: Revista de Informação Legislativa, v. 41, n. 163 (jul/set 2004), p. 297 disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/996

O artigo 66º da Constituição da República Portuguesa[3] consagra o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e, apesar de incluído na topografia dos direitos sociais, o direito ao ambiente pode ser entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias[4] e, desta forma, a configuração constitucional de um *Estado de Direito Ambiental*[5] cometeu ao Estado um conjunto de tarefas, desafiando-lhe a idealizar os meios mais aptos para a realização eficiente da finalidade ecológica proposta.

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, tido como um direito fundamental[6], tem como base os direitos da fraternidade e da solidariedade, ligado a um profundo humanismo e a um ideal de uma sociedade mais justa e solidária. Reconhecido o ambiente como direto fundamental, se faz importante identificá-lo com os interesses difusos. Interesse difuso é o direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstancias de fato, como habitar na mesma região, consumir iguais produtos, expor-se aos efeitos de determinado serviço perigoso ou de uma publicidade enganosa[7], em outras palavras, interesses difusos[8] são direitos supraindividuais que pertencem a um número indeterminado e praticamente indeterminável de pessoas, as quais não têm entre si qualquer relação definida e encontra-se em uma mesma situação. Por isso diz-se que seu objeto é indivisível, a sua proteção beneficia a todos os indivíduos da sociedade e sua agressão prejudica a todos.

Assim, surge o Direito do Ambiente, como uma espécie de resposta ao fenômeno

---

[3] No Brasil, o artigo 225 da Constituição Federal também trata como direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

[4] Fernandez, Maria Elizabeth Moreira, *Direito ao Ambiente e Propriedade Privada (aproximação ao estudo da estrutura e das cosequências das "leis-reserva" portadoras de vínculos ambientais*), Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDCA 57, 2001. Pag. 21.

[5] Expressão dada pelo ilustre professor Gomes Ganotilho quando nos ensina que o ambiente é uma dimensão fundamental do Estado, que depende da democracia, e isso porque a opção democrática vincula o Estado a certos princípios jurídicos próprios da ordem democrática. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 23-45

[6] Acerca do tema, o professor doutor José Joaquim Gomes Canotilho[6] leciona o seguinte: "Com a superação do Estado Liberal de Direito em sua forma clássica e com o advento do Estado do bem-estar social, houve o redimensionamento da importância dos direitos fundamentais, enfatizando sua concepção multifuncional. Superou-se, assim, a noção de que os direitos fundamentais serviriam unicamente à defesa do individuo contra o Estado; reconhecendo-se que os direitos fundamentais, alem disso, servem à proteção e à materialidade de bens considerados importantes para a comunidade." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito constitucional ambiental. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 192 e 193

[7] LEMOS, Patrícia Faga Iglesias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pág. 95.

[8] Definição de direitos difusos por Ada Pellegrini em :GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos: a tutela dos interesses difusos*. Max Limonad, 1984.

de degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, dando ao Estado o direito de nas relações com o ambiente para protegê-lo e defendê-lo.

3. A propriedade perante os valores ambientais

A configuração constitucional de um *Estado de Direito Ambiental* cometeu ao Estado um conjunto de tarefas, desafiando-lhe a idealizar os meios mais aptos para a realização eficiente da finalidade ecológica proposta. No entanto, a proteção da natureza e o dever da promoção do equilíbrio ecológico, ou seja, a prossecução de uma teleologia político-ambiental, implica a colisão com outros valores também tutelados pela Constituição, como é o caso do direito fundamental à propriedade privada.

Patrícia Lemos[9] ensina que *"a proteção da água, do solo, da fauna, da flora não busca a proteção do elemento em si, mas sim como um elemento indispensável para a proteção do meio ambiente como bem imaterial*." Não se desconsidera a proteção do elemento em sua individualidade, mas se ressalta o elemento como componente de uma imensa cadeia: o meio ambiente. A autora ressalta que o meio ambiente não configura um bem corpóreo. Não é um conjunto de bens formado pelas águas, solo, etc., mas o conjunto de relações e interações que condiciona a vida, por isso é incorpóreo e imaterial.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, no artigo 66º, dispõe que é dever de "*todos" a defesa do ambiente*". Ora, a partir deste momento se reconhece a possibilidade de introduzir obrigações ao titular do direito de propriedade, surge um direito de preservação da coisa, que passa a ser superior ao direito de propriedade. Neste sentido, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e sadio passa a fazer parte dos interesses difusos e se sobrepõe à vontade do particular.

O proprietário de um bem imóvel, ao se apropriar de um território que engloba riquezas naturais, deve assumir a responsabilidade de preservação junto a sociedade, na forma do artigo 66º da lei maior. Assim, os particulares podem apropria-se de determinados elementos corpóreos que compõem o meio ambiente, como uma área de preservação ambiental, desde que obedeçam aos limites e critérios da lei. O que ocorre nestas situações é que o conteúdo do direito de propriedade será individual em relação ao proprietário, mas também social em relação aos titulares do interesse difuso. Desta forma, o proprietário de um bem imóvel pode ser obrigado a deixar de realizar determinadas funções contrárias aos interesses social e ambiental ou também pode ser compelido à obrigação de fazer consistente no adequado aproveitamento do bem, além do dever de minimizar danos causados ao bem, sob pena de responsabilização.

[9] LEMOS, Patrícia Faga Iglesias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, obra citada, pág. 98.

4. O dano ao ambiente, ato iícito e abuso de direito

Reza o artigo 483º, nº 1 do Código Civil português que "*aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação" e o artigo 485, nº 2 que "as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido*". A partir destes dispositivos temos que o dano pode ser causado a partir de uma conduta comissiva ou omissiva

A percepção do dano, para o ser humano, está associada a uma perda[10] e, do ponto de vista jurídico, dano[11] é qualquer lesão injusta a valores protegidos pelo direito[12], sendo certo que quem causar prejuízo a outrem tem o dever de repará-lo. A importância da apreciação do dano está no fato deste ser um dos pressupostos da responsabilidade civil. No caso do dano ao ambiente, temos que a ação de fenômenos naturais como terremotos, furacões e mesmo tempestades também podem causar danos, mas este trabalho limita-se à atividade do ser humano que causa dano ao ambiente e à terceiros.

O dano ambiental, conforme definição de Édis Milaré, consiste na lesão aos recursos ambientais e a consequente degradação-alteração adversa do equilíbrio ecológico e da qualidade ambiental[13], ou, como afirma José Rubens Morato Leite o dano ambiental é toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não), *"diretamente como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente a terceiros tendo em vista interesses próprios individualizáveis e que refletem o macrobem*"[14]. Por ser o direito ao ambiente sadio um direito difuso e transindividual, como dito anteriormente, o dano ao ambiente também

---

[10] MACHADO, Jeanne da Silva. **A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 39

[11] De acordo com Plácido e Silva,"Dano - Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo o mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, dano é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial" SILVA, De Placido. **Vocabulário jurídico.** São Paulo: Forense, v. II, D-I, 1973, p. 472.

[12] LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2007, pag. 55

[13] MILARÉ, Edis.*Direito Ambiental*.São Paulo: RT, 2001.p.421-422

[14] LEITE, Jose Rubens Morato.*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*.São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.p56

é concebido como uma lesão ao interesse difuso. Para Patrícia Lemos[15], não há dano ambiental que não atinja o ambiente como interesse difuso e, por isso, o dano ambiental configura o que ela chama de "dano social".

Importante destacar que o dano ao ambiente somente se configura a partir do alcance de determinado limite de impacto, ou seja, existe o dano somente depois de atingido o limite de tolerabilidade, pois, diante de qualquer atividade humana existe a tolerância espontânea do ambiente até um limite de agressão, sendo certo que este limite deve ser aferido mediante análises técnicas.

Por outro lado, convém lembrar que não se deve confundir o ato ilícito com o dano ambiental. Conforme mostrado anteriormente, o artigo 483° do Código Civil nos revela duas variantes de atitudes de caráter ilícito: a) violação de um direito de outrem e b) violação da lei que protege direitos alheios. O ato ilícito configura-se como aquele contrário ao direito, mas nem todo ato ilícito gera dano.

Neste estudo tratamos da responsabilidade do proprietário diante dos ambiente e por isso é relevante entender o papel do abuso de direito de propriedade no dano ao ambiente. O Código Civil também veda o abuso de direito no artigo 334°. Há abuso de direito sempre que o titular o exerce com manifesto excesso dos limites impostos pela boa fé ou pelo fim social desses direitos, tratando de uma violação ao direito de outrem ou de uma ofensa a uma norma tuteladora, de um interesse alheio, mas no exercício anormal do direito próprio. Assim, Antunes Varela[16] afirma que a função social da propriedade está presente na forma pela qual a lei define o conteúdo do domínio e também na noção legal do abuso de direito.

Impende deixar claro que a ideia deste trabalho não é discutir o dano causado ao bem público ou ao bem privado, mas àquele bem de titularidade difusa, qual seja, o ambiente.

a) As diversas formas de dano ao ambiente

O dano ambiental pode afetar o interesse da coletividade tanto quanto seus efeitos podem ter reflexo na esfera individual, o que autoriza o indivíduo a exigir a reparação do dano. Desta forma, o dano ambiental tem duas facetas: a) pode ser produzido ao bem público, neste caso, o titular é a coletividade ou b) o dano é sofrido por particular enquanto titular do direito fundamental.

O preâmbulo da lei portuguesa que dispõe sobre o Regime de Prevenção e Reparação do Dano Ecológico (Decreto-Lei 147/2008) esclarece que durante anos a

[15] LEMOS, Patrícia Faga Iglesias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário*, obra citada, pág. 105

[16] VARELA, João de Matos Antunes. *Do projecto ao Código Civil.* Lisboa: Imprensa Nacional, 1967. p. 45.

problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas, ou seja, a preocupação era com a reparação dos danos sofridos por pessoas nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais subsequentes às perturbações ambientais. No mesmo citado dispositivo legal é afirmado que, com a progressiva consolidação do Estado de Direito Ambiental, ficou determinada a autonomização de um novo conceito de danos causados à natureza em si, ao patrimônio natural e aos fundamentos naturais da vida e a esta realidade foram atribuídas designações nem sempre coincidentes, quais sejam: dano ecológico puro; dano ecológico propriamente dito, danos causados ao ambiente e danos no ambiente.

A doutrina portuguesa distingue dano ambiental de dano ecológico, sendo esta distinção de grande relevância. Quanto ao primeiro, a sua definição encontra-se nos incisos do artigo 11º/1/e) do citado Decreto-Lei 147/2008, e, em relação ao dano ecológico, este é definido no na alínea d) do mesmo dispositivo legal, onde é estabelecido ser dano ecológico "*a alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural que ocorram direta ou indiretamente*".

Ainda de acordo com o preâmbulo do citado diploma legal, existe um dano ecológico "*quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado-dever de um componente do ambiente é alterado negativamente*"[17]. Já para o professor Gomes Canotilho[18], deve reconhecer-se que não é ainda claro nem rigoroso o conceito de danos ecológicos, esclarecendo o autor que as dúvidas resultam no entendimento de que o objeto do dano é o critério orientador, levando a entender que há dano ecológico quando existe uma agressão aos bens naturais (água, terra, luz, clima) bem como às relações recíprocas entre eles. Neste contexto, agressão ambiental seria, para o autor, a alteração, causada pelo homem, das qualidades físicas, químicas ou biológicas dos elementos constitutivos do ambiente e, por outro lado, os danos ecológicos também podem ser entendidos como aqueles danos insuscetíveis de avaliação monetária que não constituiriam lesões de valor patrimonial mas sim, violação de interesses de proteção da natureza.

No seguimento da proteção autônoma dos bens ambientais, surgiu a necessidade de autonomizar os prejuízos causados ao próprio ambiente dos prejuízos causados ao homem para que, assim, pudesse se dar a responsabilização decorrente dos prejuízos causados ao ambiente. Assim, surge como fundamental o princípio da responsabilização, que está explicitado no artigo 3º, alínea f) da Lei de Bases do Ambiente portuguesa (Lei nº 19/2014).e "*que obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente,*

[17] Definição dada por ARCHER, António Barreto. **Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil**. Almedina, Coimbra, 2009, p. 21.

[18] GOMES CANOTILHO, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – VOL. LXIX, Coimbra, 1993, p. 13

com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização nos termos da lei".

5. A responsabilidade civil por danos ambientais

De acordo com o que nos ensina José Sendim[19], numa fase inicial, a construção do Estado de Direito Ambiental teve como base mecanismos de prevenção e controle e, neste contexto, os principais problemas jurídico-ambientais diziam respeito a um sistema jurídico que assegurasse a conservação da qualidade do ambiente e evitasse a ocorrência de dano, tudo isso em razão do princípio da prevenção. Entretanto, esse sistema não se preocupava com a reparação dos prejuízos resultantes da perturbação do ambiente. A (pelo menos por ora) inexistência de consequências jurídicas da responsabilidade civil preventiva decorre da estreita ligação entre responsabilidade e dano (certo, ainda que futuro), não obstando que, no plano das sanções administrativas, existam atos que violem normas de proteção ambiental[20].

No seguimento da proteção autônoma dos bens ambientais, surgiu a necessidade de autonomizar os prejuízos causados ao próprio ambiente dos prejuízos causados ao homem para que, assim, pudesse se dar a responsabilização decorrente dos prejuízos causados ao ambiente. Assim, surge como fundamental o princípio da responsabilização, que está explicitado no artigo 3º, alínea f) da Lei de Bases do Ambiente portuguesa (Lei nº 19/2014).e "*que obriga à responsabilização de todos os que direta ou indiretamente, com dolo ou negligência, provoquem ameaças ou danos ao ambiente, cabendo ao Estado a aplicação das sanções devidas, não estando excluída a possibilidade de indemnização nos termos da lei*". Neste sentido, esclarece Jeanne Machado[21] que desde que se percebeu o prejuízo que determinadas ações poderiam causar, não à propriedade individual, mas ao equilíbrio de um sistema vivo, ao qual todos nós estamos integrados, o objeto da responsabilização em relação ao ambiente passou a ser analisado de uma forma mais abrangente.

A Constituição da República Portuguesa, no artigo 52º, nº 3, letra "a", institui que é conferido a todos o direito de requerer para o lesado ou os lesados, por meio de ação popular, "*a correspondente indenização, nomeadamente para a finalidade de vida e a*

---

[19] SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos***.** Almedina, Coimbra, 2002, p. 13.

[20] GOMES, Carla Amado. Responsabilidade Ambiental e Consumo Sustentável. *In Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, vol. 3 Tmo I, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2015, p. 3

[21] MACHADO, Jeanne da Silva. *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*, obra citada, pag. 83

preservação do ambiente e do patrimônio cultural." No Brasil, a responsabilização pelos dado causados ao ambiente está prevista no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, preceituando que, "*as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".*

O sistema de responsabilidade civil por danos ambientais, em Portugal, teve um grande avanço com a edição do Decreto-Lei 147/2008, que transpôs a Diretiva Europeia 2004/35/CE prevê tanto a responsabilidade civil ambiental subjetiva (artigo 8º), quanto a responsabilidade civil ambiental objetiva, (artigo 7º). Além disso, o artigo 3º deste Decreto-Lei estabelece que quando a atividade lesiva ao ambiente seja imputável a uma pessoa coletiva, as obrigações de reparação e indenização incidem, solidariamente, sobre os respectivos diretores, gerentes ou administradores.

a) A responsabilidade subjetiva

O artigo 8º do Decreto-Lei 147/2008 (Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais) estipula que "*quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via de lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa*". Tal disposição nos fornece um princípio geral de responsabilidade civil por danos ambientais, através da transcrição do disposto no artigo 483º, nº 1 do Código Civil. Segundo António Barreto Archer[22], a redação do artigo 8º do Decreto-Lei 147/2008 limita, porém, o âmbito de aplicação daquela norma geral do Código Civil, ao caso particular dos danos ambientais (que são definidos numa perspectiva lata), como se tratando de ofensas de direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental.

O artigo 13º do mesmo citado diploma, no tocante à responsabilidade subjetiva em razão dos danos causados ao ambiente, exclui os lesantes da estreita numeração de atividades do Anexo III, porém acrescenta um segmento que respeita aos bens sobre os quais os danos podem incidir. Assim, é imposta a responsabilização baseada na culpa de todos os sujeitos e entidades públicas e privadas, independentemente da atividade por quaisquer danos ecológicos, desde que compreendidos nas categorias enunciadas no artigo 11º/1/e).

b) A responsabilidade objetiva

Estipula o artigo 7º do Decreto-Lei 147/2008 que "*quem, em virtude do exercício de uma atividade económica enumerada no Anexo III daquele diploma legal, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa*

[22] ARCHER, António Barreto. *Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*. Almedina, Coimbra, 2009, p. 35

ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo". A responsabilidade civil objetiva independe do requisito culpa e resulta de uma ponderação dos interesses em jogo, pelo que só existe nas situações especificadas na lei, conforme estipula o artigo 483°, n° 2 do Código Civil.

Como a responsabilidade baseada somente na culpa não é capaz de resolver todos os problemas de danos causados por certas atividades, a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade baseada no risco, passou a ter um destaque. Jorge Sinde Monteiro[23] muito bem esclarece acerca da responsabilidade baseada no risco criado e sobre quem deve suportar os encargos quando diz que "*o fundamento da responsabilidade não reside agora na prática de um ato culposo, mas sim na criação ou controle de um risco, ou, talvez com mais rigor, de uma fonte de riscos ou de potenciais danos, aliado ao princípio de justiça distributiva segundo o qual quem tira o lucro em todo o caso beneficia-se de uma certa coisa ou atividade que constitui para terceiros uma fonte potencial de prejuízos, ou da atuação de outras pessoas que estão sob a sua direção,devendo suportar os correspondentes encargos*". A responsabilidade reside no perigo que a atividade traz para a sociedade, sendo certo lembrar que a obrigação originária do risco decorre de lei.

6. O nexo de causalidade na responsabilidade civil

O nexo de causalidade é determinante para a mais ampla reparação do dano ao ambiente. No entanto este assunto apresenta dificuldades diante das incertezas que dizem respeito aos processos que envolvem o ambiente. O artigo 5° do Decreto-Lei 147/2008 estipulou a regra para a apreciação do nexo de causalidade (regra válida tanto para a modalidade de responsabilidade objetiva quanto para a responsabilidade subjetiva) segundo a qual "*a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade de o fato danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concerto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, dos deveres de proteção*".

É sabido que a apreciação da prova do nexo de causalidade esbarra em muitos problemas e dai surgirem diversas teorias como a teoria da causalidade adequada, a teoria do escopo da norma jurídica violada, teoria dos danos direitos e imediatos, entre outras, mas todas elas assentadas na causalidade naturalística, que não se aplica no domínio ambiental. A imputação objetiva, no caso de dano ao ambiente, deve assentar na ideia de conexão do risco, ou seja, o fato é objetivamente imputável ao agente quando

[23] MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos Sobre a responsabilidade civil*. Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978, pag. 10.

este tiver criado ou aumentado o risco da verificação do resultado lesivo e esse risco se tiver materializado no resultado[24].

A prova do nexo de causalidade na questão ambiental é muito mais uma questão jurídica do que fática, sendo, na opinião de Patrícia Lemos[25], necessária uma teoria que justifique juridicamente a imputação da obrigação de reparar o dano, até porque essa obrigação também pode ser configurada em situação de ameaça de dano injusto, e não apenas quando o dano foi realmente causado. Ainda segundo a referenciada autora, quando se reconhece o direito ao ambiente como um direito de personalidade, como um direito fundamental do homem, as limitações ao pleno desenvolvimento da pessoa, decorrentes da má utilização dos componentes ambientais, são por si só causa de responsabilidade civil.

7. Conclusão

O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, considerado como um direito difuso, faz com que os poderes inerentes à propriedade privada sejam limitados quando se passa para a esfera do interesse coletivo, que, neste caso, é a proteção ambiental. Assim, sendo o proprietário participante do ambiente, suas condutas devem ser ecologicamente equilibradas e, caso sua omissão ou conduta inapropriada causar dano ao ambiente, o proprietário será passível de responsabilidade civil, desde que provado o nexo de causalidade, de acordo com o ordenamento jurídico português.

O desenvolvimento da sociedade e o crescimento tecnológico geraram uma complexidade nas relações interpessoais, sendo necessária a criação de mais proteção dessas relações, como é o caso da relação de propriedade com o direito difuso ao ambiente. Além disso, a ampliação das atividades industriais trouxeram um aumento de acidentes causadores de danos ao ambiente, transferindo o interesse privado dessas relações para o amparo do direito público, pois a questão do ambiente deixou de ser de interesse entre o responsável pelo dano e o lesado, e sim de toda a coletividade.

A partir do regime da responsabilidade por danos causados ao ambiente, percebemos uma preocupação com a qualidade de vida e com o desenvolvimento sustentável, sendo de fundamental importância a repreensão aos danos causados.

---

[24] OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *A prova do nexo de causalidade na lei de responsabilidade ambiental.* In **Actas do Colóquio - A responsabilidade civil por dano ambiental,** Lisboa, 2009, pág. 173 Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/icjp_ebook_responsabilidadecivilpordanoambiental_isbn2.pdf

[25] **LEMOS,** Patrícia Faga Iglecias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexo causal*, obra citada, pag. 144.

Referências

ARCHER, António Barreto. *Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*. Almedina, Coimbra, 2009

BRITO, Miguel Nogueira de, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Almedina, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito,* Gradiva, Lisboa, 1999.

- *Actos Autorizativos Jurídico Públicos e Responsabilidade por Danos Ambientais* In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – VOL. LXIX*, Coimbra, 1993

CANOTILHO, G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, 2007;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2007

CORREIA, Fernando Alves, *Manual de Direito do Urbanismo,* 4ª edição, volume 1, editora Almedina, 2012, pág. 364.

- *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Editora Almedina, 2001

FERNANDEZ, Maria Elizabeth, *Direito ao ambiente e propriedade privada: aproximação ao estudo da estrutura e das consequências das leis-reserva portadoras de vínculos ambientais*; Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, STVDIA IVRIDICA: Coimbra, 2001.

GOMES, Carla Amado. Responsabilidade Ambiental e Consumo Sustentável. *In Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, vol. 3 Tmo I, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos: a tutela dos interesses difusos*. Max Limonad, 1984

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2007

LEITE, Jose Rubens Morato.*Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*.São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias, *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexo causal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

MACHADO, Jeanne da Silva. *A Solidariedade na Responsabilidade Ambiental*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 39

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental*.São Paulo: RT, 2001

MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos Sobre a responsabilidade civil*. Publicação do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídicos Econômicos. Coimbra:

Universidade de Coimbra, 1978

NUNES JUNIOR, Amandinho Teixeira Nunes. O Estado Ambiental de Direito. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163. jul/set 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/996>.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *A prova do nexo de causalidade na lei de responsabilidade ambiental.* In Actas do Colóquio - A responsabilidade civil por dano ambiental**,** Lisboa, 2009, pág. 173 Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/icjp_ebook_responsabilidadecivilpordanoambiental_isbn2.pdf.

O BRASIL E OS REFUGIADOS DA SÍRIA: DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO

Renato Souza Dellova[1]
Thiago Visnadi[2]

Sumário: 1. Direitos Humanos e a História dos Refugiados; a) Panorama Geral; b) Os Direitos Humanos e sua Internacionalização; c) História dos Refugiados; 2. Refugiados Sírios no Brasil; 3. Conclusão

1. Direitos Humanos e a História dos Refugiados

a) Panorama Geral

A história não costuma ser registrada pontualmente em todos os seus acontecimentos e de forma clara desde o início. Logo, também não seria diferente no que tange aos refugiados, fazendo com que a comunidade internacional assuma uma data específica como marco inicial dos trabalhos que envolvam o Direito dos Refugiados, mas que por outro lado temos que outros acontecimentos anteriores também tiveram relevância.

Muito provavelmente o primeiro registro histórico de leis específicas e de modo de trato à respeitos de indivíduos oriundos de outras nações se encontre no Pentateuco bíblico.

Segundo Kramer (2010, p 262),

> "A fundamentação e a grande motivação da atitude de justiça, de direito, de respeito e de amor do israelita para com o estrangeiro, encontram-se na ação justa, misericordiosa, amorosa e libertadora do próprio Iavé: Pois Iahweh vosso Deus é o Deus dos deuses e o Senhor dos senhores, o Deus grande, o valente, o terrível, que não faz acepção de pessoas e não aceita suborno, o que faz justiça ao órfão e à viúva, e ama o estrangeiro, dando-lhe pão e roupa" (Dt 10,17-18)."

O povo Israelita recebeu ordenanças estritas dentro de sua Lei, de como deveria proceder com os estrangeiros, pessoas vindas de outras regiões e de outras culturas.

Outro fato que gerou, talvez, o direito mais conhecido e que possa ser o ponto de partida de normas que regulamentam relações entre outros povos, é o *"ius gentium"*

---

[1] Doutorando em Direito e Ciências Sociais na Universidad Nacional de Córdoba, Argentina - UNC; Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Pós-graduado em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Professor Universitário; Advogado.

[2] Acadêmico do Curso de Direito na Faculdade Padre Anchieta, UNIANCHIETA

instituído durante o Império Romano, na medida em que conquistava novas terras, se viu necessitado em estipular normas de convivência com os povos dominados.

Mais recentemente nos deparamos com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, como resposta aos horrores causados pela Segunda Guerra Mundial, a fim de promover internacionalmente a paz e salvar as futuras gerações.

O artigo 14º da declaração prevê que: "Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países".

Pela magnitude deste último relato e pela proposta alçada pela declaração, foi então que a comunidade internacional passou a direcionar seus esforços para que tais medidas fossem executadas e seu objetivo alcançado.

b) Os Direitos Humanos e sua Internacionalização

O Direito Internacional dos Refugiados é, por assim dizer, um braço que surgiu dos Direitos Humanos como necessidade para tratar estritamente os movimentos populacionais entre nações por motivos de perseguições políticas ou religiosas.

De acordo com Bobbio, é possível distinguir pelo menos três fases da internacionalização dos direitos humanos. A primeira fase descende das declarações encontradas nas obras filosóficas, as quais afirmam que o ser humano possui direitos inerentes à sua própria natureza, e que ninguém pode subtraí-los. Tal ideia foi posteriormente transcrita e elaborada pelo jusnaturalismo moderno através de John Locke.

> "Ainda que a hipótese do estado de natureza tenha sido abandonada, as primeiras palavras com as quais se abre a Declaração Universal dos Direitos do Homem conservam um claro eco de tal hipótese: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos." O que é uma maneira diferente de dizer que os homens são livres e iguais por natureza." (BOBBIO, 2014)

Porém, tal fase é puramente conteudista, conceitual, caracterizada principalmente na forma de proposta para futuros legisladores, ou seja, é uma fase de elucidação de ideias e conceitos, porém sem aplicação prática.

A segunda fase da internacionalização dos direitos humanos é justamente a passagem da teoria conteudista deixada pela primeira fase, para a prática. Segundo o autor, neste momento "a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade". (BOBBIO, 2014)

Tais direitos passam a ser protegidos e transcritos em forma de lei, como por exemplo, as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa, mas são válidos somente pela nação que os acolhe.

A terceira e última fase se dá justamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, afirmando ao mesmo tempo, a universalidade – no sentido dos destinatários, ou seja, toda a humanidade – e o direito positivado – no sentido de que

põe em movimento um processo que resulte na efetiva proteção de tais direitos –.

> "A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais." (BOBBIO, 2014).

Soares comenta que uma implicação surgiu da internacionalização dos direitos humanos, qual seja a necessidade de acrescer ao Direito Internacional dos Direitos do Homem, que se voltava para a proteção humana em tempos de paz, novas tendências protetivas à pessoa humana em situações especiais. (SOARES, 2012)

Dellova afirma que, consoante ao já exposto, o "reconhecimento dos direitos humanos como elementos constitutivos da ordem internacional fizeram com que houvesse uma atenção humanitária maior..." (DELLOVA, 2015), característico da fase em questão.

O Direito Internacional Humanitário surge para regimentar a proteção de pessoas em situações de conflitos bélicos, e o Direito Internacional dos Refugiados cria uma forma protetiva para pessoas perseguidas dentro de seus países de origem, e que por tal motivo são obrigadas a buscar refúgio em outra nação.

Embora a Declaração de 1948 represente o fim das três fases de internacionalização dos direitos humanos, é somente o ponto de partida de um longo processo.

c) História dos Refugiados

Atualmente podemos analisar os movimentos populacionais forçados que sempre existiram e classificá-los dentro da esfera de estudo e análise do tema que cerca os refugiados.

Entretanto, somente em 1685 na França, surge o reconhecimento dos considerados verdadeiros primeiros refugiados, chamados de *"Huguenotes"* (BARNETT, 2002). *"Huguenotes",* que pode ser traduzido do francês por "confederados" (ao protestantismo) ou uma referência depreciativa ao local de culto dos reformadores, foi o nome dado aos protestantes franceses durante as guerras religiosas vivida no continente Europeu, devido ao movimento da Reforma Protestante no século XVI, que fez surgir asilados de praticamente todos os países europeus (ANDRADE, 1996).

> "King Louis XIV provoked this flight by revoking the Edict of Nantes, a proclamation issued by Henry IV in 1598 tolerating religious minorities under Catholic rule. With the revocation of the Edict of Nantes came royal decrees against immigration and harsh punishments for those who attempted escape; yet 200,000 Huguenots still managed to flee France to the Netherlands, Switzerland, England, Germany, Denmark, and the United States" (BARNETT, 2002, p 239).

Segundo Barnett este número representou um quinto do número total de *"huguenotes"*, e aproximadamente um por cento da população francesa da época. (BARNETT, 2002)

Em meio à estes acontecimentos, o Tratado de Vestfália de 1648 elaborado para por fim à Guerra dos 30 anos, e que conquistou o *status* de fundador do sistema político de Estados Soberanos, ainda buscava a pacificação dos conflitos religiosos na Europa, assim como dos primeiros refugiados por consequência (MOITA, 2012).

Este pode ser considerado o primeiro período significativo para a história dos refugiados, não somente pelos primeiros registros, mas também pelos acontecimentos sucessores, tais como a Revolução Francesa de 1789 e o *"Concert of Europe"* em 1815.

Segue-se então o segundo período significativo para tal história de acordo com Barnett, onde durante a Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918), mais precisamente em 1917 é criada a Liga das Nações (*"League of Nations"*), que trouxe consigo o desenvolvimento da política para os refugiados, para combater a Revolução Russa, também de 1917, que forçou não somente a saída de milhões de pessoas da Rússia, dentre estes 350.000 judeus, como também causou movimentos contínuos internos no país, onde russos se dirigiram para o interior sem passagem por fronteiras, estimados em 3.000.000 (ANDRADE, 1996).

Segundo Andrade, "O aumento dos refugiados no período pós-guerra foi acompanhado por dificuldade de toda ordem – políticas, econômicas e sociais –, o que fez se tornar mais e mais complexo providenciar um estatuto jurídico adequado que normatizasse a situação". (ANDRADE, 1996, p. 22)

A Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945) muito provavelmente foi o pior dos marcos históricos da vida humana, e pode ser classificado o terceiro período significativo para a história dos refugiados.

Com o fim da guerra, 30 milhões de pessoas se encontravam em estado de abandono total, incluindo mais de 12 milhões de etnias alemãs que haviam sido expulsas da então União Soviética (BARNETT, 2002).

A Liga das Nações havia sido desfeita, e a Europa se encontrava com 1.5 milhões de refugiados. Em meio a tantas tentativas de resolver tais problemas, em 1951 é estabelecido o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

O ACNUR, órgão responsável pela proteção e ajuda dos refugiados, em 1951 e nos anos seguintes colaborou com a definição do termo refugiado, com protocolos, convenções, tratados e resoluções específicas à respeito do assunto, consolidando-se com o tempo.

Outros acontecimentos ainda cabem ser lembrados, embora menores se comparados aos anteriores citados, mas que continuam sendo significativos para a história dos refugiados, tais como a crise de 1956 na Hungria, a repressão soviética contra

a República Tcheca em 1968, o aumento exponencial de refugiados nos anos de 1970, o fim da Guerra Fria em 1991 e seus reflexos no mundo e, a Guerra Civil da Síria que é o foco deste trabalho.

Embora maior detalhamento à frente, mister se faz relatar que a Guerra Civil da Síria entrou no ano de 2017, no sétimo ano de guerra. Iniciada em março de 2011, após a prisão, tortura e morte de jovens participantes de protestos pró-democracia em contra-posição à ditadura imposta pelo presidente *Bashar al-Assad* (ROGERS et al, 2016).

Conforme Rogers, tais conflitos políticos ganharam proporções maiores com a entrada de grupos religiosos radicais e extremistas e se tornaram uma guerra civil generalizada, forçando mais de 4,5 milhões de pessoas a sair da Síria em busca de refúgio, seja por perseguição política, seja por perseguição religiosa ou seja puramente por todos terem se tornado alvos dessa guerra.

2. Refugiados Sírios no Brasil

A relação do Estado Brasileiro no acolhimento de refugiados sírios, ou de qualquer outra nacionalidade, para fins de continuar a demonstrar a magnitude e o alcance global da guerra civil da Síria, mister se faz relatar que mesmo em países de outros continentes, separados por distâncias colossais, são locais de busca por refúgio por parte da população síria.

Segundo Jubilut, desde a década de 50, o Brasil encontra-se enredado com a proteção dos refugiados através da ratificação e recepção em seu ordenamento jurídico da Convenção de 51 e do Protocolo de 67, e ainda, desde 1958 integra o Conselho Executivo do ACNUR. (JUBILUT, 2007)

Porém, ainda subscreve a mesma autora que, somente em 1970 é que o Brasil adotou uma política efetiva sobre o acolhimento de refugiados em seu território, ou seja, 20 anos de inatividade.

Após um início ocioso e de pouca manifestação acerca do auxílio na proteção dos refugiados, o Brasil, mesmo que a passos curtos, começou a desenvolver uma política protetiva e acolhedora mais eficaz sobre o assunto, além de criar institutos jurídicos internos que pudessem auxiliar na resolução de tais demandas.

A Lei 9.474 de 1997 refere-se ao projeto de lei sobre o Estatuto Jurídico do Refugiado que foi promulgado e, se tornou o marco da legislação nacional sobre o tema dos refugiados e de sua respectiva proteção (JUBILUT, 2007).

Tal Lei, qual seja, 9.474 de 1997, por causa do novo quadro mundial de refugiados provenientes das guerras ocorridas na região do Oriente Médio e da necessidade de aprimorar os aspectos jurídicos e humanitários no acolhimento de refugiados, fez com que a Lei 13.445, de 24 de Maio de 2017 – Lei de Migração do Brasil – fosse proposta, votada e aprovada, mesmo com grande quantidade de vetos, ampliando ainda mais a

qualidade receptiva e protetiva de refugiados por parte do Estado Brasileiro.

Segundo Soares, através de dados obtidos pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), em abril de 2011, o Brasil contava com um total de 4.401 refugiados vindos de 77 nacionalidades distintas, sendo a grande maioria reconhecida pelos meios tradicionais de elegibilidade, e uma pequena porção pelo Programa de Reassentamento. (SOARES, 2012)

O mesmo Comitê (CONARE) apresenta novos dados referentes até abril de 2016, com aumento de 127% no número total de refugiados reconhecidos, atingindo um número próximo de 8.863 refugiados de 79 nacionalidades diferentes.

Especificamente em se tratando de refugiados sírios, o site do Ministério das Relações Exteriores, em sua nota "Parceria entre Brasil e ACNUR para concessão de vistos a pessoas afetadas pelo conflito na Síria" de 2017, afirma que a população síria representa o maior grupo de refugiados em território nacional, com aproximadamente 2.097 pessoas, e que provavelmente deve aumentar tendo em vista a assinatura de um documento de cooperação, entre o Brasil e o ACNUR, no processo de concessão de visto, para que as pessoas afetadas pela guerra da Síria possam receber auxílio devido.

Mais uma vez, é preciso aqui ressaltar as proporções mundiais que o conflito na Síria tem tomado, assim como as consequências desta guerra na vida de sua população, da quantidade de pessoas em busca de refúgio e da dimensão do alcance desses refugiados que atravessam o globo de um lado a outro em busca de refúgio.

Por fim, mister se faz apontar duas notícias que se encontram nas páginas virtuais, na internet, das Organizações das Nações Unidas no Brasil, sobre a guerra da Síria, que reafirmam as asseverações já feitas no tópico anterior, porém, agora, através da voz do presidente da Comissão Independente de Inquérito da ONU sobre a Síria, o brasileiro Paulo Sérgio Pinheiro.

Intituladas de: "Governo e rebeldes cometeram crimes de guerra na batalha de Alepo, aponta comissão da ONU" e "Crimes de guerra continuam ocorrendo na Síria, alerta presidente de comissão da ONU", ambas de 2017 e com diferença de dois meses, estas apresentam de forma clara a situação da guerra da Síria e do envolvimento na busca por solução por parte da entidade brasileira da ONU.

A primeira notícia, baseada no relatório da Comissão Independente de Inquérito da ONU sobre a Síria, além de reportar sobre veto de resolução de armas químicas por parte da Rússia e China, apresenta dados de alguns crimes de guerra registrados no relatório, realizados por ambas as partes (Governo e rebeldes), como por exemplo, os ataques aéreos a todas as instalações médicas e o ataque a um comboio humanitário da ONU, em ambos os casos impedindo totalmente a sua função e, por fim, afetando todos os demais civis que seriam socorridos por estes.

Além disso, o relatório demonstra que armas proibidas pelo próprio direito internacional foram utilizadas entre as partes da guerra e contra todos os demais seres

vivos dali. Bombas de cloro, gás sarin, explosivos de fragmentação, alvejamento de civis para impedir que estes fujam e usá-los como escudos, são alguns exemplos da crueldade estampada na guerra.

Já a segunda notícia, que também usa o mesmo relatório como documento basilar argumentativa, faz algumas menções às práticas abusivas e lesivas das partes que compõem a guerra, porém, direcionando a atenção para o desrespeito e ferimento dos direitos humanos.

Segundo Paulo Sérgio Pinheiro, "as duas partes no conflito não respeitam os direitos humanos da população civil", ou seja, as partes buscam prevalecer e satisfazer seus próprios interesses.

O brasileiro ainda lembra as inúmeras tentativas de cessar-fogo ao longo dos seis anos de guerra e que não obtiveram sucesso, mas que agora perpassa por nova situação, pois Turquia, Irã e Rússia apadrinham um novo plano, apoiado pela ONU e com anuência implícita dos EUA, para por fim à guerra em algumas zonas do país, usando isso como ignição para alçar patamares maiores.

Finalmente, o presidente da Comissão Independente de Inquérito da ONU sobre a Síria, Paulo Sérgio Pinheiro, afirma que "por enquanto tampouco há perspectivas de que os crimes de guerra cometidos na Síria serão julgados. Somente o Conselho de Segurança poderia levar a Síria ao Tribunal Penal Internacional (TPI), pois o país não faz parte do tratado que criou o TPI".

O que há na verdade é uma Comissão Independente Internacional de Investigação da Síria, estabelecida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, que tem a prerrogativa de preparar arquivos que facilitem os procedimentos criminais independentes e justos, dentro do liame dos padrões das leis internacionais, presente em cortes ou tribunais nacionais, regionais ou internacionais que tenham ou venham a ter jurisdição para tamanho feito criminoso, de acordo com a lei internacional.

Felizmente, o Brasil avança no sentido de recepção de refugiados e discute melhores políticas para tanto.

3. Conclusão

Como foi possível constatar no decorrer deste trabalho, porém não exaurido, a temática envolvendo o grupo populacional chamado de "refugiados" parece ser na verdade uma repetição cíclica da história.

A sempre presente dificuldade do ser humano em viver e conviver pacificamente entre si com seus diferentes, quando há necessidade de lidar com tais diferenças no campo religioso, político ou cultural.

Essa mesma diferença se encontra não somente em pequenos núcleos individuais, ao tratarmos da subjetividade de cada um, mas ela também está presente

em pequenos grupos de indivíduos, assim como em níveis maiores, até alçar o status de Nação, com todas as suas características e objetividades, mas que na verdade continua com as mesmas intempéries que cada unidade singular de seus nacionais possui.

E na tentativa de amenizar tamanhas contradições, especificamente no que tange aos refugiados, surgem novas leis nos mais diferentes ramos do direito (humano, constitucional, internacional, civil, penal).

Porém, todas essas inovações continuam constantemente a repetir os acontecimentos passados, simplesmente alterando para uma nova roupagem, ou seja, qual o grupo de refugiados em questão e em qual região global se encontra o conflito a ser solucionado.

Importante considerar, não somente uma eventual falta de espaço físico geográfico, ou mesmo por falta de capacidade financeira dos países alvo dos refugiados em construir antecipadamente moradias para estes, vemos que tais países muitas vezes não dispõem de locais prontos para receber refugiados, tendo que constantemente realoca-los, quando conseguem encontrar refúgio, ou, o que acontece na maioria das vezes, são montados acampamentos (favelas) sem o mínimo de condição de subsistência.

Todavia, é indispensável para a aplicação e o cumprimento deste tipo de ordenamento legal, o efetivo envolvimento de Estados Democráticos em políticas públicas e o investimento prévio, assim como captação de recursos direcionados especificamente para este propósito, ou seja, é necessário pensar e atuar no liame dos direitos humanos.

Referências

ACNUR. O mundo não deve dar as costas à crise de refugiados da Síria. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/o-mundo-nao-deve-dar-as-costas-a-crise-de-refugiados-da-siria/ - de 20/10/2017. Acesso em 22/10/2017.

ANDRADE, José H. Fischel de. Direito Internacional dos Refugiados. Evolução Histórica (1921-1952). Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1996.

ANDRADE, José H. Fischel de. A Política de Proteção a Refugiados das Nações Unidas – Sua Gênese no Período Pós-Guerra (1946-1952). Tese de Doutorado. Brasília, 2006.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Direitos Humanos e Não-Violência. São Paulo, SP: Ed Atlas S.A, 2001.

BARBOSA, Fernanda. Primavera de Praga foi movimento para “humanizar” o comunismo. Reportagem Jornal Folha de São Paulo Online. 30/04/2008. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u396937.shtml - Acesso em 03/11/2017

BARNETT, Laura. Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime. Oxford, UK: International Journal of Refugee Law. Vol. 14. Nº. 2/3, 2002.

BATISTA, Vanessa Oliveira. União Européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

Bíblia de Estudo MacArthur. Barueri, SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7ª Tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL. Estatuto do Estrangeiro: Regulamentação e Legislação Correlata. 2ª ed. Brasília. Senado Federal, Coordenação de Edição Técnicas, 2013.

BRASIL. LEI nº 13.445, de 24 de Maio de 2017 – Lei de Migração do Brasil

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Parceria entre Brasil e ACNUR para concessão de vistos a pessoas afetadas pelo conflito na Síria. 2017 – disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/component/tags/tag/refugiados - Acesso em 07/12/2017.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria Geral do Direito: o Construtivismo Lógico-Semântico. Tese de Doutorado. Pontífica Universidade Católica de São Paulo. 2009.

Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas. 1954.

Convention Relating to the International Status of Refugee. 1933. League of Nations, Treaty Series. Vol. CLIX. Nº 3663.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951

Declaração Universal dos Direitos do Homem. 1948.

DELLOVA, Renato Souza. Autodeterminação dos Povos. Direito Internacional e Reconhecimento ao Relativismo Cultural. Belo Horizonte. Arraes Editores. 2015.

DRAKE, Matt. 'Refugee Welcome' New Calais migrant camp built nine months after Jungle demolished. 2017 – disponível em: https://www.express.co.uk/news/world/837742/new-calais-migrant-camp-jungle-france-gerard-colomb-natacha-bouchart-refugee - acesso em 27/12/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Law Library of Congress. Refugee Law and Policy in Selected Countries. Março. 2016.

EUROPEAN COMISSION. The Common European Asylum System (CEAS). 2015.

EUROPEAN PARLIAMENT. Addressing Migration in the European Union. Selected publications by the European Parliamentary Research Service. Fevereiro. 2017.

EUROPEAN PARLIAMENT. Current Challenges for International Refugee Law, with a

focus on EU Polices and EU co-operation with the UNHCR. Dezembro. 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A. 2013.

FURTADO, Gabriela et al. A Guerra Civil Síria, o Oriente Médio e o Sistema Internacional. Série Conflitos Internacionais. V. 1, nº 6. Dezembro. 2014.

JASTRAM, Kate & ACHIRON, Marilyn. *Refugee Protection: A Guide of International Refugee Law*. Inter-Parliamentary Union 2001.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e a sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ed. Método. São Paulo. 2007

KRAMER, Pedro. Estrangeiro, Órfão e Viúva na Legislação Deuteronômica. Programa de uma sociedade igualitária, de solidariedade e de partilha. Rev. Inter. Mob. Hum. Brasília, Ano XVIII, nº 35, p. 247-264, jul/dez. 2010.

LABMAN, Shauna. Looking Back, Moving Forward: The History and Future of Refugee Protection. Columbia British University, UK. 10 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 2010

MOITA, Luís. Uma Releitura Crítica do Consenso em torno do "Sistema Vestefaliano". JANUS.NET e-journal of International Relations, Vol. 3, Nº 2, p 17-43, Novembro 2012.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova Lei Brasileira de Migração: avanços, desafios e ameaças. Rev. Bras. Est. Pop. Belo Horizonte, v. 34, n.1, p. 171-179, jan/abr, 2017.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. Crimes de guerra continuam ocorrendo na Síria, alerta presidente da comissão da ONU. Publicado em 17/05/2017 – Disponível em: https://nacoesunidas.org/crimes-de-guerra-continuam-ocorrendo-na-siria-alerta-presidente-de-comissao-da-onu/ - Acesso em 01/03/2018.

ONUBR. Nações Unidas no Brasil. Governo e rebeldes cometeram crimes de guerra na batalha de Alepo, aponta comissão da ONU. Publicado em 01/03/2017 – Disponível em: https://nacoesunidas.org/governo-e-rebeldes-cometeram-crimes-de-guerra-na-batalha-de-alepo-aponta-comissao-da-onu/ - Acesso em 01/03/2018.

PEREIRA, Francisco José de Andrade. Deportação, expulsão e extradição: diferenças e semelhanças. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 175. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1217> Acesso em: 14/06/2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 3ª Ed Atualizada: Max Limonad. 1997.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Salvador, BA: Ed JusPODIVM, 2009.

PREVIDELLI, Amanda. Os 13 maiores campos de refugiado do mundo. 13 de setembro de 2016. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mundo/os-13-maiores-campos-de-refugiados-do-mundo/# - Acesso em 27/12/2017.

Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados.

ROGERS, Lucy et al. Syria: The Story of the Conflict. 11 de março de 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-middle-east-26116868 - Acesso em 08/04/17.

SOARES, Carina de Oliveira. O Direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise da Efetividade da Proteção Nacional. Dissertação de Mestrado. Maceió. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Amsterdam. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Novembro. 1997.

UNHCR Global Appeal 2017 Update. P. 75-81. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado que Institui a Comunidade Europeia. Jornal Oficial da União Europeia. Dezembro. 2006.

VISENTINI, Paula Fagundes et al. O Verão Árabe: guerra civil e intervenção internacional na Líbia, Síria e Iêmen. Ciência & Letras, Porto Alegre, nº 51, p. 57-79, jan/jun. 2012.

ESTATÍSTICAS. Disponível em: www.acnur.org – Acesso em 06/09/2016.

ESTATÍSTICAS. Disponível em: data.unhcr.org – Acesso em 18/09/2016.

https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt - Acesso em 14/12/2017.

DA IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO LEGISLAR: DA CRIAÇÃO DE NORMAS SOBRE PRESCRIÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Wallace Martins do Carmo Dutra[1]
Murilo Couto Lacerda[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Da Prescrição; a) Prescrição: conceito, objeto e requisitos; b) Análise da prescrição como pena e a necessidade de aplicação do princípio da reserva legal; c) Das causas impeditivas ou suspensivas da prescrição; d) Das causas interruptivas da prescrição; 3. Conclusão

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da não ocorrência de interrupção da prescrição pela citação válida, nos processos extintos sem resolução do mérito, em decorrência do abandono da causa (art. 485, inciso III, da Lei nº 13.105q2015 – Código de Processo Civil).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça será analisado em contraposição Cláusula Pétrea da Separação dos Poderes (art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como, sendo observadas as regras inerentes ao instituto da prescrição, dispostas nos arts. 189 a 206 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil).

A partir disso, surge o presente questionamento: o Superior Tribunal de Justiça pode criar regras não previstas no Ordenamento Jurídico acerca da prescrição?

Sendo assim, surge a hipótese de que as decisões contrárias ao Ordenamento Jurídico proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça podem causar latente insegurança jurídica, bem como, violar os direitos e garantias fundamentais da separação e harmonia entre os Poderes.

A metodologia aplicada será a bibliográfica e análise de casos de julgados dos tribunais superiores.

Para alcançar o objetivo do presente estudo será abordada, no segundo capítulo, a origem da prescrição; no terceiro capítulo serão estudas as regras inerentes à prescrição, sendo ela analisada como uma espécie de pena (punição).

---

[1] Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio, graduado em Direito pela IESRIVER e advogado. carmo.wallace@hotmail.com

[2] Doutorando em Direito pela UNICEUB, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO, advogado, professor de Direito Processual Civil na UniRV e na IESRIVER. coutolacerda@hotmail.com

Ao final, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça será analisado de forma pormenorizada, sendo que o presente estudo investigará as origens desse entendimento e demonstrará que o mesmo contrapõe as normas já positivadas acerca da prescrição, bem como, desvirtua a finalidade do Estado ao promover insegurança jurídica nas relações interpessoais.

2. Da prescrição

A palavra prescrição tem origem[3] no vocábulo do latim *praescriptio*, que é uma derivação do verbo *praescribere*, este formado por *prae* e *scribere*; significando, respectivamente, escrever antes ou no início.

Sendo assim, o pretor, antes de analisar o mérito da pretensão que lhe era trazida ele fazia um "estudo introdutório" da causa, observando se ela tinha sido exercida no seu prazo legal, no qual surgiu a "acepção tradicional de extinção da ação pela expiração do seu prazo de duração" (CÂMARA LEAL, 1978, p. 3 apud VENOSA, 2015, p. 598).

Portanto, a origem da prescrição ocorreu no Direito Romano, como um pressuposto para o exercício de ação, impedindo que as ações perpétuas criassem insegurança jurídica entre os cidadãos romanos. Ressalta-se que, desde aqueles tempos, já era observada a importância desse instituto como um meio de pacificação social e de estabilidade das relações jurídicas.

a) Prescrição: conceito, objeto e requisitos

A prescrição pode ser conceituada como a perca da exigibilidade judicial de um direito, bem como da sua capacidade defensiva, em consequência da inércia do titular, durante o tempo determinado pela lei. Nessa linha de pensamento está o conceito do autor do Código Civil de 1916, Beviláqua (1980 apud VENOSA, 2015, p. 599) no qual temos a honra de transcrever; "prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo".

A dívida prescrita é uma espécie de obrigação natural, ou seja, uma obrigação desprovida de ação, mas, contudo, se houver o seu pagamento este se reputará válido, nos termos do artigo 882 do Código Civil de 2002. "Na obrigação natural tem-se um *vinculum solius aequitatis*, sem *obligatio*, em que o credor não possui o direito de ação

[3] Quando o pretor foi investido pela lei Aebutia, no ano de 520 de Roma, do poder de criar ações não previstas no direito honorário, introduziu o uso de fixar prazo para sua duração, dando origem, assim, às chamadas *ações temporárias*, em contraposição com as ações de direito quiritário que eram *perpétuas*. Ao estabelecer que a ação era temporária, fazia o pretor precedê-la de parte introdutória chamada *praescriptio*, porque era escrita no começo da fórmula (CÂMARA LEAL, 1978, p. 3 apud VENOSA, 2015, p. 598).

para compelir o devedor a cumpri-la" (DINIZ, 2015, p. 71).

Portanto, para a configuração da prescrição é necessário a ocorrência do elemento objetivo (transcurso do tempo), sendo que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 733), apontam um elemento subjetivo que é a *inércia do titular de determinada relação jurídica*.

b) Análise da prescrição como pena e a necessidade de aplicação do princípio da reserva legal

A prescrição possui caráter de *pena* (TARTUCE, 2017, p. 408). Atento a essa particularidade, observa-se que nosso Ordenamento Jurídico disponibiliza aos cidadãos diversas garantias quanto à criação e aplicação de penalidades.

Gernicchiaro (1970 apud MIRABETE; FABBRINI, 2015, p. 232), informa que a pena pode ser encarada sobre os seguintes aspectos, "substancialmente consiste na perda ou privação de exercício do direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal [...]". Pois bem, a Constituição da República Federativa do Brasil elencou a garantia máxima quanto à aplicação das penas (seja na esfera penal, administrativa ou civil), informando não há pena sem prévia cominação legal (artigo 5º, inciso XXXIX)[4].

A principal garantia estabelecida é o Princípio da Reserva Legal (instituído na parte final do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil), que garante que inexiste pena sem prévia cominação legal (CUNHA, Rogério Sanches, 2016, p. 83).

Além disso, tal restrição ocorre porque a prescrição é um instituto de Ordem Pública (MAZZEI, Rodrigo Reis, 2007, p. 553 e SIMÃO, José Fernando, 2006) e não pode sofrer alterações pelas partes ou pelo Órgão Julgador, o que remonta a ideia de segurança jurídica por ela buscada.

Portanto, ao observar o instituto da prescrição como uma hipótese de pena, que priva o titular do Direito violado de exercê-lo, devemos nos ater que a pena se reverte de inúmeras garantias à pessoa contra quem ela opera efeitos. Em razão disso, o operador do Direito deve se ater a essas garantias, uma vez que, quando estas não são observadas haverá o rompimento de todo o alicerce constitucional que permeia as relações jurídicas.

c) Das causas impeditivas ou suspensivas da prescrição

A suspensão de um prazo faz com que o mesmo tenha o seu curso paralisado e

[4] Não são poucos, por outro lado, os que justificam a prescrição na idéia [sic] de um castigo imposto à inércia do titular do direito, que o perde por sua própria culpa. Na realidade e indiretamente, a lei o priva de um direito, por lhe negar, a final, a ação que ele, em tempo, não quis exercer. Silvio Rodrigues (2003, p. 327).

depois, quando a situação suspensiva cessar, continue sua fluência pelo tempo que restar (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 742).

As causas impeditivas, como o próprio termo diz, impedem que o prazo se inicie. Portanto, é fácil concluir que as causas impeditivas são preexistentes ou concomitantes à lesão do Direito que faz surgir à pretensão e, consequentemente, as causas suspensivas são posteriores à lesão (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 742).

As causas suspensivas ou impeditivas possuem em seu fundamento conteúdo ético, pois conforme lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 746) *um prazo prescricional não pode correr contra aquele que está incapacitado de agir*. Seria imoral exigir ação daquele que não pode se defender ou postular seus Direitos por si mesmo. Isso porque, não exercer um Direito porque não era possível fazê-lo é diferente de não exercer um Direito por livre vontade.

Depois de feitas as considerações iniciais sobre as causas impeditivas ou suspensivas, será realizado o estudo de cada uma das possibilidades. A Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) elencou 10 (dez) causas impeditivas ou suspensivas da prescrição nos artigos 197 ao 200. Portanto, não correrá prescrição I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. IV - contra os incapazes; V- contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; VI - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra; VII - pendendo condição suspensiva; VIII - não estando vencido o prazo; IX - pendendo ação de evicção. X Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

As 02 (duas) primeiras causas têm como fundamento a confiança e os laços de afeição e respeito gerados pelos institutos do Matrimônio, Poder Familiar, visando o Estado *a proteção do núcleo familiar valendo lembrar que o art. 226 da Lex Legum, ao proclamar a pluralidade das entidades, afirma contar a família, seja ela qual for, com uma especial proteção do Estado*, conforme ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 743)

A terceira causa tem razão de existir porque os tutores e curadores não podem haver interesses contrários (art. 1.735, inciso II e art. 1.781 da Lei Nº 10.406/2002), haja vista que *o fato de que o tutor ou curador que estejam constituídos em obrigação contra o menor, ou tiverem de fazer valer direitos contra ele, não podem exercer o encargo* (NERY JUNIOR, Nelson, 2017, p. 667), em decorrência da Tutela e Curatela serem encargos que exigem fidúcia entre os envolvidos, por isso a lei resguarda o Direito da pessoa que exerce esse múnus público, possibilitando-o de exercer com probidade e imparcialidade.

As hipóteses IV (quatro), V (cinco) e VI (seis), que estão elencadas no art. 198 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), dizem respeito a particularidades de certas pessoas

que impedem de que elas exerçam os seus Direitos de forma diligente e eficaz.

O item IV refere-se aos absolutamente incapazes, que são pessoas que *sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e do direito dos direitos civis*, conforme pondera Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2017, p. 227). Após as mudanças promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), apenas os menores de 16 (dezesseis) anos não possuem capacidade para exercer qualquer ato da vida civil, logo, tendo em vista a impossibilidade dos mesmos exercerem o seus direitos, contra eles não corre prescrição (*norma de fundamento ético* – FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 746).

Em relação aos ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou Municípios e os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra a prescrição não os atinge, porque essas funções exigem que a pessoa se dedique de maneira integral ao bem do País, o que os impede de se concentrarem em seus negócios de cunho pessoal, nesse sentido é a lição de Silvio Rodrigues (2003).

Em regra, *o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo* (Enunciado nº 14 da Primeira Jornada de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal), portanto, pendendo alguma condição suspensiva ou estando o devedor dentro do prazo não há que se falar em ocorrência/transcurso do prazo prescricional. Além disso, enquanto estiver pendente a ação de evicção o evicto não poderá cobrar nada do vendedor, uma vez que ainda não há direito a ser exercido. Todas essas três modalidades estão no art. 199 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) que, conforme aponta Beviláqua (1917 apud RODRIGUES, 2003, p. 338) é supérfluo.

Como última causa impeditiva ou suspensiva da prescrição está à hipótese de reparação civil por fato que deva ser apurado no juízo criminal. Essa situação é uma exceção ao Princípio da Independência das Instâncias, consagrado no art. 935 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), haja vista que, quando a Ação Penal já tiver sido iniciada o titular do Direito violado poderá esperar o deslinde do processo criminal para só então, caso o processo criminal apure a responsabilidade do réu ou não afaste a sua autoria do fato, perquirir a tutela de seu Direito no âmbito civil. Caso a Ação Civil já tenha sido iniciada o processo será suspenso pelo prazo máximo de 01 (hum) ano, nos termos do artigo 313, inciso V, alínea "a" e 4º da Lei Nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), uma vez que *busca evitar soluções contraditórias entre os juízos cíveis e criminais* (STJ, REsp. 1.180.237/MT, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19/06/2002).

d) Das causas interruptivas da prescrição

Quando operada uma causa interruptiva, *o prazo prescricional já fluído é aniquilado, voltando a correr, quando cessada a causa que lhe originou, do seu início* (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 747) .

Diferentemente das causas suspensivas e impeditivas do fluxo do prazo

prescricional, que podem ocorrer por diversas vezes, a fluência deste prazo pode ser interrompida somente uma vez, conforme determina o artigo 202 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), servindo como meio para *moralizar a utilização da possibilidade de interrupção, evitando-se abusos generalizáveis e a própria perpetuação da lide* (GAGLIANO, Pablo Stolze, 2017, p. 198).

Nos termos do art. 202 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) o fluxo do prazo prescricional será interrompido quando: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor (BRASIL, 2002).

A primeira causa interruptiva deve ser analisada em consonância com o artigo 240, *in fine*, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), uma vez que, conforme a determinação daquele dispositivo a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação, desde que o autor promova a citação nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que ordenar a citação.

Quando surgiu o novo Código Civil a doutrina começou a divergir sobre a compatibilidade do artigo 240 do Código de Processo Civil com o artigo 202, inciso I, do Código Civil[5].

Entretanto, a doutrina majoritária, amparada na valiosa lição de Gonçalves, (2015) entende que o artigo 202, inciso I, do Código Civil deve ser interpretado em consonância com o artigo 219[6], *in fine*, do Código de Processo Civil. Flavio Tartuce (TARTUCE, Flávio, 2014, p. 295) propõe a seguinte solução, "a interrupção dar-se-á com o despacho do juiz (Código Civil), retroagindo essa interrupção ao momento da propositura da ação (Código de Processo Civil)".

Além disso, na V jornada de Direito Civil foi aprovado o seguinte Enunciado 417[7]

---

[5] Para a interrupção da prescrição, a nosso entender, é suficiente, portanto, o simples despacho ordenando a citação ou a distribuição protocolar. Promover a citação, na dicção legal, é providenciar a extração do mandado citatório, com pagamento de custas devidas, para que seja entregue ao Oficial de Justiça. (VENOSA, Silvio de Salvo, 2015, p. 617).

[6] Os autores se remetem ao art. 219 da Lei nº 5.869/1973, equivalente ao art. 240 da Lei nº 13.105/2015.

[7] ENUNCIADO n.º 417 - O art. 202, I, do CC, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, §1.º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição, produzido pelo despacho que ordena a citação, possui efeito retroativo até a data da propositura da demanda (AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 71).

no mesmo sentido.

A segunda e a terceira causas interruptivas da prescrição, referentes ao protesto judicial (ação de jurisdição voluntária que visa a dar publicidade a uma situação fática ou prevenir a perca de direitos) e ao protesto cambial ou extrajudicial (que é aquele realizado perante o Cartório de Registro, nos termos da Lei 9.492/1997), na lição de Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio, 2016, p. 330) tornaram sem efeito a Súmula 153 do Supremo Tribunal Federal, pela qual "simples protesto cambiário não interrompe a prescrição" (BRASIL, 1964).

Além disso, a prescrição poderá ser interrompida pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 749) a simples apresentação de uma petição habilitando o interessado serve para interrupção da prescrição.

A prescrição também pode ser interrompida por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor, sendo assim, a notificação, interpelação e o protesto judicial, são medidas judiciais cabíveis parar constituir o devedor em mora, apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 749) que o dispositivo tem utilidade, inclusive, em relações empresariais.

A prescrição também será interrompida por ato inequívoco do devedor que importe em reconhecimento do débito, Flávio Tartuce (TARTUCE, Flávio, 2016, p. 331) cita alguns exemplos desses atos inequívocos, sendo: o pagamento de juros ou cláusula penal, o pagamento parcial da dívida, envio de correspondência reconhecendo a dívida, termo de confissão de dívida, proposta de acordo enviada pelo devedor, dentre outros.

Salienta-se que o ato pode ser praticado em juízo e nesse sentido é o Enunciado nº 416 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça que diz que "a propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação ao débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição" (AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 71).

i) Da interrupção da prescrição pela citação válida em processo extinto sem resolução do mérito por abandono da causa e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

A presente pesquisa se aprofunda ao estudar essa hipótese de interrupção da prescrição, haja vista que, não há posicionamento solidificado na doutrina, bem como, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende que a citação válida em processo extinto sem resolução do mérito por abandono da causa não gera o efeito de interruptivo da prescrição.

Primeiramente, há de se considerar entendimento Gonçalves (2015, p. 533)[8] estudando a opção da Comissão Revisora do Projeto do Código Civil em não positivar o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conforme demonstrado nesse estudo, a prescrição pune o titular de um direito que se padece da inércia quando deveria resguardar o seu direito (RODRIGUES, Silvio, 2003, p. 327). Com o ajuizamento da ação o credor demonstra que não está inerte, que ele procurou a maneira legal de resguardar o seu direito de forma tempestiva. Além disso, não existe previsão legal dispondo que a extinção do processo sem resolução do mérito importa em perca do efeito interruptivo da prescrição da citação, uma vez que "não é possível dar o acontecido por não acontecido" (DINAMARCO, 2002, p. 186-187 apud ALVIM, 2015, p. 377).

Não é a forma de resolução do processo que interrompe a prescrição, mas sim a citação válida e eficaz (que é aquela realizada conforme determina o art. 240 do Código de Processo Civil), tanto é que a única hipótese que a prescrição não é interrompida é quando a citação não é realizada nos ditames processuais do referido artigo, conforme determina o §2º do art. 240 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), *in verbis,* "§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º." (BRASIL, 2015).

Entretanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[9] encontra amparo em doutrinadores como Sílvio de Salvo Venosa[10] e Washington de Barros Monteiro. O segundo autor defende que, "decretada a extinção do processo, prejudicada fica a interrupção da prescrição. Realmente, se aquela torna nenhum o processo, que só se reabre com citação nova, não pode interromper prescrição ato citatório ali realizado"

[8] A Comissão Revisora do Projeto, ao rejeitar emendas que pretendiam tornar sem efeito a interrupção da prescrição se extinto o processo sem julgamento do mérito, ou se anulado totalmente o processo, salvo se por incompetência do juiz, observou que 'o efeito interruptivo não se dá em atenção à sentença, mas decorre da citação. A propositura da ação demonstra inequivocamente que o autor, cujo direito se diz violado, não está inerte. Se o simples protesto judicial basta para interromper a prescrição, por que não bastará a citação em processo que se extinga sem julgamento do mérito?

[9] Na hipótese dos autos, o aresto objurgado está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual a citação válida, ainda que havida em processo que, ao depois, tenha sido extinto sem julgamento do mérito, tem o condão de interromper o prazo prescricional, salvo se o fundamento legal da extinção estiver calcado nas hipóteses previstas no art. 267, incisos II e III, do Código de Processo Civil (STJ. REsp. 685.717 – RO - 2004/0114818-9, Relatora: Ministra Laurita Vaz).

[10] Quando há extinção do processo sem julgamento do mérito, quer-nos parecer que este processo não teve a força de interromper a prescrição, não deve surtir efeito algum. Ao menos com relação aos incisos I e II desse artigo 267, que caracterizam inércia das partes, essa situação é verdadeira. As demais hipóteses, como admite a doutrina, não se enquadram nessa situação de inércia, e permanece incólume o efeito interruptivo da prescrição. De qualquer forma, ao lado dessa aparente exceção, a prescrição só se interromperá no processo com sentença de mérito (VENOSA, 2015, p. 618).

(MONTEIRO, 2009, p. 368).

Esses doutrinadores, bem como o Superior Tribunal de Justiça ainda se apoiam no Código Civil de 1916 que, em seu artigo 175 prescrevia, "art. 175. A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação" (BRASIL, 1916). Tal entendimento, que é apoiado por parte da doutrina e pelo Superior Tribunal de Justiça viola a essência de Ordem Pública que está na *ratio* do instituto da prescrição, uma vez que tal entendimento cria norma não prevista em lei.

Em contraposição a esse entendimento, leciona Eduardo Arruda Alvim (ALVIM, Eduardo Arruda, 2015) que a prescrição pode ser interrompida, ainda que o processo tenha sido extinto sem análise do mérito, uma vez que o que importa é a conduta ativa do autor da ação para atingir essa finalidade (interrupção da prescrição), não importando o resultado final do processo.

No mesmo sentido, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de, 2017, p. 748) pois a citação válida *interrompe a prescrição, mesmo que determinada em processo que termine sendo extinto, sem resolução meritória*.

a. Da contrariedade do entendimento do Superior Tribunal de Justiça com o Código Civil e com as atribuições a ele concedidas pela Constituição: entendimento que viola a cláusula pétrea de divisão dos poderes

O posicionamento do Superior Tribunal[11] de Justiça não é disciplinado pelo Código Civil, bem como afronta as características do instituto da prescrição, principalmente com sua essência de norma de Ordem Pública (que não pode ser modificada e que só pode ser aplicado conforme as disposições vigentes).

Além disso, o posicionamento acarreta violação da cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil), haja vista que o Órgão não está apenas interpretando ou assegurando a aplicação da Lei, mas sim está criando norma não prevista em nosso Ordenamento Jurídico.

Conforme leciona Alexandre de Morais (MORAES, Alexandre de, 2016, p. 873) a função do Superior Tribunal de Justiça, quando exerce sua função julgando recursos especiais é *dar plena efetividade à aplicação do Direito Federal e sua uniformização*.

No rol do art. 105 da Constituição da República Federativa do Brasil não consta a

[11] A citação válida, ainda que havida em processo que, ao depois, tenha sido extinto sem julgamento do mérito, tem o condão de interromper o prazo prescricional, salvo se o fundamento legal da extinção estiver calcado nas hipóteses previstas no art. 267, incisos II e III, do Código de Processo Civil (STJ. REsp. 685.717 – RO - 2004/0114818-9, Relatora: Ministra Laurita Vaz. REsp. nº: 1513244-RJ – 2015).

possibilidade de criação de normas de Direito material ou processual, haja vista que a edição de normas que disponham sobre Direito Civil e Processual Civil compete privativamente à União e seu processamento ocorre no Congresso Nacional por meio do processo legislativo (MASSON, Nathalia, 2016, p. 527).

Logo, quando o Superior Tribunal de Justiça inova o Ordenamento Jurídico, criando nova norma para o instituto da prescrição, o mesmo viola a característica de Norma de Ordem Pública (criando enorme instabilidade jurídica nas relações) e viola a cláusula pétrea da separação dos Poderes, haja vista que não cabe aos Órgãos do Poder Judiciário exercerem a função legislativa, uma vez que tal função somente é aceita, de forma atípica, na elaboração de Regimentos Internos (LENZA, Pedro, 2014, p. 547), o que não é o presente caso.

Além disso, o posicionamento do referido Órgão não é simplesmente uma interpretação do art. 202, inciso I da Lei nº 10.404/2002 (Código Civil) c/c artigo 240, *in fine*, da Lei nº 13.105/2015 (Código de processo Civil), uma vez que normas taxativas não admitem interpretação extensiva, sob pena de criação de hipóteses não previstas no rol originário e, consequentemente, perturbação da estabilidade jurídica criada pela Lei.

Constata-se que não se segrega direitos mediante intepretação extensiva da lei. Tal conclusão é decorrente da aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil).

3. Conclusão

É inegável que o tempo influencia em todos os atos da vida civil do homem. Influencia no nascimento de direitos (*v.g.* usucapião*)*, na extinção dos direitos (*v.g.* prescrição, decadência e preclusão), no exercício destes direitos (*v.g.* capacidade civil).

A presente pesquisa se concentrou, de forma acurada, na análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da inexistência de interrupção da prescrição pela citação válida em processos extintos sem resolução do mérito.

Pelo cotejo da revisão bibliográfica e análise dos casos julgados no referido tribunal superior é inegável que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça causa insegurança jurídica e viola a garantia fundamental da separação e harmonia dos poderes. Isso porque o mesmo cria norma de prescrição não prevista no Ordenamento Jurídico.

A partir da análise das regras inerentes à prescrição foi observado que a mesma é uma punição para aquele que se queda inerte diante de uma pretensão que poderia exercer. Além disso, foi considerado que a prescrição é um instituo de ordem pública, não podendo ser modulado pelas partes ou pelo magistrado.

Por fim, o presente estudo buscou apontar os argumentos favoráveis e contrários

ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tudo sob a ótica transdisciplinar, no que tange às regras do instituto da prescrição e da atribuição constitucional de competências, demonstrando ao final que o entendimento do referido tribunal superior não deve prosperar sob pena de grave ofensa à segurança jurídica.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (Org.). V Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Direito processual civil. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 1 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: <http:// http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial nº 685.717. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 01 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 153. Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição. Brasília: STF, 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=153.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 out. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador; JusPODIVM, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Estolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 04. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A prescrição e a sua pronúncia de ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêd. Questões controvertidas no novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: parte geral, arts. 1ª a 120 do CP. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de Direito Civil: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense 2017.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIMÃO, José Fernando. Prescrição e sua alegação – Lei 11.280 e a revogação do art. 194 do Código Civil. Jornal da Carta Forense, São Paulo, n. 34, abr. 2006.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____ . Manual de Direito Civil. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense,

2016.

_____ . Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral /Flávio Tartuce. – 13. Ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ACCESO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ¿EFICAZ O UTÓPICO?

Antonio Sorela Castillo[1]

Sumario: 1. Introducción; 2. Marco Teórico Conceptual; a) Algunos de los Instrumentos internacionales que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH); b) Conceptos básicos; c) Acceso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; d) Acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; e) Inicio del proceso (etapa escrita); 3. Conclusiones

1. Introducción

Para muchas personas el escuchar "no queda otra que litigar a nivel internacional" son palabras que a principio asustan por cuestiones económicas y en segundo por los conocimientos que seguramente deben tener los abogados para acceder a instituciones fuera de su país, siendo uno de los principales factores los que inhiben a los justiciables y a los propios abogados para acceder al sistema de protección internacional en tema de Derechos Humanos (Dh); sin embargo, veremos que el acceder a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión), Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte), Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH; también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos) u otros tribunales de corte internacional, resulta más sencillo de lo que se piensa. Claro que hemos escuchado lo mucho que se tardan, incluso el solo hecho de admitir o desechar una petición cuando la persona considera que se vulneraron Dh en su juicio por su propio país.

2. Marco Teórico Conceptual

El Sistema Interamericano de Dh es de carácter regional, es decir, la jurisdicción en la que pueden ejercer sus atribuciones los dos órganos, CIDH y CoIDH, solo es dentro del continente americano; dicho sistema tiene por objeto la promoción, protección, respeto y garantía de los Dh.

a) Algunos de los Instrumentos internacionales que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

El Sistema Interamericano se limita a analizar peticiones en las que se aleguen

[1] Profesor de la Universidad Iberoamericana, México, miembro de Amnistia Internacional, Director de Derechos Humanos de la Sectretaria de Gobierno del Estado de Morelos, México.

violaciones a los derechos humanos, contiene los siguientes instrumentos:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica",1969.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1988.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, 1990.

b) Conceptos básicos

Para efectos de esta investigación son partes en el Proceso: las presuntas víctimas, los representantes de las presuntas víctimas, el Defensor interamericano, el Estado demandado y en su caso el Estado demandante.

Para que no exista duda sobre algunos conceptos, consideramos importante definirlos en el mismo tenor que lo hace el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[2]:

- Peticionario: persona o grupo de personas que presenta la petición.
- Presunta víctima: persona o grupo de personas presuntamente afectado por los hechos alegados en la petición. Las presuntas víctimas deben estar determinadas o ser determinables.
- Defensor Interamericano: Persona que designe la Corte para que asuma la representación legal de una presunta víctima que no ha designado un defensor por sí misma.
- Representantes: Son los representantes legales debidamente acreditados de la o las presuntas víctimas.

c) Acceso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

i) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano autónomo de la OEA creado en 1959. La Comisión[3]

[2] Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

[3] Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art 1, fracción I, Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

está integrada por siete miembros independientes, expertos en derechos humanos, los cuales son elegidos por la Asamblea General de la OEA, existe una Secretaría Ejecutiva permanente con sede en Washington DC, Estados Unidos, quien es la que le da apoyo profesional, técnico y administrativo a la Comisión.

Ahora bien, la Comisión tiene como función promover la observación y la defensa de los derechos humanos en las Américas; ejerce esta función a través de visitas a los países, actividades o iniciativas temáticas, la preparación de informes sobre la situación de derechos humanos en un país o sobre una temática particular, la adopción de medidas cautelares o solicitud de medidas provisionales a la Corte, y el procesamiento y análisis de peticiones individuales con el objetivo de determinar la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a los derechos humanos y emitir las recomendaciones que considere necesarias.

El Artículo 23 del Reglamento de la CIDH[4] nos dice que las peticiones individuales que examina la Comisión pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones que alegan violaciones de los derechos humanos garantizados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración Americana), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención Americana), el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros tratados interamericanos de Dh, peticiones que deben realizarse.

La denuncia la pueden presentar contra uno o más Estados miembros de la OEA cuando consideren que se han violado derechos humanos contenidos en la Declaración Americana, la Convención Americana, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

ii) Petición ante la CIDH

En principio para que una persona pueda presenta una petición ante la Comisión, deben haberse agotado los recursos[5] judiciales internos de conformidad con la legislación vigente en su país, salvo en el caso de no ser posible agotar los recursos internos, en este caso deberá explicar las razones, por ejemplo cuando esté en peligro su vida y necesite salir del país.

[4] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, Art. 23.

[5] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 31.

La Comisión no tendrá competencia para atribuir responsabilidad individual, es decir, no puede determinar si una persona es o no culpable, lo que sí podrá determinar es la responsabilidad internacional de un Estado por haber violado los Dh de una persona o grupo de personas, así también puede emitir una determinación de no responsabilidad, en caso de la primera hipótesis, se emitirá un informe[6] que puede incluir las siguientes proposiciones y recomendaciones al Estado:

- Suspender los actos violatorios.
- Investigar y sancionar a las personas responsables.
- Reparar los daños ocasionados.
- Introducir cambios al ordenamiento legal y/o requerir la adopción de otras medidas o acciones.

La petición puede presentarse personalmente, sin embargo, la comisión ha dispuesto de cuatro formas diferentes para hacer más sencillo el acceso del justiciable, ya que la petición puede enviarse por uno de los siguientes medios:

- Correo electrónico: cidhdenuncias@oas.org.
- Formulario electrónico: www.cidh.org. Si decide enviar su petición por esta vía, tiene la opción de redactar su petición en un documento aparte y subirlo al sitio Internet de la Comisión.
- Fax: +1(202) 458-3992 ó 6215.
- Correo postal: Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1889 F Street, N.W. Washington, D.C. 20006 Estados Unidos.

Si se envían los documentos por medios electrónicos, no es necesario enviarlos impresos, así también es importante tener en cuenta que la petición debe estar dirigida a la CIDH.

Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 28 del Reglamento de la CIDH[7], la siguiente información:

a. El nombre, nacionalidad y firma de la persona o personas denunciantes o, en el caso de que el peticionario sea una entidad no gubernamental, el nombre y la firma de su representante o representantes legales.
b. Si el peticionario desea que su identidad sea mantenida en reserva frente al Estado;

[6] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 44.

[7] *Ibídem*, Ar. 28, pág. 5.

c. La dirección para recibir correspondencia de la Comisión y, en su caso, número de teléfono, facsímil y dirección de correo electrónico.

d. Una relación del hecho o situación denunciada, con especificación del lugar y fecha de las violaciones alegadas.

e. De ser posible, el nombre de la víctima, así como de cualquier autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho o situación denunciada.

f. La indicación del Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al artículo presuntamente violado.

g. El cumplimiento con el plazo previsto en el artículo 32 del presente Reglamento.

h. Las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento.

i. La indicación de si la denuncia ha sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional conforme al artículo 33 del presente Reglamento.

Tal como lo comenté en líneas pasadas, no es necesario que los peticionarios acudan a la Comisión, en virtud de que el procedimiento comienza en una fase escrita, una vez que se envía la petición, la Comisión acusa de recibido enviando el numero de referencia que se le asignó al domicilio o por el medio de notificación que se haya señalado.

En caso de ser necesario, se puede enviar información y/o documentos adicionales, los cuales serán agregados al expediente de la petición, es necesario que en de cambiar de dirección o de asesores se debe notificar a la Comisión de inmediato.

Una vez que la Comisión acusa de recibo, en realidad no entra de inmediato al estudio de la petición, aunque se piensa que al tratarse de un organismo protector de Dh de manera inmediata analizará el caso que se expone, desgraciadamente eso no pasa, y eso se debe a la gran cantidad de peticiones que recibe, además por el numero tan reducido de personas que integran la Comisión.

Ahora bien, una vez que se realiza una evaluación preliminar a dicha petición, se puede decidir:

- No abrir a trámite la petición: por ser la petición infundada o improcedente, al igual porque los hechos que menciona no refiere violación a Dh[8].

[8] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 34.

- Abrir a trámite sin prejuzgar. En este momento, la petición entrará en el procedimiento de admisibilidad[9]. Esta decisión significa que se cumplieron los requisitos necesarios para que la Comisión estudie la misma, pero no significa decisión alguna respecto a la materia presentada. Es importante hacer notar que la Comisión puede pedir que presenten algún documento o información que considere necesaria incluso antes de abrir el trámite.

Como podremos observar, las determinaciones a las que llega la Comisión son muy similares a los acuerdos que realizan las autoridades mexicanas en torno a demandas, es decir, desecharla, prevenirla o admitirla.

En caso de que la petición esté en etapa de admisibilidad significa que la petición será enviada al Estado para que presente sus observaciones, con lo cual se inicia un proceso de intercambio de información, la Comisión puede solicitar información para decidir sobre la admisibilidad (como observamos, aún no se tiene por admitida la petición). Toda información que presenten las partes, se deberá correr traslado a la otra, con lo cual la Comisión podrá decidir si la petición es admisible o inadmisible.

Así las cosas, una vez que formalmente se admite la petición, la Comisión analizará los alegatos de las partes y las pruebas presentadas, así también puede pedir mayor información, pruebas y documentos al Estado y a la parte peticionaria cuando lo considere necesario, además puede convocar a una audiencia o reunión de trabajo.

No podemos olvidar de la posibilidad de resolver el asunto de manera conciliatoria sin la necesidad de completar el proceso contradictorio, queda bajo la supervisión de la Comisión el cumplimiento de lo pactado. En caso de no ser posible llegar a una solución amistosa, se continuará analizando los alegatos de las partes y la Comisión determinará si el Estado es o no responsable por las violaciones a Dh que se alegaron.

En caso que la Comisión considere que el Estado es responsable, emitirá un informe sobre el fondo que incluirá proposiciones y recomendaciones ya mencionadas dentro de este trabajo.

Sin embargo, en caso que el Estado incumpla con las recomendaciones impuestas, en este caso la Comisión decidirá:

- Publicación del caso[10].
- Sometimiento del caso a la Corte[11] (siempre y cuando no haya oposición fundada

[9] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 30.

[10] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 47.

[11] *Ibídem*, Reglamento de la Comisión, art. 45.

de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión).

Para efectos del presente trabajo analizaremos la opción en la que se decide someter el caso a la Corte, es decir, cuando se convierte en acusador (en plano local podemos hacer una similitud con el ministerio público mexicano, quien en principio actúa como una institución de investigación de ilícitos, pero cuando considera que existe reunidos los requisitos necesarios para ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional se convierte en una parte acusadora que representa los intereses de la visita, es por ello que la Comisión al principio investiga y cuando considera que el Estado tiene responsabilidad se convierte en una institución acusadora que recurre ante el máximo tribunal interamericano, es decir, la Corte, y presenta formalmente una demanda de violación de Dh en contra de las víctimas, luego entonces, la Corte analizará la demanda y emitirá una sentencia fundamentada. En el proceso ante la Corte participan la Comisión, el Estado y la/s víctima/s.

iii) Medidas Cautelares

Es de vital importancia hacer referencia a la herramienta que considero muy efectiva para evitar que se consumen o continúen vulnerando Dh, me refiero a la Medidas Cautelares, la Comisión tiene la posibilidad de adoptarlas siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, resulta importante hacer notar que además de las medidas cautelares, existe el mecanismo establecido en el Artículo XIV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que la Comisión puede utilizar en casos de presuntas desapariciones forzadas y respecto de los Estados parte, no hay que olvidar que las medidas pueden solicitarse en la misma petición o de manera individual.

La Comisión en caso de considerar adecuado aceptar o no la implementación de medidas, remitirá una carta notificando la decisión adoptada, además se dirigirá a las autoridades que representan al Estado concernido, le solicitará que adopte determinadas medidas de protección o prevención, por lo tanto el Estado es quien implementará las medidas cautelares, en diálogo con las personas beneficiarias.

d) Acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

i) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es un órgano judicial autónomo de la OEA, cuyo mandato surge de la Convención Americana. La Corte tiene su sede en la ciudad de San José, Costa Rica y está compuesta por siete jueces, provenientes de los Estados miembros de la OEA; tiene como objetivo interpretar y aplicar la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos, a través de la emisión de sentencias sobre casos y opiniones consultivas.

Sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso ante la Corte, por

lo tanto las personas no pueden acudir directamente a la Corte, debiendo primero presentar su petición ante la Comisión.

La Comisión puede, cuando proceda, remitir casos ante la Corte únicamente respecto de los Estados que han ratificado la Convención Americana y han reconocido con anterioridad la competencia de la Corte, salvo que un Estado acepte la competencia expresamente para un caso concreto.

e) Inicio del proceso (etapa escrita)

i) Sometimiento del caso por parte de la CIDH[12]

La CIDH puede someter un caso ante la Corte, esta debe presentar ante la Secretaria el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, el cual contendra los hechos supuestamente violatorios y la identificación de las presuntas víctimas. Para que el caso pueda ser examinado, la Corte deberá recibir la siguiente información: los nombres de los Delegados; los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímile de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, de ser el caso; los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte y sus observaciones a la respuesta del Estado demandado a las recomendaciones del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención; copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, incluyendo toda comunicación posterior al informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención; las pruebas que recibió, incluyendo el audio o la transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan. Se hará indicación de las pruebas que se recibieron en procedimiento contradictorio; cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida; las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones. Cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas.

Se debe realizar un examen preliminar del sometimiento del caso, en este caso la Presidencia puede observar que algún requisito fundamental no ha sido cumplido, solicitará que se subsane dentro de un plazo de 20 días.

ii) Sometimiento del caso por parte de un Estado[13]

Como ya se ha mencionado tambien un Estado parte podrá someter un caso a la

[12] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 35.

[13] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 36.

Corte, a través de un escrito motivado que deberá contener la siguiente información: los nombres de los Agentes y Agentes alternos y la dirección en la que se tendrá por recibidas oficialmente las comunicaciones pertinentes; los nombres, dirección, teléfono, correo electrónico y facsímile de los representantes de las presuntas víctimas debidamente acreditados, de ser el caso; los motivos que llevaron al Estado a presentar el caso ante la Corte; copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, incluyendo el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención y toda comunicación posterior a dicho informe; las pruebas que ofrece, con indicación de los hechos y argumentos sobre las cuales versan; la individualización de los declarantes y el objeto de sus declaraciones. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida y sus datos de contacto.

iii) Notificación del caso[14]

El Secretario comunicará la presentación del caso a: La Presidencia y los Jueces; el Estado demandado; la presunta víctima, sus representantes, o el Defensor Interamericano (en caso que la victima no tenga representante debidamente acreditado), el Secretario informará sobre la presentación del caso a los otros Estados partes, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, y al Secretario General, junto con la notificación, el Secretario solicitará que en el plazo de 30 días el Estado demandado designe al o a los Agentes respectivos. Al acreditar a los Agentes el Estado interesado deberá informar la dirección en la cual se tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes, en caso que la Comiisón no haya nombrado Delegados, se tendrá por suficientemente representada por su Presidencia, junto con la notificación, el Secretario solicitará a los representantes de las presuntas víctimas que en el plazo de 30 días confirmen la dirección en la cual tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes.

Una vez que sea Notificada la presentación del caso a la presunta víctima o en su caso a sus representantes, podran presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas para lo cual cuentan con un plazo de dos meses (improrrogable).

El Escrito deberá contener[15]:

Descripción de los hechos dentro del marco fáctico fijado en la presentación del caso por la Comisión; las pruebas ofrecidas, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan; la individualización de declarantes y el objeto de su declaración. En el caso de los peritos, deberán además remitir su hoja de vida (curriculum vitae) y sus datos de contacto; así también se debe precisar las pretensiones, incluidas las referidas

[14] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 39.

[15] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 40.2.

a reparaciones y costas.

iv) Actuación del Estado demandado

a. Excepciones preliminares[16]

El Estado podrá oponer excepciones preliminares en el escrito indicado, debiendo exponer los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y los documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de pruebas, sin que esto suspenda el procedimiento, concediento un termino de 30 dias a la Comisión, las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, el Estado demandante para si en su caso lo consideren pertinente presenten sus observaciones, por su parte la Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares si así lo considera indispensable, pudiendo resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares, el fondo, las reparaciones y las costas del caso.

b. Reconocimiento total o parcial de los hechos o las violaciones[17]

El Estado demandado puede aceptar los hechos alegados o en su caso puede allanarse total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

c. Solución amistosa[18]

Existe la posibilidad que llegue a una solución amistosa el caso que sometieron a la Corte, debiendo comunicar el sentido de la solución, luego entonces la Corte resolverá sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

v) Procedimiento Oral

vi) Apertura[19]

Le corresponde a la Presidencia señalar la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias.

[16] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 42.

[17] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 62.

[18] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 63.

[19] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 45.

La Corte[20] solicitará a las partes su lista definitiva de declarantes, en la que deberán confirmar o desistir del ofrecimiento de las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos que oportunamente realizaron, debiendo indicar quienes de los declarantes ofrecidos consideran deben ser llamados a audiencia, y quienes rendiran declaración ante fedatario público.

Hecho lo anterior, la Corte correrá traslado de la lista definitiva de declarantes a la contraparte y concederá un plazo para que, si lo estima conveniente, presente observaciones, objeciones o recusaciones.

vii) Objeciones a testigos[21]

El testigo podrá ser objetado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la lista definitiva en la cual se confirma el ofrecimiento de dicha declaración.

El valor de las declaraciones y el de las objeciones a éstas será apreciado por la Corte o la Presidencia, según sea el caso.

viii) Ofrecimiento, citación y comparecencia de declarantes[22]

La Corte emitirá una resolución en la que, según el caso, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones que se hayan presentado; definirá el objeto de la declaración de cada uno de los declarantes; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público que considere pertinentes, y convocará a audiencia, si lo estima necesario, a quienes deban participar en ella.

Queda a cargo de quien propuso la declaración notificar al declarante el contenido de la resolución, asi como presentarlo ante el Tribunal o en su caso remitir la declaración que fue vertida ante fedatario público.

Debemos dejar claro que las declaraciones versarán únicamente sobre el objeto que la Corte definió en la resolución a la que hemos hecho referencia. Solo de manera excepcional la Corte podrá modificar el objeto de la declaración o aceptar una declaración que haya excedido el objeto fijado.

Las partes y la Comisón podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte y, en su caso, por la Comisión, que hayan sido llamados a prestar declaración ante fedatario público, por lo que la Presidencia es la que esta facultada para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar

[20] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 46.

[21] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 47.

[22] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 50.

de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que sugestivas y que no se refieran al objeto determinado.

Una vez recibida la declaración rendida ante fedatario público, ésta se trasladará a la contraparte y, en su caso, a la Comisión, para que presenten sus observaciones dentro del plazo que fije la Corte.

ix) Audiencia[23]

Como ha quedao claro, estamos en la etapa oral, en donde las audiencias se desarrollan escuchando a las partes, a la Comisión y declarantes, quien tiene el uso de la voz en principio es la Comisión quien expondrá los fundamentos del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención y de la presentación del caso ante la Corte, ademas podra mencionar lo que estime conveniente y que pueda influir en la decición de la corte en su resolución, ocurrido lo anterior la Presidencia llamará a los declarantes convocados, para que sean interrogados (el Reglamento no dispone quienes de los declarantes ofrecidos por las partes deben ser interrogados primero, es a desición de la presidencia determinar su orden en virtud que es quien dirige las audiencias).

La corte verificara la identidad de los testigos, les tomara protesta de juramento en la que diga que la declaración que emita dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, asi tambien en el caso de los peritos, ademas de que se verifique su identidad este deberá jurar que hará una declaración en que afirmará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia.

A diferencia de los testigos y peritos, las presuntas víctimas no prestarán juramento, solamente se verifica su identidad.

Los Jueces[24], la Comisión y las partes podran formular las preguntas que estimen conveniente a los declarantes, a excepción de la Comisión quien solamente puede preguntar a los peritos, siendo la presidencia quien modere la participación de las partes y es quien resuelve sobre la pertinencia de las preguntas, y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa, en ningun caso de pueden formular preguntas sugestivas.

La Presidencia concederá la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos existinedo la posibilidad de una réplica y una dúplica, despues de ocurrido lo anterior la Comisión tendra la posibilidad de realizar sus observaciones finales, y finalmente es la Presidencia quien otorga el uso de la voz a los Jueces para que si si lo desean puedan formular

[23] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 51.

[24] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 52.

preguntas a las partes.

x) Etapa Escrita Final

a. Alegatos finales[25]

Las partes tendrán la oportunidad de presentar alegatos finales escritos, al igual la Comisión podrá, si lo estima conveniente, presentar observaciones escritas, siendo la Presidencia quien determina el plazo que considere oportuno.

xi) Prueba incompleta o ilegible[26]

Todo instrumento probatorio presentado ante la Corte deberá ser remitido de forma completa y plenamente inteligible. En caso contrario, se dará a la parte que la presentó un plazo para que corrija los defectos o remita las aclaraciones pertinentes. De no ser así, esa prueba se tendrá por no presentada.

xii) Desistimiento y Reconocimiento

a. Desistimiento del caso[27]

Cuando quien hizo la presentación del caso notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de todos los intervinientes en el proceso, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos.

b. Prosecución del examen del caso[28]

Es importance hacer notar que no obstante que ocurra el Desistimiento del caso, el reconocimiento o la solución amistosa, la Corte teniendo en cuenta su obligación de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, lo cual me parece adecuado, en virtud que no se puede descartar que el Estado demandado ejerza algun tipo de amenza en contra de las víctimas para que tomen la desición de terminar el proceso.

[25] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 56.

[26] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 59.

[27] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 61.

[28] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 64.

xiii) De las Sentencias

La sentencia contendrá[29]: el nombre de quien preside la Corte y de los demás Jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; la identificación de los intervinientes en el proceso y sus representantes; una relación de los actos del procedimiento; la determinación de los hechos; las conclusiones de la Comisión, las víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante; los fundamentos de derecho; la decisión sobre el caso; el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; el resultado de la votación; la indicación sobre cuál es la versión auténtica de la sentencia, los jueces Juez pueden unir a la sentencia su voto concurrente o disidente el cual deberá ser razonado.

a. Sentencia de reparaciones y costas[30]

En el caso que en la sentencia de fondo no se hubiere decidido sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.

En caso que las partes lleguen a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, se debe dar aviso a la Corte y esta verificará que el acuerdo sea conforme a lo estalecido en la Convención y dispondrá lo conducente.

b. Pronunciamiento y comunicación de la sentencia[31]

La Corte deliberará y aprobue las sentencias en privado, la cual será notificada a las partes y a la comisión a traves de la Secretaría, mientras no se notifique se mantendra en abosulot secreto, las sentencias deberan ser firmadas por todos los Jueces o por su mayoria que participaron en la votación y por el Secretario, asi tambien en caso que haya votos concurrentes o disidentes estos deberan suscribirse por los respectivos Jueces que los sustenten y por el Secretario, en la parte final de la sentencia deberá asentarse la orden de comunicación y ejecución firmada por la Presidencia y por el Secretario y sellada por éste, por ultimo la sentencia original se resguardara en los archivos de la Corte, expidiendo copias certificadas a los Estados partes, a la Comisión, a las partes, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite.

c. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del

[29] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 65.

[30] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 66.

[31] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 67.

Tribunal[32]

Ahora bien, ya que se dicto sentencia y es fue en el sentido que encontrar responsable al estado demandado, lo que interesa a las víctimas es el cumplimiento de la misma, por lo que su supervisión tanto de la sentencia como de las demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes, tambien es la Comisión quien debe presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes, sin embargo, la Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento, al igual podrá convocar a audiencia citando al Estado y a los representantes de las víctimas para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión, con lo cual estara en posibilidad de determinar el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

3. Conclusiones

Mediante el presente trabajo, he pretendido de una manera breve y sencilla explicar el acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, material dirigido no solo para los conocedores del derecho sino mas aún para cualquier persona que le interese el tema, sin duda no se tuvo como objeto abarcar todos los temas al respecto en virtud de la extenso que hubiera resultado esta investigación, considero que ha quedo claro que no es difícil acceder a sede internacional, por el contrario, podría atreverme a decir que hasta resulta mas sencillo su acceso, sin embargo, el problema que se observa en los organismos, CIDH y Corte IDH, es su escaso personal derivado de su bajo presupuesto, en el momento que exista una partida económica adecuada y que ambos organismos cuenten con el personal e infraestructura adecuada veremos que las personas que se duelen de posibles violaciones a sus Dh serán atendidas en un tiempo adecuado, de lo contrario me atrevo a decir que, al ser tan tardado el trámite, existe una revictimización; no obstante, de ello tengo que reconocer el excelente trabajo que han desarrollado estos organismos, a pesar de la crisis financiera que atraviesan, el sistema es eficaz pero con algunas deficiencias que pueden resolverse. También podemos resaltar que este trabajo puede utilizarse como guía que parte desde la asesoría de cómo presentar una petición o solicitar medidas cautelares ante la CIDH e incluso los pasos a seguir durante el proceso ante la Corte, por lo que se vuelve una herramienta práctica para aquellas personas que al no ser conocedoras del derecho pueden por sí mismas acceder al SIDH.

[32] *Ibídem*, Reglamento de la Corte, art. 69.

Bibliografía

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Art 1, fracción I, Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009: https://www.oas.org/es/cidh/acerca/contactenos.asp

.

RECEPÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: ESTUDO COMPARADO NOS PAÍSES DO MERCOSUL

Ingrid Zanella Andrade Campos[1]
Charles de Sousa Trigueiro[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. O papel do direito constitucional comparado do MERCOSUL; 3. Estudo comparado das constituições dos países membros do MERCOSUL; a) A Constituição Argentina; b) Constituição Brasileira; c) A Constituição Paraguaia; d) A Constituição Uruguaia; 4. Conclusão

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo desenvolver um estudo comparado entre as Cartas Políticas dos quatro países que integram o MERCOSUL, quais sejam as Constituições de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com exceção da suspensa Venezuela, no que tange a forma de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos.

O estudo comparado das Constituições dos países integrantes do MERCOSUL, no que concerne a forma de receptação dos Tratados Internacionais de direitos humanos se mostra, atualmente, como um estudo forçoso.

A importância do estudo está diretamente ligada à necessidade de garantia e eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos humanos, conseguintemente das normas internacionais de direitos humanos, face às atrocidades cometidas, e da obrigação de represália aos crimes de maior repercussão nacional.

Primeiramente analisar-se-á o direito comparado como uma ciência autônoma, como forma de engrandecer a presente pesquisa. Tendo em vista que esse direito apresenta, aos operadores do direito, diversas vantagens, assim como habilita a utilizar os direitos estrangeiros; revela-se um instrumento científico a serviço do jurista.[3]

Para tanto, faz-se, inicialmente, uma abordagem sobre a definição do Direito

---

[1] Doutora e Mestre pela Direito na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã. E Advogada. E-mail: ingrid@zanellaconsultoria.adv.br.

[2] Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra - Portugal. Bacharel e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) - Brasil, Técnico Administrativo em Educação (UFPB).

[3] Cf. SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 20.

Comparado, e do Direito Constitucional Comparado, da mesma maneira, analisar-se-á o papel contemporâneo da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno.

A forma com que os tratados são incorporados aos ordenamentos jurídicos internos de cada país será em seguida analisada. Destarte, pretende-se identificar as simetrias existentes entre as respectivas Cartas tendo em vista que todas elas foram recentemente reformadas para adaptarem-se aos processos de redemocratização que os respectivos países passaram na década de oitenta.

Nesse ínterim, a presente pesquisa será desenvolvida com o fito de analisar as Cartas Constitucionais dos países integrantes do MERCOSUL, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (com exceção da suspensa Venezuela), através de um estudo comparado, no que concerne a recepção normativa dos tratados internacionais de direitos humanos.

2. O papel do direito constitucional comparado do MERCOSUL

René David esclarece que o agrupamento dos direitos em família é meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos. [4]

Essa inspiração filosófica idêntica, a técnica, a estrutura, facilitam o trabalho comparativo, permitindo que se detenha em análise minuciosa dos institutos.[5]

Para efeitos dos tratados de direitos humanos ratificados nenhum dos estados parte do MERCOSUL conta em sua constituição com norma que disponha a operatividade imediata dos tratados internacionais. [6]

O Brasil e os demais Estados-partes do MERCOSUL são dualistas quanto à aplicação dos tratados internacionais em seu ordenamento jurídico interno. [7]

---

[4] CF. DAVID, René *apud* DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado. Vol. I. Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia)**. *Op. Cit*. pp. 139/140.

[5] Cf. PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Direito comparado e o seu estudo**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. *Op.cit*. p. 49.

[6] Cf. MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur:** aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías e armonización. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999. p. 110.

[7] Cf. PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **O Novo Quadro Jurídico das Relações Comerciais na América Latina: MERCOSUL.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997. p. 69.

3. Estudo comparado das constituições dos países membros do MERCOSUL

O MERCOSUL um dos aspectos mais relevantes ao processo de integração diz respeito à eliminação de diferenças legislativas que possam dificultar o seu desenvolvimento.[8]

O Tratado de Assunção menciona o compromisso dos Estados-membros de harmonizar sua legislação nas matérias pertinentes, para obter o fortalecimento do processo de integração.[9]

a) A Constituição Argentina

A constituição da Argentina é de 1853.[10] A última modificação data de 1994. Inicia-se com preâmbulo.[11] O governo federal apóia o culto católico apostólico romano. [12]

Os direitos fundamentais são dispostos pelo artigo 33 da Constituição[13], fazendo também distinção entre os direitos sociais e individuais, exemplificando-os no artigo 42. [14]

No que concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, a Constituição argentina enaltece que tanto a Constituição como os tratados internacionais são normas

---

[8] Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá Editora, 2007. p. 330.

[9] Cf. Artigo 1º do **Tratado de Assunção.** Disponível em: <http://www2.uol.com.br/actasoft/actamercosul/novo/tratado_de_assuncao.htm.> Acesso em 13 jul. 2009.

[10] Cf. CASIELLO, Juan. **Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1954, p. 89

[11] Cf. **Constitucion de la Nacion Argentina**. Disponível em: http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf. Acesso em: 13 jul. 2009.

[12] Cf. BIDART CAMPOS, German J. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: EDIAR, 1986. p. 181.

[13] Cf. **Artículo 33-** Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Disponível em: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.> Acesso em: 13 jul. 2009.

[14] Cf. **Constitucion de la Nacion Argentina**. Disponível em: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.> Acesso em: 13 jul. 2009.

de nível superior naquele país, conforme a previsão do artigo 75, inciso 22. [15] O congresso nacional fica encarregado de aprovar tratados de integração que dão competência e jurisdição a órgãos supranacionais, sob condições recíprocas e igualitárias, respeitando sempre a democracia e os direitos humanos.

O art. 75, inciso 22, supra mencionado, dispõe que as normas internacionais se, ao serem recebidas, tiverem um *quorum* de 2/3, a elas também se pode atribuir hierarquia constitucional, além daqueles tratados os quais a própria Constituição já designou à hierarquia constitucional (*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*).

Ou seja, a Constituição da Argentina versou expressamente acerca da questão dos tratados ratificados anteriores a reforma constitucional de 1994. Angélica Gelli defende que a Constituição Argentina de 1994 estabeleceu a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. [16]

Antonio Travieso afirma que:

> La Constitución estabelece que los tratados com jerarquia constitucional no derogan artículo alguno de la primeira parte de la Constitución, o sea: La parte dogmática; y deben enternderse complementários de los derechos y garantias por ella reconocidos. Eso significa que los Tratados de Derechos Humanos con jerarquia constitucional se complementan com las normas de parte dogmática de La Constitución Nacional.[17]

A Argentina pode participar de processos de integração supranacionais. Deveras, segundo se depreende da primeira parte do inciso 24, do artigo 75 da Constituição Argentina, está recepcionada, como princípio de direito público argentino, o fenômeno da integração e o direito comunitário supranacional.

---

[15] Cf. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. **Constitucion de la Nacion Argentina**. Disponível em: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf.> Acesso em: 13 jul. 2009

[16] Cf. ANGÉLICA GELLI, Maria. **Constitución de la nación Argetina**. 2º Edicção. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 592.

[17] Cf. TRAVIESO, Juan Antonio *apud* Cf. GOMES, Eduardo Biacchi. **O Artigo 5º. § 3º. Da Constituição Federal, uma Análise a Partir do Direito Comparado Argentino**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil – V. 4, N. 4 (Jan/Dez, 2004). Curitiba: UniBrasil, 2005. ISSN: 1678-2933. p.73.

Segundo Mansueti,

> Se trata de la única interpretación que permitiría compatibilizar el texto del art. 27 de la Constituición con la posibilidad de delegación de competencias prevista por el art. 75 inc. 24, máxime teniendo em cuenta que, como muy bien apunta Orlando J. Gallo, el mismo artículo em su inciso 22, otorga jerarquía constitucional a uma serie de tratados sobre derechos humanos, 'con la aclaración que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constituición[18].

Atribuiu aos tratados e acordos internacionais uma hierarquia superior às leis internas, conforme mencionado supra, de maneira a serem interpretadas harmoniosamente, com os direitos e garantias da Constituição vigente.

Assim, os tratados e acordos com vigência posterior à constituição poderão adquirir hierarquia constitucional depois de aprovados pelo Congresso. Contudo, os acordos não mencionados no artigo 75 da Constituição Argentina, mesmo depois de aprovadas pelo Congresso, dependerão de regulamentação por lei para terem vigência nacional.

Portanto, percebe-se que a Constituição da Argentina, após a reforma de 1994, concebe a primazia da ordem externa sobre o Direito Interno.[19] Ainda, que versou acerca dos tratados dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda Constitucional, assegurando a natureza de norma constitucional, com hierarquia constitucional, aos já mencionados na Carta Constitucional. Nessa esfera há uma nítida posição protecionista quanto aos tratados de direitos humanos.

b) Constituição Brasileira

A aplicabilidade direta e imediata dos TIDH no Brasil tem o sentido fundamental de que:

> Os direitos, as liberdades e as garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta de Constituição e ao através de *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relação jurídico-materiais.[20]

---

[18] Cf. MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías: armonización**. *Op.cit*. p.74.

[19] Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

[20] Cf. CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Ver. Coimbra: Livraria Almedina,

O intuito do Poder Constituinte, em 1987, na proposta fornecida pelo doutrinador Augusto Cançado Trindade, através da Comissão de Direitos e Garantias Individuais, foi a de incluir no texto constitucional um modelo aberto de proteção aos direis humanos.[21]

Nos dizeres de Augusto Cançado Trindade:

> Assim, a novidade do art. 5 (2) da Constituição Federal de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionais consagrados, dos direitos e garantias dos direitos expressos em tratados internacionais em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do humanos venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.[22]

Por sua vez, a Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, estabeleceu um procedimento formal mais rígido para que as normas internacionais de direitos humanos, decorrentes de tratados internacionais relativos à matéria de direitos humanos, pudessem ser equivalentes às Emendas Constitucionais (parágrafo terceiro 3º [23], art. 5º, CF/88).

Duas correntes se posicionaram em torno da alteração embutida pelo § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988. A primeira corrente defende que todos os tratados internacionais de direitos humanos nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, ou seja, anteriormente ratificados, são materialmente constitucionais. Contudo, antes da EC 45/2004, e, inclusive, até os dias atuais, não é unânime o reconhecimento desse bloco constitucional. Como afirma Celso Lafer "o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º."[24]

Na verdade, um dos grandes pontos negativos, que induz a essa interpretação mais protetora dos tratados de direitos humanos, é que não há meios de se cobrar e exigir

---

1993. p. 587.

[21] Cf. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 44/48.

[22] Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

[23] Cf. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[24] Cf. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005. p.16.

a aplicação e respeito de tais direitos elencados em Tratados Internacionais, não há garantia, tornando a lei, o direito, letra morta. Celso Mello, acertadamente, afirma que:

> Os tratados internacionais em grande parte dos casos não são aplicados pelos tribunais devido à ausência de implementação, como os textos internacionais que definem o crime de tortura, mas o Brasil não estabeleceu a pena. O mesmo ocorre com as infrações do DI humanitário.[25]

Uma interpretação diversa seria tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, e, ainda, dificultar a incorporação ou exercício desses. Pois bem, entende-se que ao menos os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/04 já adquiriram, por força dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República, o *status* de norma constitucional, encontrando-se incluídos no rol dos direitos constitucionalmente assegurados, pois se encontram protegidos pela disposição do art. 60, § 4º, sendo insuscetíveis de qualquer alteração, mesmo por emenda constitucional.

A segunda interpretação parte do pressuposto que os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004 equiparam-se à lei federal, se não forem aprovados pelo procedimento instituído pelo 3º do art. 5º da CF/88, inclusive os já anteriormente ratificados devem passar pelo procedimento.

Carlos Eduardo Caputo Bastos ressalta a carência no texto constitucional brasileiro quanto a uma disposição normativa que vincule os tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno. Ao considerar todo este cenário, avaliando o MERCOSUL, faz a seguinte consideração:

> Diante desse quadro, verifica-se que a participação do Brasil no Mercosul carece de definição constitucional em dois aspectos: a) prevalência ou primazia dos tratados sobre direito federal infraconstitucional, em razão da ausência de norma de conflito; b) possibilidade de o país submeter-se a uma ordem jurídica supranacional, em razão da explícita submissão do tratado ao controle de constitucionalidade, vale dizer, primazia do direito constitucional interno sobre direito internacional. [26]

Na seara de proteção internacional dos direitos humanos, respaldada na dignidade da pessoa humana, presume-se que a aplicação da norma internacional tem como propósito aperfeiçoar, e não desafiar a norma interna, em benefício dos seres

---

[25] Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque**. Curso de direito internacional público.** 12 ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2 v. p. 792.

[26] Cf. BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O Processo de Integração do MERCOSUL e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados.** In Estudos da Integração. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 12º vol., 1997, p. 16.

humanos. [27]

Atualmente, um dos grandes pontos negativos acerca da efetivação dos tratados que versam sobre direitos humanos no plano interno, levantado pelos estudiosos dessa temática, é que não há meios de se cobrar e exigir a aplicação de tais direitos humanos no plano interno de cada país. Decorrência do não desenvolvimento de normas vinculantes com eficazes sanções, em outras palavras, não há meios de garantia, tornando a lei, o direito, letra morta.

Assim, através dessa nova problemática insurgida pelo acréscimo do 3º do art. 5º da CF/88, apresentam-se duas interpretações possíveis desse dispositivo, quais sejam, o primeiro de que todos os tratados que versam sobre direitos humanos devem passar pelo Congresso Nacional com o *quorum* qualificado; de outro lado, que o referido dispositivo só deve ser aplicado aos tratados que serão ratificados, já que a redação do § 2.º do art. 5.º da CF já garantia essa primazia. A matéria ainda não está pacificada na jurisprudência brasileira.

De forma conclusiva, afirma-se que o caráter fundamental dos direitos não está diretamente correlacionado à sua previsão na Constituição, uma vez em que esses detêm fundamentos sociais e históricos. Não se torna pertinente que se negue a possibilidade de consagração de outros direitos que, ao longo do tempo.

Cançado Trindade já advertia sobre a impertinência da defesa do entendimento em torno da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da promulgação da EC nº. 45/04, perceba:

> A disposição do artigo 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do artigo 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60(4)(IV)). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.[28]

[27] Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos.** Vol. I. Porto Alegre: Renovar. p.129.

[28] Cf. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 1, 1999. pp. 46/47.

Do mesmo modo afirma Ingo Sarlet:

> Parece-nos que há sim pelo menos espaço para uma interpretação teleológica e sistemática em prol da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais. Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a ratio e o telos do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um status jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. [29]

Dessa forma, não há como defender que os tratados internacionais anteriores à EC 45/2004 devem passar pelo procedimento instituído pelo § 3º do art. 5º, para surtirem efeitos internos, uma vez em que tais direitos são embutidos no texto constitucional como o bloco constitucional material, pois o parágrafo 2º do art. 5º é uma cláusula aberta.

As normas internacionais de direitos humanos provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil antes a Emenda Constitucional nº. 45/2004 constituem direitos adquiridos, não havendo justificativa legal que quebre o princípio da irretroatividade ampla e o da imediata aplicação das normas constitucionais e que permita que uma Emenda Constitucional retroaja para abolir direitos adquiridos.

Assim, a Emenda referendada supra apenas instituiu um procedimento formal mais rigoroso de reconhecimento, não versando sobre o aspecto material dos direitos humanos provenientes de tratados internacionais. Ao se considerar a proteção legal internacional e constitucional, necessário se faz defender o total reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais.

c) A Constituição Paraguaia

O preâmbulo da constituição do Paraguai esboça sobre a soberania nacional e a independência, a dignidade humana já vem relatada no próprio preâmbulo,[30] a constituição do Paraguai comprova que os direitos e garantias não são exaustivos, como

[29] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006. p. 59/88.

[30] Cf. **Constitución de la República de Paraguay**. Disponível em: <*http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf..*>Acesso em 13 jul. 2009.

se percebe em seus artigos 12, 43 e 45,[31] "demonstrando certa fusão entre as posturas neoliberais ascendentes e a necessidade de uma proteção maior para uma nação tão fragilizada nos aspectos políticos, econômicos e sociais".[32]

O art. 137, que se refere *a la supremacia de la constitucion*, coloca os tratados, convênios e acordos internacionais em hierarquia normativa à Constituição, perceba:

> Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION
> La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran El derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

Portanto, os tratados celebrados pelo Paraguai equiparam-se, automaticamente, "*em la cúspide de su ordenamiento jurídico interno del mismo modo que la propria Constitución*"[33].

No que se refere à hierarquia reservada às normas aprovadas no marco da integração do Paraguai com outras nações, o art. 141 e 145 da sua Constituição estabelece que:

> 141. Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte de ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina El Artículo 137.
> 145. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un **orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.** Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso. (g.n.)

O dispositivo constitucional 145 coloca o Paraguai em uma posição favorável e aberto à cessão de parte de sua soberania com vistas a uma efetiva integração regional, uma vez em que reconhece um ordenamento jurídico supranacional para a garantir a vigência dos direitos humanos. Não existem obstáculos concretos para a delegação de competências, normativas ou jurisdicionais, a órgãos supranacionais, como se percebe

---

[31] Cf. **Constitución de la República de Paraguay**. Disponível em: <*http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf*.> Acesso em 13 jul. 2009.

[32] Cf. CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2000. p. 145.

[33] Cf. MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur**: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías: armonización. *Op.cit*. p. 67.

através da análise constitucional.

Portanto, no sistema constitucional do Paraguai, os direitos fundamentais encontram-se protegidos por uma cláusula impeditiva de modificação ou supressão por meio do processo denominado Emenda Constitucional, havendo necessidade do procedimento de reforma da Constituição da aprovação popular.

Nesse contexto os tratados de direitos humanos contam com maior hierarquia que as demais normas internacionais, conforme regra inscrita no artigo 142 da Constituição paraguaia, que defende a impossibilidade de denuncia dos tratados internacionais de direitos humanos. [34]

Pois bem, dessa forma, é perceptível uma abertura da Constituição do Paraguai a uma maior proteção dos direitos humanos provenientes dos tratados internacionais, com uma equiparação desses as normas constitucionais.

d) A Constituição Uruguaia

A Constituição da República Uruguaia regula os direitos fundamentais de seus habitantes no art. 7º,[35] o artigo 72 , por sua vez, dispõe acerca dos direitos sociais.[36]

O Uruguai foi o primeiro país da América Latina a acolher constitucionalmente - e na década de 60 - a idéia básica da integração.[37] A República do Uruguai, na reforma constitucional de 1967, reconheceu a importância de uma integração regional, tanto que o seu art. 6º, § 2º, assinala que se buscará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos.[38]

No Uruguai, compete a Assembléia Geral (Congresso) aprovar e reprovar, por maioria absoluta, os tratados celebrados pelo Poder Executivo (art. 85, 7º c/c art. 168, n. 20, da Constituição de 1967). Aliás, a soberania legislativa uruguaia ganhou ênfase no

---

[34] Cf. Art. 142. Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf.>Acesso em 13 jul. 2009.

[35] Cf. **Constitucion de la Republica del Uruguay**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html.> Acesso em: 13 jul. 2009.

[36] Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Flávia Piovesan**. *Op. cit*. p. 326.

[37] Cf. MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur**: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías: armonización. *Op.cit*. p. 69.

[38] Cf. Art. 6º, § 2º. La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ury/sp_ury-int-text-const.html.> Acesso em: 13 jul. 2009.

art. 4º de sua Constituição, *verbis: "La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de estabelecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará".*

Reconhece e admite a competência extranacional derivada dos tratados aprovados. Omite em precisar a hierarquia com a qual são recebidos os tratados em seu direito interno. Entretanto, tem-se sustentado que o critério vigente é o de outorgar prioridade à norma posterior no tempo em caso de discrepância, partindo-se da premissa que tratado e lei têm a mesma hierarquia.[39]

Constituição da República do Uruguai enuncia estes mesmos direitos e liberdades na sessão referente a "Direitos, Deveres e Garantias". As normas internacionais terão vigência interna, sendo desnecessária a regulamentação específica da matéria pelo Poder Legislativo. Prevalecerá a cláusula de que todas as diferenças que surjam entre as partes contratantes serão decididas por árbitros e outros meios pacíficos. A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas.

Por fim, a Constituição da Republica do Uruguai, embora não tenha uma norma expressa definindo a questão do conflito de fontes, revela, a primazia do Direito Internacional em confronto com o Direito interno no Uruguai.

4. Conclusão

De maneira preliminar defendeu-se a natureza de ciência autônoma do direito comparado, bem como esse ramo ter objetivos e finalidades próprias. Ainda a importância e necessidade atual de averiguação das semelhanças e dessemelhanças entre as Constituições nos países do MERCOSUL, no que concerne a forma de recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, isso, pois os quatro países não devem medir esforços para alcançar a harmonização ou convergência de suas legislações.

Podem-se observar convergências e discrepâncias no que diz respeito à legislação referente aos direitos humanos nos países do MERCOSUL. A constituição política de cada um desses países carrega princípios que priorizam a pessoa humana e subordinam as atividades econômicas privadas ao respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo e à consideração do interesse social e humano, possuindo, portanto, hierarquia especial em relação aos demais tratados.

A Argentina, por sua vez, apresenta muitas inovações importantes na legislação em nível provincial, incluindo aspectos que, em muitos casos, estão à frente da legislação nacional, o que, em menor escala, ocorre também no Brasil.

---

[39] Cf. MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur**: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías: armonización. *Op.cit*. p. 70.

Após a reforma de 1994, estabeleceu de forma expressa a hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente, os quais a própria Constituição já designou à hierarquia constitucional, e posteriormente se, ao serem recebidas, tiverem um *quorum* de 2/3, a elas também se pode atribuir hierarquia constitucional. Razão pela qual não deixa margem para interpretações divergentes quanto ao *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

A constituição brasileira, por seu turno, avançou significativamente em termos da adequação da legislação nacional às normas internacionais de direitos humanos. Ao inserir o §3º ao artigo 5º, através da Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, instituiu um procedimento formal para que as normas internacionais de direitos humanos, decorrentes de tratados internacionais relativos à matéria de direitos humanos, pudessem ser equivalentes às Emendas Constitucionais.

Por intermédio dessa os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem ser aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, para serem equivalentes às emendas constitucionais. Entretanto ao silenciar a respeito dos tratados de direitos humanos anteriormente ratificados, vem suscitando divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Concluiu-se que dessa os tratados internacionais anteriores à EC 45/2004 não precisam passar pelo procedimento instituído pelo § 3º do art. 5º, para surtirem efeitos internos, com *status* de norma constitucional, com fulcro no parágrafo 2º do art.5º.

A Constituição paraguaia, fortemente inspirada na legislação brasileira, também apresenta importantes avanços neste campo, como disciplina o artigo 137 e 145, posiciona os tratados, ao lado da Constituição.

O Uruguai, mesmo sendo o país que apresenta menor avanço em temas ligados ao comportamento e às mudanças culturais, reflexo do próprio caráter mais conservador desta sociedade, reconhece e admite a competência extranacional derivada dos tratados aprovados.

Os países integrantes do MERCOSUL caminharam na direção de sua inserção em contextos supranacionais conferindo aos tratados internacionais de direitos humanos lugar de destaque no ordenamento jurídico e em alguns casos concedendo-lhes estatura constitucional.

Com fulcro na Declaração Universal dos Direitos do Homem, expressa em suas Constituições, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegura de forma protecionista direitos individuais e sociais. O MERCOSUL, para se consolidar, enquanto pessoa de direito internacional, é necessário, passar por firme atuação na área da promoção e proteção dos direitos humanos.

Portanto, após essa análise, conclui-se que os quatro países analisados adotaram, nas suas respectivas constituições, artigos que conferem *status* constitucional aos

tratados internacionais de direitos humanos ratificados internamente, além de também lhes conferir aplicação imediata.

Entretanto, para uma maior efetividade dos direitos humanos no MERCOSUL seria plausível a uniformização acerca da interpretação da legislação e da doutrina pertinentes aos direitos humanos provenientes dos Tratados Internacionais. A realização plena e não apenas parcial dos direitos de cidadania envolve exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacionais e internacionalmente assegurados.

Referências

ANGÉLICA GELLI, Maria. **Constitución de la nación Argetina**. 2º Edicção. Buenos Aires: La Ley, 2004.

BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O Processo de Integração do MERCOSUL e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados.** In Estudos da Integração. Brasília: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 12° vol., 1997.

BIDART CAMPOS, German J. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: EDIAR, 1986.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Ver. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASIELLO, Juan. **Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1954.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **A regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas no âmbito do Mercosul**. São Paulo: LTr, 2000.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado. Vol. I. Teoria do direito comparado (Introdução. Teoria. Metodologia)**. 2º edição totalmente revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Eduardo Biacchi. **O Artigo 5º. § 3º. Da Constituição Federal, uma Análise a Partir do Direito Comparado Argentino**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil – V. 4, N. 4 (Jan/Dez, 2004). Curitiba: UniBrasil, 2005. ISSN: 1678-2933.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MANSUETI, Hugo Roberto. **Derecho del trabajo en el Mercosur: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas: asimetrías e armonización**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; PIOVESAN, Flávia; RIBEIRO, Maria de Fátima. **Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque**. Curso de direito internacional público.** 12 ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2 v.

MIRANDA, Jorge. **Sobre o Direito Constitucional Comparado.** Extraído das lições de Direito Constitucional Comparado ministradas na Universidade Católica em 1977-1978. Texto publicado: "Sobre o Direito Constitucional Comparado". Separata de Direito e Justiça, 1981/1986. v. 2.

MIRKINE-GUETZÈVITCH. ***Lês Méthodes d'étude du droit constitutionnel compar.*** In *"Revue Internationale de droit compare.* In *"Revue Internationale de droit comparé",* 1959.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **O Novo Quadro Jurídico das Relações Comerciais na América Latina: MERCOSUL.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1997.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Direito comparado e o seu estudo**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nova Fase. Belo Horizonte: a. 7.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2° e 3° do art. 5° da Constituição de 1988**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006.

SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de direito internacional e comparado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

SOUTO, Cláudio. **Da inexistência científico-conceitual do direito comparado**. Conceituação do Indagar Comparativo mais Específico da Ciência do Direito. Recife: Tese Doutoral. 1956.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional**. Arquivos de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, v. 1, 1999.

_____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos.** Vol. I. Porto Alegre: Renovar, 1997.

PROTEÇÃO UNITÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DOS DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL: UMA ANÁLISE NO CONTEXTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Orly Kibrit[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais e direitos humanos: proteção unitária no Direito Internacional dos Direitos Humanos; 3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a sua implementação no Brasil; 4. Análise de caso: audiência de custódia; 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade demonstrar a necessidade de efetivação de uma proteção unitária da cidadania transnacional no Brasil, entendida como aquela em que são observados não só os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico interno brasileiro, mas também os direitos humanos consagradas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Isso porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos exige dos Estados que modelem a sua atuação de forma a dar a maior proteção aos direitos de seus cidadãos, inclusive mediante eventual responsabilização do Estado por violações, ou seja, com a proteção dos direitos não somente pelo Estado, mas também contra o Estado.

A partir das previsões do artigo 4º, inciso II, e do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o presente trabalho passa pela aplicabilidade do Estado Constitucional Cooperativo como forma de se modelar a atuação estatal brasileira em observância ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil, abrindo-se o nosso ordenamento jurídico interno para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com essa abertura, que possibilita a proteção unitária da cidadania transnacional, a ideia é analisar o caso das audiências de custódia, como exemplo de permeabilização da ordem jurídica nacional, integrando-se às previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. Direitos fundamentais e direitos humanos: proteção unitária no Direito Internacional dos Direitos Humanos

Diante das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, e como resultado

[1] Universidade Presbiteriana Mackenzie

do fenômeno da globalização, a proteção aos direitos dos cidadãos passou a ser de preocupação internacional, deixando de ser assunto de interesse exclusivo de cada Estado isoladamente.

Com efeito, a partir de então, percebeu-se a insuficiência da proteção dos direitos pelo Estado, vislumbrando-se a necessidade de proteção também contra o Estado, surgindo, assim, a proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem o extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva.

Atualmente, portanto, a plena efetivação dos direitos da cidadania abrange tanto a efetivação dos direitos fundamentais, entendidos como aqueles constitucionalmente consagrados no âmbito do direito nacional, quanto os direitos humanos, tidos como os de consagração internacional[2], falando-se, então, em proteção transnacional da cidadania.

Conforme ensina Flávia Piovesan, forma-se, nesse contexto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que traz em si "o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea"[3]. Os direitos humanos, assim, convertem-se em tema de interesse internacional, tornando-se, por consequência, universais.

Cumpre anotar que essa perspectiva de proteção internacional dos Direitos da Pessoa, em verdade, não surgiu aí, foi concebida por Kant, para quem todo indivíduo é cidadão de um estado em particular e, ao mesmo tempo, do mundo[4].

Então, na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o cidadão nacional passa a ser também cidadão de uma sociedade mundial e a consequência disso é que a sua proteção passa a ser de responsabilidade de todos os Estados, os quais, por vezes, devem desprender-se do rigor de suas legislações internas na integração pela promoção dos direitos humanos.

Com a internacionalização dos direitos humanos, o conceito de soberania estatal deve ser repensado, agora com atenção às novas diretrizes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não havendo mais sentido na afirmação de autonomia estatal nesse campo da proteção à cidadania, como visto.

---

[2] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

[3] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 307.

[4] KANT, Immanuel. **A paz perpétua.** Um conceito filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhã, 2008. p. 22.

O Estado, assim, continua dotado de competências, mas a sua atuação passa a ter limitações, subordinando-se aos direitos do cidadão transnacional.

Desse modo, "os Estados não mais podem justificar a violação de direitos humanos em seu espaço interno sob o argumento do exercício da soberania", porquanto "o indivíduo, enquanto sujeito de direitos no âmbito da ordem jurídica internacional, recebe a garantia de proteção do direito internacional público, que não conhece delimitação territorial"[5].

Ora, "a não-ingerência em assuntos internos não pode ser interpretada como pretendendo limitar o mecanismo de monitoramento internacional em sede de direitos humanos", já que "estes direitos, pela universalidade e indivisibilidade que os caracteriza, não dizem respeito estrito a um ou outro Estado, mas a todos os Estados conglobados na comunidade internacional"[6].

Não se está defendendo o "fim" da soberania estatal, mas a necessidade de adequação da atuação estatal aos limites impostos pelo direito internacional dos direitos humanos, de tal modo que a soberania não mais seja utilizada "como capa protetora para os governantes que cometem graves violações dos direitos humanos"[7].

É preciso, então, que a interpretação constitucional seja feita de tal forma a considerar os compromissos internacionais assumidos pelos Estados, notadamente quanto à proteção dos direitos humanos, mas é de se ressaltar que as constituições "continuam sendo o pilar de nossos direitos e de nossas democracias"[8].

Nesse sentido, o Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado-Nação, entendido como Estado constitucional democrático internacional, mas não cooperante e não aliado no plano internacional, trazendo à atuação estatal elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam a clássica ideia de soberania, em que o Estado é uma unidade fechada (abertura do direito interno para as normas do Direito Internacional de Direitos Humanos, interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano).

---

[5] TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos:** uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. pp. 12-13.

[6] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. pp. 337-338.

[7] AMARAL JUNIOR, Alberto do. Os direitos humanos no plano internacional. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.** São Bernardo do Campo, v. 7., 2001. p. 27.

[8] VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. *In* SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito global.** São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 20.

Com o Estado Constitucional Cooperativo, tem-se a abertura do diálogo entre as nações, de modo que os Estados Constitucionais não mais existem para si mesmos, bem como que o Direito Internacional tenha um papel que vai além da mesma coexistência pacífica entre os Estados e da delimitação das soberanias nacionais[9].

Assim, os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações de direitos humanos – relação de complementaridade.

Parte-se, assim, da ideia de que a ordem internacional interfere diretamente na atuação do Estado nacional, o qual, então, não pode mais ser tido como soberano nos moldes tradicionais. Deve, nessa linha, ser cooperativo, abrindo-se para as exigências da ordem internacional[10].

No Estado Constitucional Cooperativo, o Estado existe para o ser humano e o poder estatal deve ser exercido de acordo com os limites impostos pelos direitos humanos. Nesse aspecto, "a soberania existe a favor da liberdade, não podendo ser utilizada como escudo contra os direitos humanos garantidos pela ordem internacional"[11].

Assim, "do ponto de vista dos direitos humanos, a soberania não está definida pelo poder ilimitado do Estado, mas por atuação dos poderes internos do Estado em direção à concretização dos direitos humanos"[12]. O Estado, então, "não se justifica por si só, mas encontra-se condicionado por circunstâncias externas"[13].

Nesse contexto, a cidadania passa a ser objeto do direito internacional, "com profundas modificações na ordem jurídica interna e internacional" (BARACHO, 2003, p. 26), falando-se, então, em cidadania transnacional.

3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e a sua implementação no Brasil

No contexto brasileiro, verifica-se que a nossa Constituição da República de 1988

[9] SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade:** diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 76.

[10] Ibidem. p. 76.

[11] Ibidem. p. 78.

[12] SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade:** diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013. pp. 78-79.

[13] SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCAOSLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

institucionalizou a proteção aos direitos humanos pelo Brasil, notadamente pelo seu artigo 4º, inciso II, que consagra o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil.

Ora, a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está, ao mesmo tempo, reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal.

Ademais, o §2º do artigo 5º da nossa Lei Maior dispõe que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", demonstrando a abertura do ordenamento jurídico pátrio à proteção internacional dos direitos humanos.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, adveio a previsão do parágrafo 3º do artigo 5º, segundo a qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Diante da alteração constitucional, surgiu o entendimento de que somente os tratados de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e aprovados conforme o rito específico previsto no mencionado parágrafo 3º é que teriam natureza equivalente a de Emenda Constitucional; os demais teriam força de lei ordinária.

De outro lado, firmou-se entendimento diverso, no sentido de que todos os tratados internacionais de direitos humanos teriam natureza constitucional, de maneira que a alteração promovida pela Emenda 45 a esse respeito teria apenas atribuído o caráter de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos aprovados conforme o rito do parágrafo 3º do artigo 5º.

De fato, a nosso sentir, não é possível igualar os tratados em geral com aqueles que versam sobre os direitos humanos, mostrando-se de rigor dispensar tratamento especial a esses últimos.

É preciso considerar a diferente finalidade do Direito Internacional comum em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e seus diversos objetos e objetivos, que levam, consequentemente, a essa diferença de tratamento nos tratados formulados no âmbito de cada qual.

Assim, uma vez ratificados, os tratados sobre Direitos Humanos passam a ter aplicabilidade imediata em nosso ordenamento jurídico, diferentemente das demais espécies de tratados internacionais, que precisam seguir um procedimento específico

para que passem a integrar nossa ordem jurídica[14].

Em suma, é preciso considerar que o artigo 5º da Constituição da República de 1988, em seu parágrafo 2º, determina que os direitos humanos previstos nos tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro passam a integrar o bloco de constitucionalidade, ainda que apenas formalmente.

Desta forma, aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil deve ser conferida a mesma hierarquia das normas constitucionais, servindo eles também como paradigma para a aferição da validade de normas ou de atos internos.

Nesse sentido, entende Celso Lafer que, mesmo os tratados de direitos humanos aprovados no Brasil pelo quórum simples devem integrar o bloco de constitucionalidade, não se podendo encará-los como leis ordinárias, justamente em razão da redação do parágrafo 2º em questão. Ressalta Celso Lafer que, ainda que não integrem a Constituição documental, os tratados internacionais de direitos humanos somam-se aos princípios e aos valores constitucionais, na busca pela plena afirmação dos direitos humanos[15].

De outro lado, se o tratado internacional de direitos humanos for aprovado pelo *quorum* qualificado previsto no previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, será formalmente constitucional, servindo de paradigma também ao controle concentrado de constitucionalidade[16].

Diante desse entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, mostram-se plenamente aplicáveis as ideias do Estado Constitucional Cooperativo.

Isso porque, o entendimento de que os tratados de direitos humanos devem ser utilizados também como parâmetro de interpretação constitucional, na busca pela maior efetivação dos direitos humanos, permite que se compatibilizem as disposições constitucionais e as internacionais a respeito do tema, de modo que a proteção à cidadania transnacional seja, de fato, uma limitação na atuação estatal, impedindo-se que o Estado utilize a soberania estatal como argumento para o não cumprimento de suas obrigações internacionais a esse respeito.

---

[14] PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 74.

[15] LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005. pp. 16-17.

[16] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In* MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade:** um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 44.

Assim, permite-se a harmonização dos sistemas normativos nacionais e internacional na busca pela interpretação que propicie a mais completa proteção aos direitos humanos.

Com isso, é importante ressaltar, preserva-se a própria Constitucional Federal brasileira, a qual, como visto, prevê como fundamento da nossa República Federativa a proteção à cidadania, tendo por princípio orientador das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (artigos 3º, inciso II, e 4º, inciso II, respectivamente).

Essa abertura para a inclusão, em nosso ordenamento jurídico, dos direitos humanos previstos em tratados internacionais com *status* constitucional, independentemente da formalidade na sua internalização, possibilita a atuação estatal permeável, considerando-se não apenas e rigidamente as previsões internas, mas também aquelas decorrentes do Direito Internacional.

Entendimento diverso impossibilitaria a implementação do Estado Constitucional Cooperativo e, por consequência, a alteração constitucional, por meio da qual se incluiu o §3º no artigo 5º, consistiria em obstáculo à efetiva proteção internacional aos direitos humanos em nosso país, legitimando o Estado a descumprir o acordo de forma unilateral.

Quanto à proteção internacional, que objetiva salvaguardar o cidadão contra violações perpetradas pelos Estados, tem-se que, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o sistema global e o regional complementam-se para reforçar essa proteção.

A associação de países, no âmbito regional, visa ao aprimoramento e fortalecimento da tutela dos direitos do homem, com atenção especial às particularidades da região, o que, em tese, é capaz de dotar o sistema de maior efetividade.

Regionalmente, o sistema Europeu é o mais desenvolvido, seguido do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O sistema africano ainda é incipiente e não há sistema de proteção aos direitos humanos na África.

O Brasil faz parte do Sistema Interamericano, formado no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Esse sistema passou a traduzir a consolidação de um "constitucionalismo regional", sendo composto por quatro instrumentos normativos principais: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (1969) e Protocolo de San Salvador (1988).

O instrumento mais importante é a Convenção Americana de Direitos Humanos, redigida em São José da Costa Rica, em 1969 e que entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito do 11º instrumento de ratificação.

No âmbito desse sistema, para garantir a proteção aos direitos humanos no

continente americano, a Convenção estruturou 2 órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme o artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os casos podem ser submetidos à Corte pela Comissão ou por um dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, mas não individualmente por um cidadão, que deverá, antes, passar pelo crivo da Comissão em relação a uma alegada violação pelo Estado.

A aceitação da jurisdição da Corte é facultativa, mas, uma vez que se submeta a ela, torna-se obrigatório ao Estado o cumprimento de seus comandos, em observância ao princípio *pacta sunt servanda*, sob pena de responsabilização internacional, nos termos do artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos passou a integrar o ordenamento jurídico interno a partir do Decreto Presidencial 678, de 11 de novembro de 1992.

De seu turno, o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte pelo Brasil, com a sua consequente sujeição a suas decisões, ocorreu por meio do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, e do depósito da respectiva nota junto ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos.

Com isso, o Brasil encontra-se plenamente inserido no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, razão pela qual a atuação estatal encontra-se subordinada não somente aos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico interno, mas também aos direitos humanos assegurados no contexto regional.

4. Análise de caso: audiência de custódia

Com a finalidade de ilustrarmos a proteção unitária, pelo Brasil, dos direitos internos fundamentais e dos direitos humanos internacionalmente assegurados, mais especificamente no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, analisaremos um caso concreto, em que a proteção internacional teve influência decisiva para a alteração da atuação estatal. É o caso das chamadas audiências de custódia.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 7.5, prevê que: "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Essa previsão foi invocada no "Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil", em que o Brasil foi acusado, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão da execução de um menino no Rio de Janeiro por Policiais Militares.

A respeito desse caso, a Comissão, em seu informe 33, de 11 de março de 2004, concluiu que a vítima fora ilegalmente privada da sua liberdade, destacando, dentre outros motivos, o fato de que não foi levada sem demora à presença de um juiz[17].

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também tratou da questão em alguns casos, reafirmando a necessidade de apresentação do preso sem demora ao juiz.

No "Caso Bayarri vs. Argentina", em sentença proferida em 30 de outubro de 2008, a Corte reconheceu a ofensa ao direito à audiência de custódia pela demora de uma semana na apresentação do preso ao juiz[18].

Já no "Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México", em sentença proferida em 26 de novembro de 2010, a Corte ressaltou que o controle imediato da prisão é uma medida voltada a evitar a arbitrariedade ou a ilegalidade nas detenções, considerando-se que em um Estado de Direito o juiz deve garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção nos casos em que estritamente necessário e buscar um tratamento de acordo com a presunção de inocência[19].

Importante assinalar, ainda, que, ao julgar o "Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íniguez vs. Equador", em sentença de 21 de novembro de 2007, a Corte Interamericana consignou que o direito em questão não é assegurado pela mera presença de um juiz no momento da prisão, esclarecendo que o preso deve ser pessoalmente ouvido pelo juiz, que avaliará todas as explicações apresentadas na verificação da necessidade de manutenção da prisão[20].

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a despeito da previsão contida na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Código de Processo Penal prevê somente que o juiz será imediatamente comunicado da realização de flagrante e que o auto de prisão em flagrante será encaminhado ao juiz competente em até 24 horas, para que possa realizar o devido controle judicial[21].

---

[17] https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm [Acesso em 4.3.2018]. Parágrafo 59.

[18] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf [Acesso em 4.3.2018]. Parágrafo 66.

[19] http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf [Acesso em 4.3.2018]. Parágrafo 93.

[20] http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf [Acesso em 4.3.2018]. Parágrafo 85.

[21] Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz

A respeito do tema, foi elaborado o Projeto de Lei 554/2011, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, com a finalidade de se inserir no Código de Processo Penal, mais especificamente no parágrafo primeiro do artigo 306, a obrigatoriedade de condução do preso ao juiz competente para a realização do controle da prisão efetuada.

Na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa, o projeto recebeu uma emenda substitutiva do Senador João Capiberibe, acolhida por unanimidade, para um maior detalhamento do procedimento a ser adotado.

Observa-se que o referido Projeto de Lei do Senado, originalmente, possui uma normativa quase completa sobre a audiência de custódia, não permitindo a abertura de margem para interpretações acerca da autoridade a quem o preso deve ser conduzido (o juiz) ou a respeito do prazo em que tal medida deve ser viabilizada (em até vinte e quatro horas da prisão), além de impor as garantias do contraditório e da ampla defesa, no momento da realização da audiência (imprescindibilidade da defesa técnica no ato).

O projeto foi acolhido pela Comissão de Assuntos Econômicos em 26 de novembro de 2013 e posteriormente remetido para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde foi distribuído para o Senador Humberto Costa. Então, recebeu, em 25 de junho de 2014, uma emenda substitutiva de autoria do Senador Francisco Dornelles, apenas para inserir a previsão de que a audiência de custódia também poderá ser feita mediante o sistema de videoconferência.

Sem a efetivação da alteração do Código de Processo Penal, o Tribunal de Justiça de São Paulo, atento às exigências da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da apresentação do preso ao juiz, editou o Provimento 3/2015, instituindo as audiências de custódia em São Paulo.

Em vista de tal Provimento, a Academia de Delegados de Polícia do Brasil ajuizou

---

competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

[...]

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Ação Direta de Inconstitucionalidade[22], ao argumento, dentre outros, de que a normatização extrapolaria os limites de um Provimento, invadindo assunto a ser tratado por lei federal.

No entanto, a ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, que confirmou a validade do Provimento, tendo em vista que não haveria efetiva inovação no ordenamento jurídico pela normatização, mas, sim, regulamentação da própria previsão do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, como visto, integra o nosso ordenamento jurídico e deve ser observada na proteção aos direitos de nossos cidadãos.

Seguindo a linha do provimento do Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de justiça editou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução 213, que, segundo o seu artigo 1º, determina que "toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão".

Assim, agora em âmbito nacional, a comunicação do flagrante e o envio do respectivo auto da juiz competente, conforme determina o Código de Processo Penal, não mais são suficientes, tornando-se necessária a realização de audiência de custódia, apresentando-se o preso ao juiz, nos termos do entendimento firmado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5. Conclusão

A partir da análise da questão referente à audiência de custódia, percebe-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem servido de referência para a proteção unitária dos direitos fundamentais e dos direitos humanos no Brasil, nos moldes do Estado Constitucional Cooperativo, fazendo-se valer o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com efeito, como visto, a partir da ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os Estados não podem mais se fechar à proteção transnacional da cidadania sob a escusa do exercício da soberania.

Nessa perspectiva é que se fala na adoção do Estado Constitucional Cooperativo, para que o país possa abrir-se para a proteção internacional dos direitos humanos, tornando o seu ordenamento jurídico permeável e, assim, possibilitando a máxima proteção dos direitos da cidadania.

No Brasil, como visto, é possível adotar esse modelo de Estado, a partir das

[22] http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M [Acesso em 4.3.2018]

previsões contidas em nossa Constituição da República, especialmente o artigo 4º, inciso II, que traz o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, e o artigo 5º, parágrafo 2º, que prevê a integração entre os direitos e garantias expressos na Constituição e aqueles assegurados em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Nesse contexto, analisou-se a inserção do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a integração de tal sistema em nosso ordenamento jurídico interno, na busca pela proteção unitária dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, assegurando-se a cidadania transnacional no contexto interamericano.

Exemplificativamente, então, tratou-se da implementação das audiências de custódias no Brasil.

Como visto, o nosso Código de Processo Penal não prevê a apresentação do preso ao juiz no momento do controle judicial de uma prisão em flagrante. No entanto, em atenção ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao direito previsto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de o preso ser levado sem demora à presença do juiz, sobreveio regulamentação, por meio de Resolução do Conselho Nacional de Justiça, para a implementação da audiência de custódia no país.

Obviamente, ainda há um longo caminho a ser percorrido, tanto no Brasil quanto no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para que se possa efetivamente falar em proteção unitária da cidadania transnacional, de modo que nas duas esferas sejam consideradas as previsões internas e internacionais sobre direitos dos cidadãos, mas já se visualiza o início de uma abertura que possa levar a esse resultado.

Referências

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Os direitos humanos no plano internacional. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.** São Bernardo do Campo, v. 7, 2001.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua.** Um conceito filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhã, 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais:** estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In* MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade:** um panorama latino-americano: Brasil,

Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Transjusfundamentalidade:** diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCAOSLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos:** uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. *In* SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). **Direito global.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

Sites

https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm [Acesso em 4.3.2018]

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf [Acesso em 4.3.2018]

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf [Acesso em 4.3.2018]

http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf [Acesso em 4.3.2018]

http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M [Acesso em 4.3.2018]

A CLIENTELA FEMININA DO DIREITO PENAL: UM DEBATE ENTRE GÊNERO E SUBALTERNIDADE

Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa[1]
Aline Cristina Moura[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. A guerra às drogas e o grande encarceramento de mulheres; 3. A clientela do Direito Penal: perfil das mulheres presas; 4. A posição subalterna das mulheres na estrutura do crime; 5. Considerações Finais.

1. Introdução

Diariamente são noticiadas as prisões de grandes líderes da rede de drogas. Não por acaso, é irrisória a quantidade de mulheres que ocupam cargos de chefia ou comando na rede do tráfico. Contudo, indagamos qual a razão pela qual estamos presenciando um considerável aumento no número de encarceramento de mulheres, que vai de 2010 até os dias de hoje, atingindo a expressiva marca de 567% de aumento até o ano de 2014.

A guerra às drogas que tem seu auge na década de 90 chega ao Brasil e ao restante do globo pelo que Wacquant denominou a 'globalização da tolerância zero'. É sabido que o processo de globalização, aliado a uma onda crescente neoliberal, foi responsável pela intensificação de graves crises fiscais e a degradação do trabalho humano. Não à toa, Bauman afirma que "é essa exclusão mais do que a exploração apontada por Marx um século e meio atrás, que hoje está na base dos casos mais evidentes de polarização social, de aprofundamento da desigualdade e de aumento do volume de pobreza, miséria e humilhação." (2005, p. 47). Pessoas foram alijadas do ciclo econômico, pois, parecem não ter mais utilidade em tempos de flexibilização de direitos e numa época em que o Estado parece não mais ter a soberania de antes. Atores globais cada vez mais ditam as regras a que os Estados seguirão.

É nesse contexto de crises e flexibilização de direitos que nos deparamos com o conceito de feminização da pobreza. No topo daqueles que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade estão as mulheres, sobretudo, as mulheres negras. Para além da situação econômica, é imperioso considerar a desigualdade de gênero, evidente na discrepância salarial em relação aos homens, desigualdade que se revela também no lar e no cuidado dos filhos.

As condições a que as mulheres estão submetidas, tanto do ponto de vista

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-Mg. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista de pesquisa pela CAPES- Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

[2] Advogada. Membro da Comissão da Direitos Humanos da OAB 13º Subseção – Uberlândia/MG

socioeconômico, quanto de gênero, as colocam numa condição que acentua as possibilidades de ingressarem no tráfico de drogas. Procedemos a essa análise, sem, contudo, estabelecer entre essas premissas uma relação necessária de causalidade e incorrer no risco da generalização, o que não acreditamos.

O problema posto é o de saber se a condição de inferioridade vivenciada pelas mulheres no contexto social, seja no âmbito político, profissional ou no ônus do trabalho de casa, se revela também na rede do tráfico, mormente a ocupação de postos "inferiores" no trabalho ilegal.

A hipótese é a de que tal como ocorre na sociedade, na rede de tráficos a mulher também desempenha funções subalternas, muitas vezes, associadas ao transporte de drogas, sendo um alvo fácil da polícia, e ainda, frequentemente usada como bode expiatório, sendo facilmente substituível.

A relevância do trabalho está em oferecer reflexões através do debate para que, futuramente, essa preocupação venha a ser objeto de políticas públicas. Muito mais que um apanhado de respostas concretas, o presente trabalho traz a necessidade de repensar os papeis sociais e o impacto que eles têm, sobretudo, na vida das mulheres.

2. A guerra às drogas e o grande encarceramento de mulheres

Falar do grande encarceramento que se opera na atualidade consiste em compreender os mecanismos que engendraram tal situação. Loïc Wacquant (2001) oferece alguns pressupostos teóricos para a compreensão desse fenômeno de investida no Direito Penal máximo, ao lado de uma tendência neoliberal que privilegia o Estado mínimo, movimento que rapidamente se disseminou para o restante do mundo, sobretudo, para os países latino-americanos, no qual destacamos o Brasil.

A década de 70 é considerada aquela em que a guerra às drogas foi expressamente declarada pelo então presidente norte-americano Nixon, muito embora, desde a década de 30 há evidências históricas de uma guerra patrocinada pelos EUA desde Xangai[3]. A investida contra as drogas era sua plataforma de campanha, tendo no México seu "inimigo" principal. Assim, em setembro de 1969 foi dado início à *Operation Intercept*, cujo objetivo era interceptar os carregamentos que viessem do México (VALOIS, 2017, p. 265).

Ignorava-se, também, o fato de que apesar de toda essa investida contra as drogas só se via o consumo aumentar, ao passo que a política americana insistia em atribuir esse aumento à falta de controle pelos países produtores. Como consequência de uma política

[3] A conferência de Xangai foi realizada em 1909 por iniciativa do governo dos Estados Unidos. A Conferência de Xangai foi responsável por inaugurar os encontros internacionais visando a limitação ao comércio e produção de drogas

mal implementada, guiada exclusivamente pelo combate ao inimigo, Valois (2017, p. 265) explica que, apesar da pouca apreensão levada a cabo por essa operação, o preço da maconha teve um aumento em Nova York, o que fez com que os usuários alterassem para o uso do haxixe ou ingressassem no uso de anfetaminas, barbitúricos, ou mesmo, heroína.

Saltando alguns anos, desde a denúncia do contrato social fordista-keynesiano, ocorre a ingerência do setor privado no que seria decisivo à formulação e concepção de política pública. (WACQUANT, 2001, p. 13). Nesse contexto, destaca-se o papel exercido pelos *think tanks*[4] neoconservadores daquele período.

> De fato, os institutos de consultoria que, dos dois lados do Atlântico, prepararam o advento do "liberalismo real" sob Ronald Reagan e Margaret Thatcher através de um paciente trabalho de sabotagem intelectual das noções e das políticas keynesianas na frente econômica e social entre 1975 e 1985, com uma década de defasagem, alimentaram igualmente as elites políticas e midiáticas com conceitos, princípios e medidas em condições de justificar e acelerar o reforço do aparelho penal. (WACQUANT, 2001, p. 13).

Verifica-se aqui uma expansão irracionalizada do Direito Penal, ao lado de uma crescente onda neoliberal, constatada no crescente número de demandas por menos intervenção do Estado. Necessário reforçar o papel que esses referidos institutos desempenharam no tocante à conformação de uma nova mentalidade naquele contexto social. Institutos como o *American Enterprise*, o *Cato Institute* e a *Heritage Foundation* e, principalmente, o *Manhattam Institute* são conhecidos pela popularização de um discurso repressivo.

No início da década de 90 é o Manhattam Institute que organiza uma conferência e, posteriormente, publica sua revista abordando os aspectos da qualidade de vida. Wacquant (2001, p.15) destaca a exclusividade dessa revista, tendo seus dez mil exemplares sido distribuídos apenas para políticos, empresários, jornalistas, ou seja, grandes detentores do poder de influência na sociedade. O eixo central dessa discussão consiste em reforçar o caráter sacramental dos espaços públicos, sendo indispensável à vida urbana, ao passo que a desordem de que se utiliza as classes pobres seria o terreno natural do crime. Participou dessa discussão Rudolph Giuliani, que mais tarde faria de Nova York um "modelo" de implementação da doutrina da tolerância zero.

[4] Löic Wacquant os descreve como institutos de consultoria que analisam problemas e propõem soluções nas áreas militar, social e política. (2001, p.13)

> É ainda o Manhattam Institute que vulgariza a teoria dita "da vidraça quebrada" (broken windows theory], formulada em 1982 por James Q. Wilson (papa da criminologia conservadora nos Estados Unidos) e George Kelling em artigo publicado pela revista Atlantic Monthly: adaptação do ditado popular "quem rouba um ovo, rouba um boi", essa pretensa teoria sustenta que é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais. (WACQUANT, 2001, p. 16).

Os autores Georg Kelling e Catherine Coles tiveram apoio do *Center for Civic Initiative*[5], responsável pela promoção e financiamento do livro intitulado *Coles, Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, na tradução, "Consertando as vidraças quebradas: como restaurar a ordem e reduzir o crime em nossas comunidades". Pragmaticamente falando, essa teoria jamais fora comprovada, servindo, antes, de justificativa para a reorganização da atividade policial levada a cabo por William Bratton. O objetivo dessa empreitada era, especialmente, oferecer respostas à classe média e alta, cuja aspiração é a da reconquista do espaço público[6]. (WACQUANT, 2001, p. 16).

Esta nova política passa a ser facilmente incorporada nos discursos, seja no âmbito da cidade, na mídia nacional e internacional, atribuindo a queda da criminalidade em Nova York à investida policial que se formou naquele período. Ignoraram o fato de que essa queda já havia se revelado três anos antes da implementação da tática policial, ou ainda, que Boston, Chicago ou San Diego, cidades que não implementaram tal tática, também haviam tido quedas na criminalidade. (WACQUANT, 2001, p. 18).

O "modelo" desenvolvido por Giuliani rapidamente conquista adeptos no mundo. Em 1998, no México, o presidente lança uma cruzada nacional contra o crime, cujas medidas acabam por reproduzir o programa da tolerância zero em Nova York. Ainda em 1998, um mês após o México se manifestar, León Arslanian, o secretário de Segurança e Justiça em Buenos Aires afirma que essa região da Argentina também adotará o modelo proposto por Giuliani. No Brasil[7], no mês de janeiro de 1999, o então governador de

---

[5] Tinham como objetivo "pesquisar e publicar soluções criativas para os problemas urbanos baseadas no livre mercado". (WACQUANT, 2001, p. 16)

[6] Um exemplo atual dessa ideia de reconquista do espaço público e de como isso é vendido eleitoralmente, temos no Brasil o caso da área denominada cracolândia. Em 21 de maio de 2017 foi realizada uma operação conjunta entre a Polícia Militar e a GCM (Guarda Civil Metropolitana) de São Paulo, ocasião em que os usuários foram expulsos daquela região. Todavia, o que essa operação fez foi deslocar o fluxo daquelas pessoas, já que não havia uma atuação no sentido de tratamento daqueles usuários. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/31/cracolandia-e-deslocada-para-terceiro-lugar-em-tres-meses-no-centro-de-sp.htm>

[7] A investida nesse tipo de ação policialesca não parou nos idos de 99. Em setembro de 2013, a cidade de Belo Horizonte recebeu o ex prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani. Segundo foi noticiado, o ex

Brasília, Joaquim Roriz, manifesta a adoção da "tolerância zero", contando com a contratação de 800 policiais civis e militares suplementares. (WACQUANT, 2001, p. 20).

Assim, necessário compreender que o fenômeno do superencarceramento que ocorre na atualidade não foi isolado desse contexto de difusão de uma nova racionalidade punitiva que se operou nos Estados Unidos e na Inglaterra, tendo sido exportado como modelo de "política" ao restante do globo. Ainda hoje se investe numa estratégia que privilegia o encarceramento em detrimento, até mesmo, de medidas alternativas.

> Consoante dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referentes ao ano de 2014, estima-se que a população carcerária de nosso país tenha mais de 711 mil detentos. Como impulsionadora dessa realidade, podemos mencionar a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a chamada lei de Drogas, cuja atuação prioriza o aprisionamento e é considerada como responsável pelo grande encarceramento no país, cuja população carcerária, ainda segundo informações do CNJ de 2014, é a terceira maior do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, com a maior população carcerária do mundo e a China. (CAMARGO, SOUSA, 2017, p. 73).

Nesse sentido, surge como resultado de uma política de guerra às drogas a Lei 11.343 de 2006, a Lei de Drogas. Não obstante outros artigos constantes nessa legislação, chama atenção o artigo 28:

> Artigo 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I — advertência sobre os efeitos das drogas;
> II — prestação de serviços à comunidade;
> III — medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A problemática desse dispositivo gira em torno da definição de "uso pessoal." O autor Antonio Gonçalves questiona: "um indivíduo surpreendido com a posse de 300g de maconha pode ser considerado um traficante? Não é um evento que pode ser considerado como consumo pessoal com a compra para apreciação em longo prazo?" (GONÇALVES, 2007). Não é objetivo desse artigo adentrar na discussão acerca da pretensão do legislador ao utilizar essa terminologia. Trata-se de demonstrar que essa Lei foi também responsável pelo aumento do encarceramento no país, já que, ora pode uma determinada conduta ser enquadrada como tráfico, ora como consumo pessoal. Segundo o Infopen (2014), se em 2005 o número absoluto de presos no país era 296.919, sete anos depois, em 2012, este número passou para 515.482 presos. Ainda segundo o Infopen (2014), em 2005 as mulheres correspondiam a 4,35% da população prisional e

---

prefeito dava a 'receita' para diminuir o crime, cuja experiência estava lastreada na "tolerância zero". O TEMPO. <http://www.otempo.com.br/capa/brasil/ex-prefeito-de-nova-york-d%C3%A1-receita-para-reduzir-crimes-1.707692>

em 2012 elas passaram a ser 6,17% da população prisional total.

Ademais, há que se falar também do peso da semântica do testemunho nesses casos.

> Nesse contexto da prisão de usuários, chama atenção o peso da palavra do agente policial. O artigo 304, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, apesar de autorizar a lavratura da prisão sem testemunhas, como exceção, tem se apresentado na prática como regra e, ao se creditar toda a "verdade" no testemunho policial, viola-se o contraditório e ampla defesa. Um estudo do Núcleo de Estudos da Violência do Estado de São Paulo (2011, p. 55) constatou que 74% dos casos analisados contaram apenas com o testemunho dos policiais que efetuaram a apreensão do acusado, não estando presente nenhuma outra testemunha civil, sendo que o direito à ampla defesa restou cerceado. (CAMARGO, SOUSA, 2017, p. 74).

Resta evidente que a Lei de drogas teve consequências relevantes para a política de drogas levada a cabo pelo Estado. Os números refletem um recrudescimento da norma e, mais ainda, demonstram que se tratou com aprisionamento um problema de saúde pública, levando muitos jovens, mesmo sem antecedentes, para o cárcere. Nesse sentido, valiosa a lição do ministro Roberto Barroso por ocasião da revogação da prisão preventiva de um acusado de tráfico de drogas ao portar 69 gramas de maconha:

> A teratologia do caso, em que um investigado se encontra preso cautelarmente há quase sete meses sem justificativa idônea, suscita uma reflexão mais profunda sobre a atual política de drogas. A forte repressão às drogas, a criminalização do consumo da maconha e a ausência de critérios legais objetivos para diferenciar o usuário e o pequeno e o grande traficante têm produzido consequências mais negativas sobre as comunidades diretamente dominadas pelas organizações criminosas e sobre a sociedade em geral, do que aquelas produzidas pela droga sobre os usuários. Essa política tem importado em criminalização da pobreza, em aumento do poder do tráfico e em superlotação dos presídios, sem gerar benefícios reais para a redução da criminalidade e o aumento da segurança pública. (STF, 2015, p.4).

Curioso observar que esse aumento progressivo de encarceramento foi constatado também em outros países: "[...] segundo os dados apresentados pelo Institute for Criminal Policy Research, entre 2000 a 2014 o número de mulheres aumentou de 466.000 mulheres presas para o patamar mais recente de 700 mil"[8]. (INFOPEN, 2014, p. 9 e 10).

Dentro dessa realidade narrada, as mulheres demonstram fazer parte da clientela dessa guinada punitivista. Na época do relatório Infopen (2014, p.8) o Brasil tinha a

[8] "Estima-se que esse número seja ainda maior, uma vez que o relatório não acessou dados de 7 países e os dados da China referem-se somente às mulheres sem condenação e não ao total de mulheres no sistema prisional do país"

quinta maior população carcerária de mulheres, ficando atrás dos Estados Unidos (205.400 mulheres presas), China (103.766), Rússia (53.304) e Tailândia (44.751).

> Em que pese a expressiva participação de homens no contingente total de pessoas privadas de liberdade no país, é possível afirmar que a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, chegando ao patamar de 37.380 mulheres. Já a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período, seguindo a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil. Se em 2000 as mulheres representavam 3,2% da população prisional, em 2014 elas passaram a representar 6,4% do total encarcerado. (INFOPEN, 2014, p. 10).

Também é preciso destacar que cerca de 68% das mulheres encarceradas respondem pelo crime de tráfico ilícito de drogas, ou seja, falar no encarceramento de drogas é falar na criminalização de mulheres, especialmente, negras e pobres, como será melhor discutido no item a seguir, onde se analisa o perfil das mulheres encarceradas, que depõe muito acerca da seletividade do sistema prisional no país.

3. A clientela do Direito Penal: perfil das mulheres presas

O perfil das mulheres encarceradas diz muito sobre quem o sistema aprisiona. Amilton Bueno de Carvalho (2013) denomina de 'a clientela seletiva do Direito Penal'. Basta uma simples análise do sistema prisional para ver que não é qualquer perfil que se aprisiona. Aliás, de muito se sabe que os mecanismos que alimentam e nutrem o sistema prisional são seletivos. Os dados apresentados são oriundos do relatório Infopen mulheres (2014). Em junho de 2014, 3 a cada 10 mulheres estavam presas sem condenação, o que equivale a 11.269 mulheres custodiadas no sistema prisional sem sentença condenatória. Com relação à faixa etária, 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. (2014, p. 22).

> Analisando-se o perfil das mulheres privadas de liberdade por faixa etária por Unidade da Federação, percebe-se que o perfil etário da mulher encarcerada repete o padrão nacional jovem em quase todos os estados, com a grande maioria das mulheres privadas de liberdade abaixo dos 34 anos, ou seja, em pleno período economicamente ativo da vida. No Maranhão e no Acre, foi registrado um percentual considerável de mulheres entre 18 e 24 anos (45% e 41%, respectivamente). (INFOPEN, 2014, p.23).

A etnia também foi um dos fatores observados pelo relatório, sendo que 67% das mulheres presas são negras, o que equivale a dizer que duas em cada três presas são negras. (INFOPEN, 2014, p. 24). Outro fator observado é o estado civil das mulheres que se encontravam junto ao sistema prisional.

> A maior parte das mulheres encarceradas é solteira (57%), o que pode ser em parte explicado pela alta concentração de jovens no sistema prisional. Se compararmos a distribuição das categorias de estado civil entre homens e mulheres encarcerados, percebemos que a principal diferença entre os gêneros está nas categorias "divorciado e viúvo". Enquanto apenas 1% dos homens são divorciados e outros 1% viúvos, essa proporção é de 3% entre as mulheres. (INFOPEN, 2014, p. 25).

Outra característica de grande relevância diz respeito à escolaridade. De forma geral, foi constatado que a escolaridade é baixa na população prisional. Enquanto que na população brasileira 32% das pessoas completaram o ensino médio, somente 8% da população prisional o finalizou. Quando comparados o grau de escolaridade de homens e mulheres aprisionados, é possível observar que as mulheres possuem uma condição um pouco melhor, ainda que no quadro geral se mantenham baixos os níveis de escolaridade, assim, temos que: "50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental – 53% dos homens. Apenas 4% das mulheres encarceradas são analfabetas, contra 5% dos homens; 11% das mulheres encarceradas concluíram o ensino médio, contra 7% dos homens encarcerados". (INFOPEN, 2014, p. 26).

O referido relatório traz, ainda, a quantidade de estrangeiras que estão detidas no país. Em junho de 2014, época do levantamento de informações pelo Infopen, o sistema prisional contava com 2.778 estrangeiros dos quais 21% eram mulheres. Segundo o relatório, a maior parte destes estrangeiros têm origem americana. 53% das mulheres estrangeiras vieram da América, 27% da África e 13% da Europa. Quatro são os países que mais originaram mulheres estrangeiras encarceradas em junho de 2014 no Brasil: 99 mulheres da Bolívia, 83 mulheres do Paraguai, 47 da África do Sul, 35 do Peru e 29 mulheres provenientes da Angola.

Há uma gama de estudos visando traçar o perfil das mulheres encarceradas, já que este diz muito sobre o encarceramento e as futuras políticas públicas para amenizar os danos do grande encarceramento. A indagação: "quem são as mulheres presas?" visa, principalmente, dar rosto às milhares de detentas no país. Diga-se, ainda, que antes da edição do Infopen Mulheres de 2014 pouco se sabia acerca da situação das mulheres aprisionadas no país, sendo o primeiro relatório a fazer uma análise da situação dos presídios nacionais com recorte de gênero. De fato, quando comparadas às taxas de aprisionamento masculino temos que o encarceramento das mulheres corresponde a um número muito inferior. Contudo, frise-se, o que se discute são os contornos de um grande encarceramento de mulheres que vem ocorrendo na atualidade, cuja proporção, como dito, é superior ao encarceramento masculino. Tal afirmação é revelada em números ao se constatar que as taxas de aprisionamento feminino demonstram um crescimento de 567% entre os anos 2000 e 2014, enquanto a população de homens encarcerados cresceu 220% no mesmo período.

Mesmo estudos paralelos feitos em presídios mediante o uso do questionário dão conta de uma conclusão bastante similar a que chegou o relatório Infopen de 2014. A

pesquisadora Paula Carvalho Peixoto conduziu uma pesquisa na Penitenciária Feminina de Brasília (PFDF), e constatou que, com relação à cor da pele, 57 internas se consideram pardas, 19 se declaram brancas; 11 se declaram negras e duas deixaram esse campo em vazio. (2017, p. 79-80).

No tocante à distribuição de crimes por gênero, o relatório Infopen nos traz algumas informações importantes para a compreensão dos mecanismos do sistema prisional. Considerando a população total, quatro a cada 10 registros equivalem a crimes contra o patrimônio. Tráfico é o crime com maior incidência, equivalendo a 27% dos crimes. O homicídio corresponde a 14% dos registros informados. Contudo, quando se analisa esses dados com recorte de gênero, as particularidades do aprisionamento feminino são elucidadas.

> O encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%. Por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres. (INFOPEN, 2014, p. 30).

Verifica-se, assim, que o tráfico de drogas tem sido o grande responsável pelo encarceramento de mulheres. Diversas são as justificativas levantadas para que a mulher tenha adentrado nesse campo da criminalidade. Dentre elas, a diferença salarial em relação aos homens (quando há emprego), a criação dos filhos e cuidado do lar que dificultam sua inserção no mercado de trabalho, já que grande parte das mulheres têm se apresentado como chefes de família. Essa discussão será melhor desenvolvida no tópico a seguir, ocasião em que também será demonstrado que, tal como ocorre na sociedade, dentro da estrutura do crime a mulher também assume uma posição de subalternidade.

4. A posição subalterna das mulheres na estrutura do crime

Falar do grande encarceramento que ocorre na atualidade implica falar da situação das mulheres. Como dito, 68% dos crimes a que respondem as mulheres privadas de liberdade no Brasil estão relacionados ao crime de tráfico de drogas. Muito se atribui essa migração das mulheres para o mundo do tráfico de drogas em decorrência de alguns fatores como a desigualdade de gênero; a modificação das estruturas sociais, quando as mulheres passam a dirigir sozinhas os seus lares[9], junto ao processo que ficou

[9] Chernicharo, com pase em pesquisa do IPEA aponta que: "No Brasil, de acordo com dados do IPEA, mais da metade de famílias chefiadas por mulheres são pobres, cerca de 53%, enquanto apenas 23% de famílias chefiadas por homens entram nesta classificação. Essas famílias vêm crescendo e passam de 22,9%, em 1995, para 38,1%, em 2012. A importância da renda das mulheres na renda familiar também vem

conhecido como a 'feminização da pobreza'[10].

> A população feminina parece ser afetada de maneira mais intensa neste processo, pois, segundo relatório do PNUD (1995:43): "a pobreza tem o rosto de uma mulher – de 1.3 bilhão de pessoas pobres, 70% são mulheres." É neste contexto que Del Olmo (1996:15) vai afirmar que o aumento de mulheres envolvidas na comercialização e no transporte de substâncias ilícitas ocorreu no mesmo momento em que houve a "quebra da estrutura sócio-ocupacional, isto é, mudanças nas relações de trabalho, grandes modificações nas estruturas familiares e o aprofundamento do processo conhecido como 'feminização da pobreza". (CHERNICHARO, 2014, p. 71 e 72).

Importante destacar que ainda hoje o cuidado dos filhos é conferido quase que exclusivamente às mães. O Brasil é recordista em número de crianças sem o nome do pai no registro de nascimento. O desdobramento entre o cuidado dos filhos e o emprego, aliado ao trabalho doméstico, são alguns dos obstáculos que as mulheres ainda hoje enfrentam. Luciana Chernicharo, com base nas pesquisas do IBGE de 2012 constatou que

> Em 2011, segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, foram contabilizadas 48.642 creches para 10,5 milhões de crianças de 0 a 3 anos de idade, refletindo uma relação de 216 crianças por creche. Em 2006, a situação era ainda mais precária: o número de creches era 34.679 para um total de 11,2 milhões de crianças nessa faixa etária, ou seja, uma relação de 323 crianças por creche. (2014, p. 74).

A dita dificuldade de ter acesso a um trabalho formal dá início, no âmbito da América Latina, a uma economia informal com participação majoritária do setor

aumentando gradativamente. Em 1995, 37,9% da renda mensal familiar provinham da renda das mulheres; em 2012, este valor era de 46%". (2014, p.75)

[10] Chernicharo (2014, p. 72) apoia sua investigação nas pesquisas do Center for American Progress no ano de 2008, que conclui que "a mulher norte-americana tem mais probabilidade de ser pobre que o homem e mais da metade dos 37 milhões de Americanos que vivem na pobreza são mulheres. Além disto, as taxas de pobreza entre homens e mulheres é mais amplo nos EUA que em qualquer outro lugar no mundo ocidental. Em 2007, 13.8% das mulheres eram pobres em comparação a 11,1 % dos homens. Em relação aos grupos raciais e étnicos, as mulheres são mais pobres que os homens em todos na sociedade norte-americana: dados recentes mostram que 26,5 % das mulheres afro-americanas são pobres em comparação a 22,3 % dos homens afro-americanos; entre os hispânicos: 23,6% das mulheres são pobres em comparação a 19,6 % dos homens; entre asiáticos: 10,7 % das mulheres são pobres em comparação com 9,7 % dos homens e entre os brancos, 11,6 % das mulheres são pobres comparação com 9,4 % dos homens". No Brasil, as estatísticas se repetem. O Relatório de Desigualdade Global de Gênero 2017, realizado pelo Fórum Econômico Mundial constatou o aumento das diferenças entre homens e mulheres. A diferença, especialmente, no campo da participação política fez com que o Brasil caísse 11 posições em um ano. FONTE: Desigualdade entre homens e mulheres aumenta; Brasil cai 11 posições em rankin. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-11/desigualdade-global-entre-homens-e-mulheres-aumenta-apos-10-anos-de>

feminino. “Este tipo de economia abarca mercados também ilegais, onde a possibilidade de seu funcionamento é por vezes maior, como é o caso das agroindústrias das drogas, que transnacionalmente buscam seus recursos básicos de maneira informal devido a sua ilegalidade.” (CHERNICHARO, 2014, p. 76).

No mesmo sentido adotado por Luciana Chernicharo, não é a pretensão deste trabalho apresentar a condição socioeconômica a que as mulheres estão submetidas de forma a justificar a prática de violência ou o ingresso no mundo do crime. Trata-se, antes, de demonstrar a criminalização da pobreza com o ônus do gênero, colocando-as numa situação em que as chances de serem criminalizadas são maiores. (2014, p. 78).

Eis que adentramos ao eixo central do presente artigo. A situação demonstrada ao longo deste tópico, é a de que a mulher se encontra numa condição de vulnerabilidade agravada pelo fenômeno da feminização da pobreza e a seletividade de gênero (CHERNICHARO, 2014, p. 78). Essa condição de subalternidade é também encontrada no mundo do crime.

> Às mulheres, são reservados espaços específicos que em sua maioria se caracterizam pela inferioridade hierárquica, pelos baixos salários (menores que o dos homens) e por atividades consideradas “inerentes” à aptidão feminina. De maneira semelhante ao mundo do trabalho legal, no trabalho ilegal, a divisão sexual e social assumida na configuração do capitalismo contemporâneo fez crescer a exploração do trabalho, e de modo ainda mais acentuado em relação ao trabalho feminino. (MOURA apud CHERNICHARO, 2014, p. 107).

Um estudo feito por Moura e citado na obra de Chernicharo (2014, p.108) concluiu que, quando indagadas acerca da função que exerciam na rede de tráfico, as presas falavam sobre funções subalternas como as de “mulas”, “retalhista”, “pião”, “assistente” ou “cúmplices”. Ademais, a posição ocupada por mulheres nesse meio as coloca ainda mais em situação de risco, sendo facilmente presas. Segundo Chernicharo (2014) também é corriqueiro o uso do ambiente doméstico para negócios relativos às drogas. Como a mulher ali encontra-se naturalmente instalada, realizando as tarefas tradicionais, a de mãe e cuidadora do lar, é comum que sejam apreendidas como responsáveis pela atividade ilícita que ali se realizava.

> O que se configura são experiências de violência, engano, exploração e sofrimento pelas quais passam as mulheres nos mais baixos escalões do tráfico, geralmente por servirem de “bode expiatório” para os que ocupam funções mais altas. Isto se verifica quando diversas mulheres declaram que foram presas por serem “buchas”, isto é, por simplesmente estarem no local onde foi realizada a apreensão de drogas ou a prisão de outros traficantes. (CHERNICHARO, 2014, p. 108.).

Assim, verificamos que as razões que levam mulheres a adentrar no mundo do crime, divergem, substancialmente, daquelas que levam homens a delinquir. Não se trata aqui de justificar, ou mesmo, afirmar que toda mulher pobre tende a delinquir ou compor

qualquer rede de tráfico de drogas, mas sim, fazer uma análise de sua condição de vulnerabilidade que fica evidente quando se traça o perfil dessas mulheres encarceradas. A estimativa de que a grande maioria são negras, jovens e de baixa escolaridade não pode ser vista como mero acaso, esses dados dizem muito sobre quem o sistema aprisiona e são fundamentais para a formulação de políticas públicas. Ademais, esse tópico evidencia a necessidade de repensarmos os papeis sociais, mormente a relação da mulher como a única responsável pelo cuidado da casa e, na maioria das vezes, dos filhos.

Recentemente, em abril de 2017, foi editado um decreto presidencial que dispunha acerca do indulto penal para mulheres encarceradas. A aplicação do referido decreto em casos de condenação pelo crime de tráfico de drogas encontra fundamento no recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, especificamente, no julgamento do HC 118533, de 2016, em que se entendeu que o crime de "tráfico privilegiado", cuja previsão está no artigo 33, §4º da Lei 11.343/2006, não deve ser considerado crime de natureza hedionda, culminando no cancelamento da súmula 512 do Supremo Tribunal de Justiça, cuja previsão era exatamente o contrário. (CAMARGO, SOUSA, 2017, p. 81).

Diante de tais fatos, esse trabalho apresenta sua relevância já que pensar o papel ocupado por mulheres na rede de tráfico de drogas deve possibilitar reflexões de qual a razão para o grande encarceramento de mulheres que não são líderes das grandes organizações e, na maioria das vezes, assumem posições subalternas na estrutura do crime de tráfico ilícito de drogas.

5. Considerações finais

Passadas quase três décadas da implementação da tolerância zero, o mundo vislumbrou uma verdadeira guinada punitivista, calcada no combate ao inimigo e na reconquista do espaço público. Os países da América Latina trataram de implementar em seus territórios a 'política', de modo a investir no policiamento e no aumento de pena para determinados crimes, dentre eles, o tráfico de drogas.

Em tempos de acentuação das crises fiscais, desemprego em massa e baixos níveis de desenvolvimento humano, aliado a um processo que visa minimizar o Estado e maximizar o Direito Penal, temos a fórmula exata para o fracasso. Nessa balança, constatamos o aumento desde o ano 2000 até os dias de hoje do número de mulheres aprisionadas em decorrência do crime de tráfico de drogas.

Diante deste cenário, indagamos as razões que teriam levado a esse expressivo número, chegando a conclusão de que a guerra às drogas é também uma guerra contra as mulheres alijadas do ciclo econômico. O perfil delas diz muito a respeito do sistema prisional e de sua clientela preferida. Mulheres negras e de baixa escolaridade compõem o perfil das mulheres presas.

Nesse contexto, é necessário falar do fenômeno da feminização da pobreza em

que mulheres se encontram, seja por questões econômicas ou discrepâncias em razão do gênero. A posição de subalternidade a que estão submetidas as mulheres nos trabalhos formais também se repete no mundo do trabalho ilegal. Os postos ocupados por mulheres na rede do tráfico demonstram que há uma perpetuação da desigualdade de gênero mesmo no mundo do crime.

A pequena participação de mulheres na rede de drogas e sua condição de vulnerabilidade estariam a ensejar um tratamento diferenciado em termos de política criminal. É o que o que propõe o decreto de 12 de abril de 2017 ao dispor sobre o indulto para mulheres, observadas algumas condições. Esse trabalho surge da necessidade de refletir sobre a situação das mulheres no cárcere, sobretudo, porque a sua prisão tem o condão de impactar e influenciar na vida de sua prole, além de reforçar a condição de miséria a que estão submetidas.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **O paradigma do gênero**: da questão criminal à questão humana. In CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro**. A desproporcionalidade da Lei de drogas**: os custos humanos: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil. Rio de Janeiro: Coletivo de Estudos Drogas e Direito, 2013. Disponível em < http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/proporcionalidad-brasil.pdf > Acesso em out. 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.986**/RS. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/5/art20150512-09.pdf> Acesso em: 01 dez. 2017.

BUGLIONE, Samantha. O dividir da execução penal: Olhando mulheres, olhando diferenças. In: **Crítica à Execução penal**, Salo de Carvalho (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes. O indulto penal para mulheres no decreto presidencial de 12 de abril de 2017 como política criminal redutora de danos. In **A insanidade do mesmo**: Ética e hermenêutica a céu aberto. Organização: Beatriz Corrêa Camargo et al. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: D**epois do grande encarceramento**. Organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões**: seletividade de gênero e de crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em:< http://www.neip.info/upd_blob/0001/1565.pdf> Acesso em: 01 out. 2017.

CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira, 2014. Disponível em< http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira > Acesso em out. 2017.

FERNANDES, Daniel Fonseca. **O Grande encarceramento brasileiro**: política criminal e prisão no século XXI. Revista do CEPEJ, Bahia, nº 18, 2015. Disponível em <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/20184> Acesso em out. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 23. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Lei de Drogas falha ao diferenciar usuário de fornecedor. **Revista Consultor Jurídico**, 2007. Disponpivel em: < https://www.conjur.com.br/2007-out-25/lei_drogas_falha_diferenciar_usuario_fornecedor> Acesso em dez. 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Núcleo de Estudo da Violência (NEV-USP), São Paulo, formato eletrônico, 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf > Acesso em dez. 2017.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - **INFOPEN Mulheres**- 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf> Acesso em out. 2017.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas encarceradas**: histórias de vidas marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. São Paulo: Desatino, 2003.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 131. ano 25. p. 117-143. São Paulo: Ed. RT, maio 2017.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução Ed. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

REFLEXOS DO SISTEMA CONSTITUCIONAL FRANCÊS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Renato Souza Dellova[1]
Bruna Martins Gomes[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Objetivos; 3. Metodologia; 4. Constituição e direito constitucional; 5. Comparativos.

1. Introdução

Ainda que vagamente, todos temos uma noção do que vem a ser o Direito Constitucional. Talvez não o Direito Constitucional veiculado nas faculdades, mas com certeza sabemos em que livro ou manual procurar as nossas "garantias" enquanto cidadãos. O estudo que será apresentado constitui um material que, a princípio, intenciona elucidar o Direito Constitucional Comparado brevemente, elencando tópicos de convergência com as ideias e valores veiculados na França.

Sabemos que o Direito Constitucional é o ramo do direito público interno dedicado à análise e interpretação das normas constitucionais. Tais normas são compreendidas como o ápice da pirâmide normativa de uma ordem jurídica, consideradas Leis Supremas de um Estado soberano, e tem por função regulamentar e delimitar o poder estatal, além de garantir os direitos considerados fundamentais. Mas o intuito do trabalho não é demonstrar aquilo que já é exaustivamente veiculado nas Academias.

O fundamento deste trabalho encontra-se alicerçado no voraz desejo de descobrimento. O descobrimento daquilo que nos motiva, nos guia e, principalmente, nas fontes principiológicas que gerações de legisladores, juristas e governantes têm aplicado exaustivamente em nosso território.

2. Objetivos

Sinteticamente, o objetivo do artigo científico é aprofundar o conhecimento em

---

[1] Doutorando em Direito e Ciências Sociais na Universidad Nacional de Córdoba, Argentina - UNC; Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Pós-graduado em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP; Professor Universitário; Advogado.

[2] Pós-graduanda em Direito Processual Civil na Faculdade Damásio Educacional; Pós-graduanda em Direito Público na Faculdade Damásio Educacional; Advogada

determinada área de especialidade. Assim, o trabalho apresentado fundamenta-se como um estudo aprimorado dos laços desenvolvidos entre dois Estados distintos, através da aplicação de princípios jurídicos semelhantes.

3. Metodologia

A metodologia aplicada ao presente artigo baseia-se na pesquisa qualitativa, já que não se preocupa com números, mas sim com relação ao aprofundamento em determinado tema e de como esse aprofundamento será compreendido pelas pessoas. Temos então a identificação da problemática – que aqui será o Direito Constitucional Comparado – a posterior compilação de todo material que será utilizado como suporte, e a exaustiva explanação e desenvolvimento da ideia.

4. Constituição e direito constitucional

O que é uma Constituição? O que entendemos por Direito Constitucional? E, afinal, o que é Direito Constitucional Comparado? Todas essas são perguntas de fundamental importância dentro de qualquer academia jurídica, entretanto também o deveriam ser para cada indivíduo em particular. Superficialmente, temos nosso primeiro contato com a Constituição Federal ainda na escola, onde aprendemos a invocar nossos "direitos" e temer os "deveres". Mas poucos se interessam pelos princípios e fundamentos que regem toda a vida do país, incluindo aqueles que se dispõe a ingressar no estudo das Ciências Jurídicas e Sociais – o Direito.

Temos na história o primeiro registro de uma constituição escrita no ano de 1787, nos Estados Unidos, a famosa Constituição Americana. Embora tenha se dado no continente americano, é na Europa que teremos a ideia do constitucionalismo moderno. Surge, então, a fixação de ideias de mecanismos de limitação do exercício do poder político. Pouco depois, é promulgada a Constituição Francesa, no ano de 1791, cujo principal objetivo era repelir a monarquia absolutista, vigente a época.

O ideal de Constituição não é meramente formal, ele preexiste independente de uma transcrição em papel. É, verdadeiramente, superior a este. O que temos é uma validação da construção de um Estado, bem como seu limite. Em tempo, Constituição é a criação do poder estatal e o limite deste.

Durante o decorrer da história, observamos que todas as constituições escritas nasceram após sangrentas revoluções. Voltando ainda mais, temos notícia da subjugação de povos que, após a invasão de seu território, tiveram sua noção de Estado e organização política dizimada de sorte que, ainda que mantivessem sua cultura primeira, estavam destroçados como povo soberano.

Assim, Alexandre de Moraes[3], vai dizer que Constituição,

> "É a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à sua estruturação, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos."

Portanto, mais do que direitos e deveres, o ato de transcrever uma Constituição tem, por fundamento, garantir o próprio Estado e sua existência contínua. Constituição é a manifestação real do poder político, econômico, jurídico e social de uma nação soberana. Nosso atual modelo constitucional mostra-se instável, desatualizado e excessivamente extenso, na medida em que tenta abranger todas as matérias ordinárias e, pouco após sua promulgação, já ensejava significativas modificações. Como é impossível a previsão, pelo legislador, de todas as situações do cotidiano, é fundamental a interpretação da maneira mais correta e abrangente possível do texto constitucional. Assim, temos que o Direito Constitucional é matéria de Direito Público, que tem por objeto a estrutura política de um Estado, na medida em que tenta estabelecer sua organização e manutenção do poder estatal.

Para José Afonso da Silva[4], Direito Constitucional "É o ramo do direito público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado."

No cenário atual, todavia, não podemos mais nos reportar apenas ao estudo da Constituição vigente em nosso território. Mesmo porque, nossas referências são estrangeiras, oriundas de cartas muito mais antigas e amadurecidas. Desta forma, vivemos a evolução do Direito Constitucional Comparado, que aborda o estudo de princípios e fundamentos de Constituições estrangeiras, de modo a aplicar o que for pertinente dentro do nosso modelo constitucional. Em suma, não falamos de uma Constituição universal, muito menos do reconhecimento e incorporação de normas estrangeiras em detrimento de nossa soberania; tratamos, aqui, do estudo progressivo de normas que antecederam as nossas e nas quais, eventualmente, encontramos nossa inspiração. Tanto é fato que, durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, o legislador positivou as relações internacionais no artigo 4º e, mais além, falou de "igualdade entre os Estados". Uma soberania, portanto, que reconhece e valida outra[5].

Dentro dessa modalidade de estudo, muito tem se falado sobre a influência do ordenamento jurídico francês no nosso território. Isso porque ambos os países possuem a mesma raiz jurídica – o Direito Romano – e são dois países de direito escrito, o que

---

[3] Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003. p.36.

[4] Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002. p.34.

[5] Dellova, Renato Souza. Desafios Empresariais e seus reflexos jurídicos. São Paulo: Ícone, 2013. p. 231.

aproxima em termos de semelhanças e facilita a compreensão mútua. Importante ressaltar que quando tratamos de semelhanças, nos referimos ao conteúdo, e não meramente em como o legislador ou jurista raciocinam. Nem poderíamos esperar proximidade neste último, haja vista a influência do meio em que vivemos prevalecer na construção do indivíduo.

5. Comparativos

Após este introdutório, passemos a uma avaliação pormenorizada dos detalhes que circundam essas duas Constituições. Desde o momento de criação, as mudanças introduzidas, serão tratados temas de extrema delicadeza, mas de excessiva importância. Para tanto, interessa-nos os pontos de convergência, levando-se em consideração o próprio intuito do estudo.

a) Da gênese

Como já dito anteriormente, as Constituições escritas têm o particular de derivar das grandes revoluções. O próprio movimento revolucionário incita a criação de um Estado Novo e, para tanto, a queda do modelo de poder vigente. As Constituições brasileira e francesa não divergiram neste aspecto. Ambas foram promulgadas após um levante populacional, que levou à destruição dos paradigmas políticos, de forma que, fez-se necessária a convocação de novas Constituintes.

Entretanto, a Constituição Francesa, contrariando o modelo anterior de 1946, foi aprovada no ano de 1958 em meio a uma áurea de mistério. Enquanto as leis de 1875 e a Constituição de 1946 tinham sido preparadas por Assembleias parlamentares através do trabalho de comissões e debates públicos, o trabalho preparatório sobre a Constituição da V República desdobrou-se de forma confidencial. Não foi publicada, tampouco debatida. De fato, a população só teve contato com sua nova Constituição quando foi promovido um referendo, em meados de setembro do mesmo ano, quando foi aprovado pela maioria – 80% da população. Do ponto de vista cronológico, esta Carta tem por peculiaridade sua celeridade. Os trabalhos tiveram seu início em 3 de junho de 1958 e, menos de quatro meses após, estava findo.

A característica mais importante desta nova Constituição Francesa, contudo, é a maior atribuição de poder ao Executivo, não implicando em detrimento da função legislativa. A diferença é que aquele se tornou mais independente do que de fato era.

A Constituição Brasileira, de forma igual, surgiu como uma luta pela conquista do Estado Democrático de Direito, após o golpe de 1964. O povo apoiou a candidatura de Tancredo Neves, então governador de Minas Gerais, acreditando na construção da Nova República. Para o alcance de seus planos, o candidato prometia a convocação de uma nova Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, além de nomear uma Comissão de Estudos Constitucionais, cuja função seria a de elaborar estudos e o

anteprojeto da nova Constituição[6].

Como se sabe, Tancredo Neves faleceu antes de assumir a presidência. O vice José Sarney, contrariando as expectativas, continuou o plano de governo e convocou a Assembleia Nacional Constituinte. O projeto da nova Constituição foi amplamente divulgado e debatido, contando com grande participação popular.

Vemos, aqui, que as características na formação destas duas Constituições, são opostas. Devemos a isto, principalmente, o fator cultural, já que o meio define não apenas quem somos, mas principalmente como agimos. A França, mais do que o Brasil, foi marcada por toda sua história por períodos de grande instabilidade política, alternando regimes de governo. É o berço da tripartição de poderes e dos direitos e garantias fundamentais, mas nada conquistado sem a vontade revolucionária.

b) Mudanças introduzidas pelas novas constituições

Basicamente, dissemos que as Constituições escritas surgem após grandes revoluções, que propiciam a queda do modelo vigente. Neste caso, tanto Brasil como França, inovaram na forma de governo: a principal mudança nessas Constituições é o surgimento da democracia moderna. Por isso queremos dizer, o reconhecimento do cidadão pelo Estado, e mais, sua proteção em direitos e garantias.

A França, que vinha caminhando em meio a turbulentas agitações públicas e instabilidade política, vê surgir um sistema constitucional que visa proteger o centro do poder. Assim, franceses passam a ter fundamental importância frente ao Estado, já que será responsável pelas votações diretas para Presidente (estatuto do Presidente da República), até então censitária e restrita aos homens. Além disto, o sistema passa a controlar mais a atividade parlamentar.

O histórico da Constituição Francesa apresenta, primeiramente, o reconhecimento dos direitos subjetivos dos cidadãos e, consequentemente, a limitação do poder estatal. Entretanto, a soberania da lei propiciou uma atividade legislativa demasiado incompatível com a figura do Estado de Direito. A partir disso, a Constituição francesa de 1958 institui o Conselho Constitucional, órgão criado com o intuito de evitar a intensificação desenfreada do legislativo.

O Brasil, por sua vez, vê o centro da Constituição mudar de posição. A Carta Magna passa a contar com nove títulos, figurando os direitos e garantias fundamentais entre os primeiros. Definitivamente, a Constituição de 1988 volta-se para a realização completa do cidadão e de sua cidadania, ao proclamar os direitos individuais e sociais. Ademais, fortaleceu o Poder Legislativo, instituindo a já extinta medida provisória.

[6] Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2002

Visando derrubar os resquícios da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 baseia-se na democracia. Definido no preâmbulo e no artigo 1º temos o pilar do Estado Democrático de Direito – a soberania popular – garantindo o pleno exercício dos direitos sociais e individuais[7].

c) Quais direitos reconhecem

Não existem dúvidas de que o teor principal de ambas as cartas refere-se aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O preâmbulo da Constituição francesa de 1958 traz o compromisso dos franceses com os "direitos humanos" e com os princípios da soberania nacional, já antes definidos na Declaração de 1789, confirmado e completado pelo preâmbulo da constituição de 1946. Os direitos reconhecidos pela Carta de 1958 incluem todos aqueles expressamente consagrados nos textos constitucionais (Constituição de 1958, a Declaração de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e a Carta Ambiental de 2004), mas não taxativamente. Ou seja, valorizam o texto, mas não se limitam a ele.

Os direitos e liberdades tradicionais, entendidas como a faculdade de agir negativa do Estado e os princípios que garantam essa proteção, foram reconhecidos na Declaração de 1789, texto este incorporado pela Constituição de 1958. Importante salientar a evolução linear do sistema constitucional francês. Embora as Constituições sejam naturalmente revogadas com a promulgação de uma nova Carta, os franceses não excluem de todo os princípios existentes, de forma que se referem a documentos constitucionais anteriores, dando validade aos mesmos. Temos, assim, a liberdade de consciência, a liberdade de comunicação, segurança, o principio da igualdade, o sufrágio universal, direitos de propriedade, direito de resistência a opressão, o principio da não retroatividade da lei penal, a presunção de inocência, a garantia de direitos e a separação de poderes, todos estatuídos na Declaração de 1789, mas incorporados na sua totalidade a Constituição de 1958. Ainda, temos os direitos políticos, cujos titulares são – salvo o disposto no texto constitucional – cidadãos ou comunidades.

O preâmbulo da Constituição de 1946, por sua vez, assegura a todos os chamados Direitos Sociais, reconhecidos como particularmente necessários, completados com os direitos políticos e econômicos. Podemos citar então o direito a greve, o direito a saúde e a educação, direito de igualdade e solidariedade, bem como o direito ao asilo e a igualdade entre homens e mulheres.

Cabe ressaltar, ainda, a solidariedade. Princípio este reconhecido pela Constituição de 1958 eleva o ideal ao estabelecer a responsabilidade de todos para a construção de uma República justa que, somada a Carta Ambiental de 2004, implementa o lema da República contido no artigo 2º da Constituição: "liberdade, igualdade,

[7] Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 104.

fraternidade".

A Constituição Federal brasileira de 1988, como em muitas outras nações, incorporou praticamente na totalidade os ideais revolucionários franceses. Isto porque tal movimento resultou na quebra dos paradigmas estabelecidos, de modo que a prestação da tutela estatal se tornou regida por princípios. Podemos entender, desta forma, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assinada em 1789 na França, abriu definitivamente as portas para os chamados Direitos Humanos. Em 1789 temos reconhecidos não apenas os direitos básicos de todo homem, mas também a obrigação negativa do Estado, ou seja, o deixar de agir torna-se obrigatório na medida em que protege o cidadão efetivamente.

Nos dizeres de Celso de Mello,

> "enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade"[8].

Assim, conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade"[9].

d) A soberania

Soberania é a qualidade de um Estado, que não está sujeita a nenhum poder externo ou interno. Podemos assim dizer, que soberania é definida pela submissão ao Direito Internacional único, dentro do poder para fazer tudo.

A Constituição Francesa estabelece a soberania dentro dos limites do artigo 3º, ditando que "A soberania nacional pertence ao povo, quer irá exercê-lo através de seus representantes e do referendo. Nenhuma seção do povo, nem qualquer pessoa, poderá reclamar seu exercício". Entretanto, tal fórmula não pode ser interpretada de forma independente, mas necessita dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do

[8] STF – Pleno – MS nº22. 164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, p.39.206.

[9] Filho, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

Homem e do Cidadão, de 1789.

O artigo 3º da Declaração diz que "o princípio de qualquer soberania reside essencialmente na nação", de forma que podemos entender que o princípio reside no povo, mas que este não pode exercê-lo diretamente. Assim, o exercício da soberania é assegurado pela mera existência de representantes e representados.

A Constituição de 1958 inova em relação à Declaração de 1789, ao dizer que a soberania reside no povo, e não na nação, como dito anteriormente. Consequentemente, o povo é o titular da soberania, mas só pode exercer este poder de acordo com o permitido pela Constituição. Temos então, uma representação que não é da natureza do seu titular, mas deriva da vontade do constituinte. Essa soberania exercida pelos representantes, por sua vez, reside no poder constituinte e no poder legislativo. São aqueles que produzem as normas constitucionais e infraconstitucionais, expressando a vontade do poder soberano. Avaliamos, então, que a competência das autoridades não é a representação, mas que, a representação é a justificação de sua competência.

Então, subjetivamente inexiste uma ligação entre representantes e eleição. Se os eleitos devem expressar a vontade do geral, e não o fazem, não podem ser considerados como representantes, mas meramente eleitos.

Desta forma, temos que França e Brasil entendem a soberania como sendo inalienável, excluindo-se, assim, a possibilidade de uma eventual modificação. Ademais, entendemos que os Tratados Internacionais se baseiam exclusivamente naquilo que é permitido. Ou seja, só é ou torna-se matéria constitucional, aquilo que permite o livre e pleno exercício da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

e) Participação popular

A participação popular é o reconhecimento de que a soberania pertence ao povo, sendo então a expressão máxima deste poder. A República Francesa inovou ao aplicar o instituto do referendo para a aprovação da Constituição de 1958, referendo este de caráter legislativo e constitutivo. Entretanto, esta é a única forma legalmente prevista para o exercício do poder diretamente pelo povo.

O ato de estabelecer o referendo como meio de participação popular, mostra um rompimento com a própria história política francesa, que caminhava em meio a nações soberanas e atribuía todo o poder a seus governantes. A Constituição de 4 de outubro de 1958, no parágrafo 1º do artigo 3º, vira as costas a seu recente passado, e aceita o referendo ao instituir que a "soberania nacional pertence ao povo, que irá exercê-lo através de seus representantes e do referendo".

Apesar disso, os referendos na França permanecem tímidos, ao menos em termos quantitativos.

No Brasil, o poder constituinte optou por utilizar de uma democracia

representativa dentro do nosso território. Assim, temos governantes e a participação direta dos governados no processo político. Este exercício direto se dá por meio do referendo, plebiscito e iniciativa popular. Muito mais aberta, portanto, a participação do povo brasileiro frente ao governo do que na própria França.

Por referendo entendemos consistir no projeto de lei aprovado pelo legislativo, e que deve ser submetido à apreciação popular, desde que atendidas certas exigências. Essa aplicação também difere nos dois países: é de competência exclusiva do Congresso Nacional convocar o referendo, enquanto na França pode ser convocado pela Assembleia, pelo Presidente, ou mesmo ocorrer por iniciativa popular.

O plebiscito, por sua vez, é a consulta feita aos cidadãos, referente à matéria e não a lei propriamente dita. Assim, difere do referendo por não existir, ainda, um projeto de lei já aprovado.

Finalmente, a iniciativa popular admite que o povo apresente o projeto de lei, que deverá ser acolhido e votado pelo legislativo, caso estejam atendidas todas as exigências previstas no ordenamento jurídico.

f) O poder legislativo

É oriunda de um francês o ideal da tripartição de poderes, embora muitos entendam existir uma contribuição do inglês Locke ao trabalho de Montesquieu. Não é de surpreender, portanto, a existência de grandes semelhanças no funcionamento desses mesmos poderes. O exercício do poder legislativo na França funciona em bicameralismo, assim como no Brasil.

Constitui-se a partir de uma Assembleia Nacional – deputados – e do Senado. A grande diferença reside na escolha dos membros de cada casa. Enquanto escolhemos nossos representantes de forma direta e universal, isso só ocorre na Assembleia Nacional na França. Isto porque, para o Senado funciona o sistema distrital. Assim, o povo vota nos deputados, enquanto os distritos locais escolhem de maneira indireta os representantes para o Senado.

O período das eleições também é semelhante. O Senado, tanto aqui como na França, é renovado parcialmente e periodicamente. Isso significa que em cada período eleitoral renovamos apenas metade do Congresso Nacional.

Podemos concluir citando Rousseau, que afirmava

> "o legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este de magistratura, nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição: é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano, porque se aquele eu manda nos homens não deve dominar sobre as leis, aquele que domina as leis, tampouco deve mandar nos homens. Do contrário, com as leis do tirano, ministro de suas paixões, não farão, muitas vezes, senão perpetuar suas injustiças e nunca poderão evitar que opiniões particulares alterem o saneamento de sua obra"[10].

g) O Poder Judiciário

Ao contrário de muitas Constituições Europeias, e da brasileira também, a Constituição Francesa não dedica muito espaço às funções judiciárias. Acreditam que, mesmo sem mencionar as expressões "judiciário", "executivo" ou "legislativo", não há o que conteste a existência dos mesmos.

Não obstante, a Carta francesa dedica apenas três artigos ao poder judiciário (64, 65 e 66), enfatizando o piso salarial e a independência de tal poder, tanto externo quanto interno. Ademais, cumpre salientar uma diferença fundamental em relação a nossa Constituição Federal. Os tribunais franceses não são responsáveis pelo controle de constitucionalidade, que fica a cargo do Conselho Constitucional."

A Constituição Federal brasileira, por sua vez, dedica os artigos 92 a 126 à organização do poder judiciário. Ao contrário de nossa antecessora na tripartição de poderes, nossos legisladores "esmiuçaram" as funções e atribuições do judiciário, bem como seus órgãos e respectivas organizações. E, também, creditamos independência e autonomia frente aos demais poderes da estrutura do Estado.

Assim, no que tange a independência, comum entre os dois países, finalizaremos citando Clèmerson Merlin Clève, "talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira"[11].

h) O Poder Executivo

A França apresenta um modelo de regime parlamentarista, marcado pela colaboração recíproca entre o executivo e o legislativo. Temos então o Presidente, que exerce o papel de Chefe de Estado, e o Primeiro-Ministro, escolhido pelo Presidente e que irá exercer o papel de Chefe de Governo.

De fato, o governo é exercido quase em sua totalidade pelo Primeiro – Ministro, ressaltando que o mesmo tem responsabilidade frente ao Parlamento. Também fica a

[10] Rousseau, Jean-Jacques. O contrato social. Op. cit. Cap. 7.

[11] Clève, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 38.

cargo do Primeiro- Ministro a indicação do corpo ministerial, que deverá, entretanto, ser aprovado conjuntamente com o Presidente da República.

Assim, concluímos que o poder, na França, é exercido coletivamente e solidariamente, onde cada membro assume o papel político e administrativo, colaborando para que o governo continue a ser o cerne político e administrativo da nação.

Ao contrário dos franceses, nosso sistema de governo é Presidencialista. Assim, temos na mesma figura a chefia do Governo e do Estado. Embora auxiliado pelos Ministros de Estado, é de inteira responsabilidade do Presidente da República o exercício do poder dentro e fora do território nacional.

Assinala Alexandre de Moraes que,

> "assim, igualmente aos congressistas, o Chefe do Poder Executivo Federal é eleito pelo povo e possui várias prerrogativas e imunidades que, apesar de comumente estudadas sob outros aspectos, são garantias para o independente e imparcial exercício da chefia da Nação"[12].

Finalmente, não há que se falar em irresponsabilidade, haja visto nossa Constituição Federal prever regras de responsabilização do Presidente da República, a exemplo do que ocorre na França.

i) Conclusão

Não há mais que se falar em Direito Constitucional, isoladamente. Cometemos esse erro consecutivamente ao separarmos, sob a bandeira da didática, o nosso ordenamento jurídico. Quando separamos, ainda na faculdade, esses estudos, condicionamos nosso aprendizado a se limitar a determinados temas quando, na verdade, deveríamos exercitar o contrário. O sistema jurídico é uno, e como tal deve ser tratado.

Diferente não poderia ser o Direito Constitucional. No auge de nosso discurso sobre Direitos Humanos, pouco ou nada sabemos sobre os Direitos e Garantias Fundamentais aplicados aqui mesmo, em nosso país. Limitamos-nos a levantar questionamentos, mas jamais em elucidá-los por nós mesmos. O posicionamento de que, ao admitir um princípio jurídico externo ao nosso ordenamento estaríamos, em tese, violando nosso ideal de soberania, é um exemplo disso.

Os comparativos apresentados não tratam da letra da lei, mas do que existe de história na construção deste sistema.

[12] Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003. p. 420.

Referências

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DELLOVA, Renato Souza. Desafios Empresariais e seus reflexos jurídicos. São Paulo: Ícone, 2013.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Op. cit. Cap. 7.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002.

STF – PLENO – MS nº22. 164/SP – REL. MIN. CELSO DE MELLO, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995.

O ACESSO DO INDIVÍDUO AO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM DIÁLOGO A PARTIR DA FUNÇÃO CONTENCIOSA DAS CORTES

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento[1]
Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Da edificação do *jus standi* do indíviduo no âmbito Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; 3. O *locus standi in judicio* do indivíduo na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4. Conclusões comparativas

1. Introdução

O imediato pós-guerra fez surgir por toda a Europa movimentos com o intuito de evitar ameaça ou violação aos direitos fundamentais e liberdades políticas que haviam imergido na década anterior em meio ao totalitarismo, que atingiu seu ápice com o nazismo. Nesse contexto, a sociedade internacional dos Estados passou a clamar pela construção de uma normatividade internacional eficaz, a fim de tutelar esses direitos com o escopo de impedir que novas atrocidades viessem a ocorrer no mundo. Com efeito, começa a aflorar um processo de internacionalização dos direitos humanos a partir da criação de uma sistemática internacional de proteção, a qual permite a responsabilização do Estado no âmbito externo, relativizando-se a então doutrina de soberania estatal absoluta.

Como resultado desse quadro, houve o aparecimento do Comitê Internacional dos Movimentos para Unidade Europeia e seu Congresso, em Haia, em maio de 1948. Em sequência, é fundado, o Conselho da Europa e elaborada pelos Estados Membros a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também designada de Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que prevê dois mecanismos voltados à garantia da proteção desses direitos, quais sejam: a Comissão Europeia de Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

---

[1] Grado en Derecho en la Universidade Estadual da Paraíba-Brasil. Grado en Ciencias Sociales en la Universidade Federal de Campina Grande-Brasil. Master en Derechos Humanos en la Université Catholique de Lyon-Francia. Abogada y antropóloga. Investigadora en Formación del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia-Contrato Santiago Grisolía. Correo electrónico: germana.aguiar@uv.es

[2] Grado en Derecho en la Universidade Estadual da Paraíba-Brasil. Grado en Filología Portuguesa en la Universidade Federal de Campina Grande-Brasil. Especialización en Derecho Penal en la Uniderp-Brasil. Master en Derechos Fundamentales en la Universidade de Lisboa-Portugal. Abogada y profesora de Derecho de las Facultades Integradas de Patos-Brasil. Doctoranda en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universidad de Valencia. Correo electrónico: mariliaarn@hotmail.com

No âmbito americano, diante das violações massivas de direitos fundamentais nos regimes autoritários na América Latina, foi criada a Organização dos Estados Americanos (doravante, OEA), pelo Pacto de Bogotá, em 1948, ocasião em que também se celebrou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Entretanto, o maior aparato jurídico no sistema interamericano se refere à Convenção Americana de Direitos Humanos, também designada de Pacto de San José da Costa Rica, que foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, e entrou em vigor em 1978, sendo, atualmente, ratificada por 25 membros da OEA. Além disso, a Convenção estabelece mecanismos protetivos, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tendo em vista que o indivíduo emergiu da Segunda Guerra Mundial sob o holofote do Direito Internacional, com o reconhecimento de direitos individuais em diversos tratados de Direitos Humanos, a aceitação de mecanismos de queixas individuais e a capacidade individual para reclamar graves violações de direitos humanos perante a Corte Penal Internacional pela Ex-Iugoslávia e Ruanda, propõe-se no presente artigo examinar a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecendo-se um diálogo a partir da função Contenciosa da Corte. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e bibliográfica, mediante revisão doutrinária, legal e jurisprudencial acerca do tema.

2. Da edificação do *jus standi* do indivíduo no âmbito Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Originariamente, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não contemplou o acesso direto pelo indivíduo à jurisdição especializada. Tal fato era um reflexo da concepção clássica de que no Direito Internacional os conflitos deveriam se limitar aos Estados, isto é, sob o espectro da soberania estatal. Ademais, os Estados consideravam imprudente reconhecer aos indivíduos a capacidade de interpor uma demanda diretamente ante uma jurisdição internacional, já que eles podiam utilizar este instrumento de forma abusiva como propaganda política comunista. [3] No mesmo sentido, afirma Bates[4] que Convenção havia sido edificada pelo movimento europeu, inicialmente, mais como um tipo de pacto coletivo contra o totalitarismo e não como uma "*Bill of rights*" para os indivíduos.

[3] JIMÉNEZ, Argelia Queralt. **El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 67.

[4] BATES, Ed. The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights. *In:* **The European Court of Human Rights between Law and Politics.** Edited by Jonas Christoffersen and Mikael Rask Madsen. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 38.

Desse modo, no formato original da Convenção, o acesso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se limitava às Altas Partes Contratantes e a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, conforme previa o artigo 44.º, sob a condição de os Estados-Partes declararem formalmente o reconhecimento da jurisdição obrigatória do Tribunal, tendo em vista o que dispunha o artigo 46.º da Convenção. Desta forma, o indivíduo que se considerasse vítima de violação cometida por uma das Partes Contratantes dos direitos contemplados na referida Convenção, formalizavam a queixa perante o Secretário-Geral do Conselho da Europa, segundo o artigo 25.º.

À Comissão Europeia dos Direitos do Homem competia conhecer do requerimento apresentado ao Secretário-Geral, sendo requisito para o processamento pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem da petição individual, o reconhecimento explícito da Alta Parte Contratante acusada da competência da Comissão na matéria, conforme previa o artigo 25.º, n.º 1 da Convenção.

Ocorre, como ressalta Trindade[5], que já nos seus primeiros casos contenciosos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já se insurgia contra a artificialidade desse sistema de intermediação da Comissão. Sustenta o aludido autor que já desde o caso *Lawless versus Irlanda* (1960), o Tribunal Europeu passou a receber, por meio dos delegados da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, argumentos escritos dos próprios demandantes. Outrossim, dez anos depois, nos casos *Vagrancy versus Bélgica* (1970), o Tribunal Europeu aceitou a solicitação da referida Comissão no sentido de dar a palavra a um advogado dos três demandantes, o qual, inclusivamente, apresentou críticas à opinião dada pela Comissão Europeia em seu relatório.

Em um segundo momento, o indivíduo ainda não possuía o direito de pleitear diretamente seus direitos perante a jurisdição regional de proteção dos direitos do homem. A legitimidade ficava restrita à Comissão e às Altas Partes Contratantes, sendo assegurado, entretanto, ao requerente, o *locus standi in judicio,* isto é, embora não pudesse inaugurar o processo, possuía o direito de estar em juízo, de ser parte no processo e de participar de sua condução perante à Corte. Esta prerrogativa surgiu com o advento da reforma do Regulamento, introduzida em 24 de Novembro de 1982 e com a vigência a partir de 01 de Janeiro de 1983.

Em um terceiro momento, o Protocolo n.º 9 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, aberto à assinatura em 6 de Novembro de 1990 e em vigor a partir de 1º de Outubro de 1994, veio a introduzir a possibilidade do indivíduo submeter sua queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Jiménez[6] ensina que se opta por

---

[5] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: **Arquivos de Direitos Humanos**. São Paulo: Renovar, 1999. p. 8.

[6] JIMÉNEZ, Encarna García. **El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral**

um protocolo de emenda e não um protocolo facultativo pela transcendência da reforma que se contempla. Com efeito, o protocolo de emenda visa modificar o texto base da Convenção, e por isso, à diferença dos protocolos facultativos, que devem ser ratificados por todos os Estados partes da Convenção em unanimidade para que possam entrar em vigor.[7]

Assim, o Protocolo n.º 9 afirma que o indivíduo pode submeter sua queixa perante o Tribunal desde que as condições de admissibilidade estejam reunidas, quais sejam: a provocação pelo indivíduo da Comissão Europeia dos Direitos do Homem para o desenvolvimento da apuração preliminar prevista no artigo 25.º, seguida de manifestação positiva deste órgão no tocante à existência de violação e a submissão da queixa individual à apreciação prévia de um Comitê de três juízes do Tribunal, que exerce um juízo de admissibilidade negativo.

Em referência ao Relatório Explicativo do Conselho da Europa sobre a matéria, Trindade ressalta que o Protocolo n.º 9 concedeu "um tipo de *locus standi*" aos indivíduos perante o Tribunal, o que pode ser considerado um avanço, "mas que ainda não assegurava a "*equality of arms/égalité des armes*" com os Estados demandados e o benefício pleno da utilização do mecanismo da Convenção Europeia para vindicação de seus direitos".[8] Outras mudanças tiveram assim que ser implantadas. É o caso do Protocolo n.º 11.

O Protocolo n.º 11 foi adotado com vistas a solucionar dois problemas: primeiramente, o fato de que o sistema não era completamente judicial e, segundo, o fato de que os mecanismos não eram mais hábeis para lidar com o crescente número de casos.[9] De fato, com o aumento das demandas, se mudanças não ocorressem, o Tribunal correria o risco de ser asfixiado pelo seu próprio sucesso[10]. Trata-se assim de uma reforma exclusivamente relacionada aos mecanismos de controle, e não aos direitos protegidos pela Convenção.[11]

O aludido Protocolo foi adotado em Estrasburgo, em 11 de Maio de 1994, e entrou

---

del siglo XXI. Valencia: Tirant lo blanch, 1998, p. 209.

[7] DE SCHUTTER, Olivier. La réforme des mécanismes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme. États des lieux et perspectives d'avenir. *In:* **Courrier hebdomadaire** du CRISP. v.7. n. 1512-1513. 1996. p. 1-67.

[8] TRINDADE, *Op. Cit.*, 1999. p. 9.

[9] FRIBERGH, Erik; LIDDELL, Roderick. From protocol N.º 11 to 2025 – a Court in constant change. *In:* **El tribunal Europeo de derechos Humanos Una visión desde dentro.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 491.

[10] MARGUENAUD, Jean-Pierre. **La Cour Européenne des Droits de l'homme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2012. p 2.

[11] JIMENEZ, *Op. Cit.*, 1998. p. 210.

em vigor em 01 de Novembro de 1998, vindo a consagrar definitivamente o acesso direto do indivíduo ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (*jus standi)*, como verdadeiro sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Através da Recomendação nº 1194/1992, a Assembleia Consultiva aprovou a proposta de um Tribunal Europeu único e permanente, já que, como visto, anteriormente ao supracitado Protocolo, existiam a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Portanto, houve a reestruturação do sistema de proteção da Convenção Europeia, que integrou a Comissão e o Tribunal numa jurisdição única denominada Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A principal inovação em relação ao procedimento deste Protocolo, contudo, consiste no abandono da cláusula facultativa de aceitação anterior da jurisdição obrigatória do Tribunal Europeu, abrindo assim a via de demanda de plano pelo indivíduo, não se podendo mais impor às petições individuais às limitações constantes do Protocolo n.º 9 no que tange às exigências especiais de admissibilidade. Como salienta a jurista Piovesan, esta reforma permitiu igualmente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de tornar-se mais profissional e eficaz e menos politizada.[12]

No mesmo sentido, Ergec[13] afirma que o fato de que a jurisdição do Tribunal se tornar obrigatória é uma consequência lógica da supressão de toda intervenção do Comitê dos Ministros, órgão puramente político que tomava suas decisões segundo um procedimento não contraditório e secreto. Este autor acrescenta que a competência do Comitê fica a partir daí confinada à supervisão da execução das decisões do Tribunal pelos Estados.

Para Gomez[14], o Protocolo n.º 11 representou a modificação mais importante até aquele momento do sistema da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, dando lugar a criação de um novo Tribunal, formada por tantos juízes quanto Estados Partes da Convenção (mesma quantidade), atuando com caráter permanente em sua sede do Palácio dos Direitos Humanos em Estrasburgo e tendo jurisdição obrigatória e exclusiva sobre todos os assuntos que tratem sobre interpretação e aplicação da Convenção. Esta autora[15] reafirma o fato de esse sistema ser único, pois os Estados Partes aceitam o fato de que um órgão jurisdicional internacional controle sua obrigação de reconhecer a toda

[12] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional – um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

[13] ERGEC, Rusen. **Protection Européenne et Internationale des Droits de l'homme.** Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2006, p. 130.

[14] GOMEZ, Carmen Morte. **Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 24.

[15] GOMEZ, *Op Cit*., 2014. p. 25.

pessoa submetida a sua jurisdição os direitos e liberdades definidos pela Convenção.

Estas reformas introduzidas por esses protocolos podem considerar-se extremamente necessárias, pois se não ocorressem todo o sistema estaria em risco. De fato, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e os seus órgãos devem consistir em instrumentos vivos, que, para manterem-se relevantes, têm que evoluir com o tempo levando em consideração as mudanças na sociedade, na ciência e na tecnologia[16].

De acordo com o artigo 34.º, podem ainda demandar perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

> (...) qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efetivo desse direito.

Nota-se, assim, que à diferença das demandas entre Estados, faz-se primordial que as pessoas singulares, organizações não governamentais ou grupo de particulares demonstrem que tenham sido vítimas de uma violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção.

Cabe salientar, entretanto, que desde a criação do Tribunal, a quase totalidade das demandas foram introduzidas por particulares, que alegaram uma ou mais violações da Convenção.[17]

O Guia Prático sobre a Admissibilidade[18] afirma que qualquer pessoa singular pode reclamar a proteção da Convenção contra um Estado Parte, quando a violação do direito ocorrer na jurisdição deste Estado.

Assim, qualquer pessoa singular, independentemente de nacionalidade, lugar de residência, estado civil ou capacidade jurídica, pode demandar a proteção da Convenção contra um Estado Parte. Desse modo, refugiados e apátridas podem apresentar uma demanda diante do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Portanto, as demandas devem ser apresentadas, conforme dispõe artigo 34.º, por uma vítima de violação dos direitos previstos na Convenção. A condição de vítima é entendida pelo Tribunal como uma consequência lógica de um sistema que exclui petições em abstrato, e que não institui um sistema de ação popular, mas sim um sistema

---

[16] FRIBERGH (*Et al), Op Cit*., 2015. p. 491.

[17] CONSEIL DE L'EUROPE. **Cour européenne des droits de l'homme: la CEDH en 50 questions**. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2014, p. 6.

[18] CONSEIL DE L'EUROPE. Cour européenne des droits de l'homme. **Guide pratique sur la recevabilité.** Strasbourg: Editions du conseil de l'Europe, 2014, p. 13.

fundamentado na ação individual.[19] Faz-se mister destacar que a noção de vítima deve ser interpretada independentemente das noções de vítima do direito interno concernente. É o que ensina Barreto[20], que enfatiza ainda, que em regra geral, pode ser vítima aquele que é diretamente ou pessoalmente afetado pelo ato ou omissão que ele critica.

3. O *locus standi in judicio* do indivíduo na Corte Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 61, n.1 da Convenção Americana determina que "Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte".[21] Assim, apenas os Estados Partes e a Comissão têm o direito de submeter um caso à decisão da Corte, não admitindo-se que o indivíduo possa peticionar diretamente no Tribunal.

Nesse sentido, a pessoa que sofreu violação de direitos deve recorrer à Comissão para que, após analisada sua denúncia, restando infrutíferas as soluções amistosas propostas, seja o caso levado à Corte Interamericana.

Desse modo, cabe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos examinar as comunicações encaminhadas por indivíduo ou grupo de indivíduos, ou ainda entidade não governamental que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção, por Estado que dela seja parte, nos termos dos artigos 41 e 44.

Insta salientar que o Estado, ao se tornar parte da Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar essas comunicações, não sendo necessário elaborar qualquer declaração expressa e específica para tal fim. No sistema interamericano, portanto, apenas a Comissão Interamericana e os Estados Partes podem submeter um caso à Corte Interamericana, não estando prevista a legitimação do indivíduo, nos moldes do supracitado artigo 61 da Convenção Americana.

De acordo ainda com o novo Regulamento da Corte, se a Comissão considerar que o Estado em questão não cumpriu as recomendações do informe aprovado nos termos do artigo 50 da Convenção Americana, submeterá o caso à Corte Interamericana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. Assim, se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento,

---

[19] JIMÉNEZ, *Op Cit*., 2003, p. 183.

[20] BARRETO, *Op Cit*., 2002, p. 9.

[21] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 10 Feb. 2018.

o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática.

Para examinar o caso, a Corte deverá receber da Comissão as seguintes informações: os nomes dos delegados, o nome, endereço, telefone, e-mail e fac-símile dos representantes das supostas vítimas, as razões que levaram a Comissão a apresentar o caso a Corte e suas observações à resposta do Estado demandado às recomendações do relatório referido no artigo 50 da Convenção, cópia de todo o expediente perante a Comissão, incluindo toda a comunicação subsequente ao relatório a que alude o artigo 50 da referida Convenção, as provas recebidas, incluindo áudio ou transcrição, com indicação dos fatos e quando afetar significativamente a ordem pública interamericana de direitos humanos, a eventual nomeação de peritos, indicando o objeto de suas declarações e seus currículos e reivindicações, incluindo as reparações, conforme preconiza o artigo 35 do Regulamento.

Importa destacar que anteriormente, os representantes legais da vítima eram designados assistentes integrados à delegação da Comissão, admitindo o artigo 22 do Regulamento da Corte Interamericana de 1991, que os delegados da Comissão fossem assistidos por qualquer pessoa de sua escolha, mas se os advogados da vítima estivessem entre as pessoas selecionadas, o fato deveria ser levado ao conhecimento dos membros da Corte. Assim, este Regulamento previa tímida participação das vítimas ou seus representantes no processo perante o Tribunal, especialmente na fase de reparações.

Quanto a esta matéria, alguns precedentes merecem destaque. Primeiramente, ressalta-se o caso *Godínez Cruz e Velásquez Rodríguez* (1989) relativo à Honduras, no qual a Corte tomou nota de escritos dos familiares e advogados das vítimas. Em contrapartida, para Trindade, o divisor de águas corresponde ao caso *El Amparo* (1996) relativo à Venezuela. Na audiência pública deste caso celebrada pela Corte Interamericana em 27 de janeiro de 1996, um dos magistrados, passou a dirigir perguntas aos representantes das vítimas e não aos delegados da Comissão ou agentes do governo, manifestando entendimento no sentido de que ao menos naquela etapa do processo "não podia haver dúvida de que os representantes da vítima eram a verdadeira parte demandante ante a Corte".[22]

Após a aludida audiência, os representantes das vítimas apresentaram dois escritos à Corte, nos dias 13 de maio de 1996 e 29 de maio do mesmo ano. Em simultâneo, os representantes das vítimas nos casos *Godínez Cruz e Velásquez Rodríguez* também apresentaram dois escritos à Corte, com relação ao cumprimento da sentença de interpretação de sentença prévia de indenização compensatória, nos dias 29 de março de 1996 e 02 de maio de 1996. A Corte só determinou a finalização do processo destes dois casos, após tomar nota dos pontos de vista não só da Comissão e do Estado demandado,

[22] TRINDADE (*et. al.),* Op Cit., 2003. p.39.

mas também dos peticionários e dos representantes legais das famílias das vítimas.[23]

Tais precedentes culminaram, em 16 de setembro de 1996, na adoção de novo Regulamento da Corte que, vigente a partir de 01 de janeiro de 1997, passou a prever, no seu artigo 23, a possibilidade de o representante da vítima tomar parte nas discussões orais e, na fase de reparação, seus representantes podiam submeter de forma independente seus próprios argumentos e provas: "Em la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma".[24]

Nesse diapasão, Trindade destaca que no quadragésimo terceiro período ordinário de sessões da Corte, realizado em sua sede em San Jose, Costa Rica, no período compreendido entre 18 e 29 de janeiro de 1999, a Corte deliberou no sentido de estudar os meios possíveis para reforçar o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. Para isso, a Corte também decidiu realizar um grande seminário em Novembro de 1999 e quatro reuniões com a participação de expertos de alto nível. Como juiz designado, Antônio Augusto Cançado Trindade desenvolveu uma série de atividades e estudos que envolvem a coordenação do Seminário sobre "O Sistema de Proteção Interamericana de Direitos Humanos no Limiar do Século XXI", realizado em novembro de 1999 e a presidência das supracitadas reuniões.[25]

Durante o referido Seminário, desenvolveram-se diferentes e valiosas reflexões, inclusive acerca do direito de acesso do indivíduo à justiça no plano internacional. Houve consenso sobre a concessão da mais ampla participação dos indivíduos em todas as fases de do procedimento da Corte Interamericana em matéria contenciosa. Trindade afirma que, na ocasião, sustentou a existência de uma verdadeira linha de evolução que transformou os indivíduos em autênticos sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotados de plena capacidade jurídica para agir - *legitimatio ad causam* - a nível internacional, ressaltando que ao reconhecimento dos direitos deve corresponder à capacidade processual para reivindica-los, devendo o indivíduo estar dotado de legitimidade para agir *in judicio* em todas as fases do processo perante a Corte, haja vista que "es de la propia esencia de la protección internacional el contradictorio entre las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, y los Estados

[23] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual de La Corte Interamericana de Derechos Humanos***, 1996, p. 207-213.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1996.pdf>. Acesso em: 10 Feb. 2018**.**

[24] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de septiembre de 1996.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/1996.pdf>. Acesso em: 10 Feb. 2018**.**

[25] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.*, 2003. p.18.

demandados".[26]

Em simultâneo com a realização do aludido Seminário, a Corte convocou especialistas renomados em direitos humanos e direito internacional e atores do Sistema Interamericano e realizou quatro reuniões, presididas por Trindade, na sede da Corte, em 20 de setembro de 1999, 24 de novembro 1999, 5 e 6 de fevereiro de 2000 e 8 e 9 de fevereiro 8-9 de 2000, respectivamente para discutir questões centrais da Corte. Na terceira e quarta reunião, discutiu-se, sobretudo, as diferentes funções da Comissão e dos queixosos individuais no processo perante a Corte. No final da última reunião foram adotadas seis recomendações, dentre elas, a primeira que indicava a necessidade de uma participação mais efetiva dos indivíduos perante a Corte.[27]

Importante anotar ainda que no primeiro relatório apresentado por Trindade à Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos - CAJP do Conselho Permanente da OEA, no âmbito do Diálogo sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humano, em 16 de Março de 2000, ele avaliou os resultados do Seminário de novembro 1999, bem como das quatro reuniões de peritos realizadas na sede da Corte entre setembro de 1999 e fevereiro 2000. Por outro lado, no dia 13 de abril de 2000, Trindade compareceu perante a CAJP para apresentar o trabalho da Corte em 1999, inclusive sobre o fortalecimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

No dia 06 de junho de 2000, na apresentação desse Relatório Anual do Tribunal à Assembleia Geral da OEA, realizada em Windsor, Canadá, Trindade ressaltou que um dos desafios que a Corte precisa enfrentar consiste na plena aceitação da jurisdição obrigatória da Corte por todos os Estados Partes na Convenção, acrescida de previsão de jurisdição obrigatória automática da Corte para todos os Estados Partes, sem restrições. Além disso, sustenta que as disposições relativas à competência obrigatória da Corte e do direito de petição individual constituem verdadeiros alicerces da proteção internacional dos direitos humanos, sendo os únicos que viabilizam o acesso dos indivíduos à justiça a nível internacional. Com efeito, arrematou:

[26] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.,* 2003 p. 20.

[27] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.,* 2003 p. 24.

> Esto me conduce al cuarto punto, que es el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (locus standi) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no contenciosas de la Comisión Interamericana. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones que comenzamos a introducir en septiembre de 1996 en el Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (jus standi) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.[28]

Em 1 de Junho de 2001, entrou em vigor o quarto Regulamento da Corte, adotado em 24 Novembro de 2000, que insere alterações substanciais na posição do indivíduo no processo perante a Corte. De fato, houve a consolidação do regime do *locus standi in judicio*, assegurando à parte individual a participação direta na condução do processo.

Assim, uma vez que a Corte notifica a demanda à suposta vítima, seus familiares ou seus representantes legais, ser-lhe-á concedido o prazo de 30 dias para a apresentação, de forma independente, a partir dos escritos que contenham suas alegações, argumentos e provas, pelo que se depreende do artigo 35, n.4. Da mesma forma, durante audiências públicas, eles podem fazer uso da palavra para a apresentação de seus argumentos e provas, em virtude de seu *status* como verdadeira parte no processo, com base no artigo 40, n. 2.

Acrescentou-se ao artigo 23 a disposição de que, no caso de haver várias supostas vítimas, familiares ou representantes devidamente credenciados, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado a apresentação de petições, argumentos e provas durante o processo, incluindo nas audiências públicas.

Para Trindade[29], o Regulamento de 1996 já tinha dado o primeiro passo nesse sentido, permitindo que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes exercessem o direito de apresentar seus próprios argumentos e provas de forma independente, especificamente na etapa de reparações, vindo o Regulamento de 2001 a estender a participação deles ao longo de todo o processo, como verdadeiros demandantes, remediando, portanto, esta incongruência que existia desde a entrada em vigor da Convenção Americana. Desse modo, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes legais passam a desfrutar de todos os poderes e deveres, em questões

[28] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.,* 2003. p. 28.

[29] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.,* 2003. p. 50.

processuais, em todas as fases do processo perante a Corte, haja vista que até o Regulamento 1996, isto era privativo da Comissão Interamericana e do Estado demandado, exceto na fase de reparações, implicando na coexistência de três posições distintas no processo, quais sejam: a da suposta vítima ou seus familiares ou representantes legais, como um sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos; Comissão Interamericana, como órgão da Convenção e assistente do Tribunal; e o Estado demandado. Nesse sentido, destaca que trata-se da alteração mais importante observada no quarto Regulamento da Corte, constituindo-se um verdadeiro marco na evolução do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

A referida previsão foi mantida nas reforma do Regulamento realizada na LXI sessão ordinária realizada de 20 de novembro a 4 de dezembro 2003 e LXXXV sessão ordinária realizada no período compreendido entre 16 e 28 de Novembro de 2009. Com efeito, ainda que indivíduos e ONGs não tenham acesso direto à Corte, se a Comissão Interamericana submeter o caso a esta, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte, ao longo de todo o procedimento.

Nesse cenário, Trindade[30] sustenta que o fortalecimento da capacidade processual dos particulares em processos nos termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem gradualmente evoluído, tanto no âmbito da função contenciosa, quanto consultiva da Corte Interamericana, a par de medidas provisórias de proteção. No que tange aos casos contenciosos, essa evolução se deveu, sobretudo, com o advento do Regulamento de 2000, bem como da interpretação de determinadas disposições da Convenção e dos Estatutos da Corte.

4. Conclusões comparativas

A história do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é marcada por um avanço e sucesso inegáveis. Tal fato é confirmado pelo caminho percorrido desde a ideia de René Cassin de incorporar um recurso na Declaração Universal dos Direitos Humanos, criando-se o Conselho da Europa em 1949, até o que é hoje um direito obrigatório de recurso individual a um Tribunal independente[31]. Hodiernamente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem um caráter único e pode ser demandado por mais de 800 milhões de cidadãos, sob a jurisdição de 47 Estados membros.[32]

[30] TRINDADE (*et. al.). Op Cit.,* 2003. p. 74.

[31] EISSEN, Marc-André. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 14.

[32] LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. La saisine de la Cour Europeenne des Droits de l'homme. *In:* **La saisine des juridictions internationales**. Dir. Hélène Ruiz Fabri et jean-Marc Sorel. Paris:

No que se refere ao sistema interamericano, Trindade[33] sustenta que a Corte Interamericana necessita dar mais um passo em frente no sentido da evolução do *locus standi in judicio* ao *jus standi* dos indivíduos perante a Corte, de modo que o artigo 61, n.º 1 da Convenção passaria a ter o seguinte teor: "Os Estados Partes, a Comissão e as supostas vítimas têm o direito de submeter um caso à decisão do Tribunal". Para o autor, em pleno século XXI, já restam superadas as razões históricas que levaram a negação do *locus standi* das vítimas, tendo a própria prática já revelado as insuficiências e distorções do mecanismo paternalista de intermediação da Comissão entre o indivíduo e a Corte.

Na verdade, o acesso do indivíduo à Corte Interamericana de Direitos Humanos segue a mesma evolução da Corte Europeia, mas a passos mais lentos. Trindade[34] destaca que, observa-se desenvolvimento similar ao do sistema europeu dos anos oitenta, com a reforma do *interna corporis* dos dois órgãos de fiscalização da Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ultrapassou a fase na qual a Comissão Interamericana detinha a função de defesa dos interesses individuais, com o domínio integral sobre o ingresso da causa e os cuidados com sua instrução, tendo estacionado, entretanto, no reconhecimento do *locus standi in judicio* à parte individual.

Ainda em favor da representação direta das vítimas ante a Corte, Trindade sustenta que esse fato convém não só às supostas vítimas, mas a todos. Assim, propugna pela superação da concepção paternalista e anacrônica da intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre os indivíduos peticionários e a Corte, de maneira a conceder a estes últimos acesso direto à Corte.

Referências

BATES, Ed. The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights. *In:* **The European Court of Human Rights between Law and Politics.** Edited by Jonas Christoffersen and Mikael Rask Madsen. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CONSEIL DE L'EUROPE. Cour européenne des droits de l'homme. **Guide pratique sur la recevabilité.** Strasbourg: Editions du conseil de l'Europe, 2014.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Cour européenne des droits de l'homme: la CEDH en 50 questions**. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Informe Anual de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, *1996, p. 207-213.*

Editions A. Pedone, 2006, p. 211.

[33] TRINDADE. (*et. al.). Op Cit.,* 2003. p. 92.

[34] TRINDADE. (*et. al.). Op Cit.,* 2003. p. 93.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 10 Feb. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de septiembre de 1996.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/1996.pdf>. Acesso em: 10 Feb. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de novembre de 2000.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2000.pdf>. Acesso em: 10 Feb. 2018.

DE SCHUTTER, Olivier. La réforme des mécanismes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme. États des lieux et perspectives d'avenir. *In: Courrier hebdomadaire du CRISP*. v.7. n. 1512-1513. 1996.

EISSEN, Marc-André. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

ERGEC, Rusen. **Protection Européenne et Internationale des Droits de l'homme.** Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 2006.

FRIBERGH, Erik; LIDDELL, Roderick. From protocol N.º 11 to 2025 – a Court in constant change. *In:* **El tribunal Europeo de derechos Humanos Una visión desde dentro.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

GOMEZ, Carmen Morte. **Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

JIMÉNEZ, Argelia Queralt. **El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth. La saisine de la Cour Europeenne des Droits de l'homme. *In:* **La saisine des juridictions internationales**. Dir. Hélène Ruiz Fabri et jean-Marc Sorel. Paris: Editions A. Pedone, 2006.

MARGUENAUD, Jean-Pierre. **La Cour Européenne des Droits de l'homme**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2012.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B 32_Convencion_Americana_sobre_>. Acesso em: 10 Feb. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional – um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUDRE, Frédéric. **Droit international et européen des droits de l'homme**. 4 ed.

Paris: Presses Universitaires de France.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: **Arquivos de Direitos Humanos**. São Paulo: Renovar, 1999.

UNITÉ DES RELATIONS PUBLIQUES. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L`HOMME. **Apercu 1959-2015**. Conseil de Éurope. Mars 2016.

LA RELACIÓN ENTRE EL AUMENTO DE LA COMPLEJIDAD EMPRESARIAL Y EL DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE (AGENDA 2030): EL CASO DE LA EMBRAPA Y LAS NANOTECNOLOGÍAS

Daniela Pelin[1]
Wilson Engelmann[2]
Fábio S. Veiga[3]

Sumário: 1. Introducción; 2. La fotografía de EMBRAPA: el caso de éxito; 3. La resonancia de EMBRAPA: la necesidad del aumento de la complejidad para el desarrollo sostenible Agenda 2030!; 4.Conclusiones

1. Introducción

Los países en desarrollo, a ejemplo de Brasil, pasan por un proceso forzado de aceleración y maduración por el Sistema Global, interrumpiendo abruptamente, desde 1990, cualquier proceso interno proveniente de la soberanía. Esto ocurre en todos los sectores estructurantes del país. Es el caso de la producción de alimentos para la población interna y global por la EMBRAPA.

Esta fuerza motriz que acelera la producción de la EMBRAPA contribuye necesariamente al desarrollo de la innovación sectorial por el conocimiento que se produce en laboratorio y, en el caso de la producción de alimentos, aumento productivo, reserva celular, molecular de especies animales y vegetales; un banco de datos del presente que guarda el pasado para sostener el futuro con la contribución significativa de las nanotecnologías como insumo productivo. A ese proceso económico exitoso se le asignó un desarrollo sostenible.

Los datos presentados por EMBRAPA (2016) muestran los avances con la divulgación de resultados considerables en la producción de alimentos de forma

[1] Doutoranda em Direito Público na UNISINOS/Brasil. Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Especialista em Direito Empresarial. Advogada. Professora. Pesquisadora. Email: daniela.pellin@terra.com.br.

[2] Prof. Dr. Wilson Engelmann, Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Pesquisador visitante da Faculdade de Dereito, da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Email: WEngelmann@unisinos.br

[3] Profesor invitado de Derecho Mercantil en el Máster en Abogacía de la Universidad Europea de Madrid. Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Vigo. Investigador Becario de la Fundación CAPES, Ministerio de Educación de Brasil, el cual realiza investigaciones en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. E-mail: fabio.da@uah.es

sostenible. Lo que llama la atención para la investigación es que el concepto institucional de sustentabilidad, de connotación política valorativa, de largo alcance social y ambiental, de naturaleza democrática, no viene acoplado a las medidas adoptadas por la EMBRAPA. Esto interfiere en prácticas sostenibles cuyas metas son constitucionales y se enmarca en la Agenda de 2030. Por lo tanto, hace el precepto de la eficiencia económica institucional en el presente y aumenta los costos de transacción social en el futuro.

Esta paradoja entre el presente éxito y el futuro de riesgo puede resolverse con el aumento de la complejidad comunicacional de EMBRAPA a través de programas dirigidos a la gestión democrática del desarrollo y de los riesgos entre todos los agentes involucrados capaces de contribuir con los procesos de toma de decisiones: decisión sobre qué innovar y qué riesgo correr. Para ello, la Empresa debe acoplar en su actividad productiva sistema de comunicación con la sociedad que contribuya con la construcción de un ambiente movido por la confianza y, consecuentemente, en la gestión compartida de los costos transaccionales de los riesgos nanotecnológicos, bajo la orientación normativa el artículo 170, de la Constitución Federal Brasileña y el cumplimiento voluntario de la Agenda Global de 2030 para el desarrollo sostenible.

2. La fotografía de EMBRAPA: el caso de éxito!

La Empresa Brasileña de Investigación Agropecuaria (EMBRAPA) es pública y, desde 1973, viene desempeñando un papel fundamental en el desarrollo de la producción agropecuaria y de alimentos para Brasil, cooperando con la sociedad rural que marca el crecimiento económico del país ante la excelente calidad del suelo, agua, flora y fauna que componen el territorio.

Se trata de una Empresa que tiene como misión viabilizar soluciones de investigación, desarrollo e innovación para la sostenibilidad de la agricultura, en beneficio de la sociedad brasileña; como visión, ser referencia en la generación y oferta de informaciones, conocimientos y tecnologías, contribuyendo a la innovación y la sostenibilidad de la agricultura y la seguridad alimentaria. Por último, como valores, principios que balizan las prácticas y los comportamientos de EMBRAPA y de sus integrantes, independientemente del escenario vigente, y que representan las doctrinas esenciales y duraderas de la Empresa, como: compromiso, cooperación, equidad, ética, excelencia, responsabilidad socioambiental, flexibilidad y transparencia. (EMBRAPA, 2014)

Para atender a las tendencias nacionales y globales, trazó el proyecto titulado Visión 2014-2034: el futuro del desarrollo tecnológico de la agricultura brasileña (EMBRAPA, 2014), por lo que viene en una creciente producción de éxito, cumpliendo su programación. La guía maestra para los compromisos asumidos se logrará mediante el desarrollo y aplicación de biotecnología, nanotecnología y geotecnología, cuyo objetivo principal es interferir directamente en la sostenibilidad de los recursos naturales y en el cambio climático. (EMBRAPA, 2014, p. 73)

La Empresa entiende que la prospección, caracterización, conservación y desarrollo y adaptación de cultivares y variedades de plantas, razas y linajes de animales, manipulados por las nuevas tecnologías serán más productivos y mejor adaptados a los diferentes ambientes del país frente a los próximos 40 años de desafíos. Por lo tanto, programas diversificados y amplios de investigación en recursos biológicos, mejoramiento vegetal, animal y biotecnología "asegurarán que la agropecuaria brasileña se mantenga competitiva, con autonomía para perseguir estrategias nacionales importantes y capaces de responder rápidamente a los desafíos de la bioeconomía del futuro. (EMBRAPA, 2014, p.88)

La Empresa divulgó en el informe "Embrapa en Números", publicación desarrollada a partir de la reunión de datos recogidos por la propia Empresa (EMBRAPA, 2017) de todas sus unidades centrales (17) y descentralizadas (46), esparcidas en todo el territorio brasileño, así como de otras instituciones asociadas, nacionales y en el exterior, datos sobre la producción y cultivo de la agropecuaria; transferencia de tecnología, programación para planificación y desarrollo; desarrollo institucional, números de investigación, etc. en favor de las políticas nacionales y mundiales para la producción y la gestión de los alimentos.

Menciona el documento que EMBRAPA se ha convertido en referencia mundial en investigación y tecnología agropecuaria; es hábil en viabilizar soluciones para el desarrollo sostenible de la agricultura, a través de la generación, adaptación y transferencia de conocimiento y tecnologías para la sociedad rural contribuyendo con la inclusión de pequeños agricultores en el sistema económico.

Lo que llama la atención en este informe es el hecho de que la EMBRAPA tuvo un salto de productividad a causa de las inversiones masivas en las nuevas tecnologías y, en consecuencia, aumentó significativamente la producción de alimentos para abastecimiento interno y externo y sus ingresos económicos sin exclusión, de promover la sostenibilidad ambiental y el almacenamiento de la biodiversidad vegetal y animal para el futuro.

La EMBRAPA (2017) menciona que Brasil tiene una parte de contribución a dar en la sustentabilidad como desafío de la humanidad y para ello, la producción agropecuaria está ligada a las tecnologías que conservan suelo, agua, flora y fauna, reduciendo los impactos en el medio ambiente.

Según la Empresa, la expectativa para la producción agrícola en 2050 es la de que deberá crecer globalmente el 70%; y el 100% en los países en desarrollo, para dar cuenta de la población para alimentar, como en el caso de Brasil donde, en 2010, había 195,500 millones de habitantes; en 2013, había 201,033 millones de habitantes y en 2050 habrá 226,348 millones de habitantes.

Con esta perspectiva, la agricultura brasileña posee más de 300 especies de cultivo y envía al mundo 350 tipos de productos que llegan a 180 mercados del planeta. La Empresa informa que Brasil es un gran productor de granos, carne y frutas, y el sector

agropecuario contribuye con el 22,5% del Producto Interno Bruto (PIB) y el 37% de la fuerza laboral nacional.

Según el informe, Brasil es el país cuyo crecimiento económico es apalancado por el agronegocio en detrimento de los demás sectores, dando un salto de 2002, con una facturación bruta de 20.400 millones de dólares, para en 2014, facturar 75.200 millones de dólares.

También, el país se destaca en la producción de energías renovables. La matriz energética brasileña en 2015 fue ocupada por 60,6 toneladas de materias no renovables y 39,4 por materias renovables. La perspectiva para 2018, es disminuir a 57,2 toneladas de no renovables y un aumento de 42,8 toneladas para renovables; la expectativa para 2023 es de 57,5 toneladas de no renovables, pero, 42,5 de producción renovable.

Según la Empresa, en lo que concierne al abastecimiento mundial, Brasil está entre los mayores exportadores de productos agropecuarios del mundo. En cada cuatro productos del agronegocio en circulación en el mundo, uno es brasileño. El país es el mayor exportador de café, azúcar, jugo de naranja, etanol de caña de azúcar, pollo y soja. Y el tercer exportador de carne de vacuno y de algodón.

De 1960 a 2012, la agenda de exportación alcanzó más de 350 ítems. En 2015, las exportaciones del agronegocio fueron de 88.222 millones de dólares, con leve caída en relación a 2014. El principal sector fue el de soja, responsable del 37% de las ventas externas; el segundo fue el sector de carnes y el tercero, el de caña de azúcar. Los principales países que compraron los productos brasileños, según el informe, son: China (24,12%), Estados Unidos (7,33%), Países Bajos (7,0%), Japón (2,86%), Hong (2,8%), Rusia (2,56%), Corea del Sur (2,42%), Alemania (2,6%), Venezuela (2,15%), Arabia Saudí (2,56%), (43,5%). (EMBRAPA, 2017).

Con el objetivo de expandir su capacidad de innovación, EMBRAPA actúa en el desarrollo de alianzas públicas y privadas basadas en el esfuerzo de cooperación en las áreas de investigación y desarrollo, negocios y transferencia de tecnología. Actualmente cuenta con 2.393 contratos, con socios nacionales e internacionales. En el ámbito nacional e internacional se destaca la actuación por medio de Convenio de Cooperación Técnica, con el 78,5% y el 21,5%, respectivamente, del total de contratos activos en 2015. Las principales áreas contempladas son: Banco de datos (3 (%), procesos tecnológicos (27%), software (3%), mapeamiento y zonificación (3%), insumos (36%), cultivares (18%), equipos (10%).

Actualmente, se están desarrollando 72 Programas de Mejoramiento Genético, generando beneficios no sólo económicos, sino sociales y ambientales, según la Empresa. (EMBRAPA, 2017)

Entre los proyectos, 60 de ellos se dirigen a la agricultura familiar ya las comunidades tradicionales para la sostenibilidad, englobando la agricultura orgánica o agroecológica. Con ello, alega la Empresa, que los proyectos también agregan valor a las

actividades y promueven el desarrollo sostenible, así como transferencia de tecnología y productos para pequeños productores.

En lo que concierne al tratamiento de la información, la Empresa trata de redes de evaluación y cultivares, trazabilidad y certificación, sistemas de previsión, redes de seguridad biológica, genómica y biología funcional, sistemas de automatización, monitoreo de calidad ambiental, monitoreo de cadenas de alimentos , bioseguridad.

En los servicios, la Empresa dispone de intercambio de germoplasma, cuarentena, redes de información, control de calidad, consultorías, entrenamientos, incubación de empresas.

En 2015, según EMBRAPA (2017), tuvo como producción científica y tecnológica, 104 políticas públicas formuladas e implementadas; 2.793 artículos en anales de congreso, 2.499 unidades de observación y demostrativas; 714 capítulos en libros técnicos científicos, 2.025 artículos científicos en periódicos indexados, 90 circulares técnicos, 152 participaciones en ferias y exposiciones, 195 comunicados y recomendaciones técnicas, 256 folletos y cartillas, 13.054 cursos, 133 boletines de Planificación y Desarrollo, 921 días de campo, 2.788 conferencias, 2.361 eventos de transferencia de tecnología.

Según la Empresa, disponibilizó al Ministerio de Desarrollo, para atención al "Programa Brasil sin miseria", 102 toneladas de semillas de maíz variedad; 67 toneladas de semillas de frijol-caupi. Estas semillas beneficiaron a 500 mil familias de agricultores.

El retorno social de EMBRAPA (2017) al país en 2015 fue un beneficio social de 26.870 millones de reales, calculados sobre la base de los impactos económicos de una muestra de 104 tecnologías y 200 cultivares desarrollados por la Empresa y sus socios y transferidos a la sociedad. Las 104 tecnologías evaluadas fueron responsables de la generación de 71.787 nuevos empleos. Así, para cada R $ 1,00 invertido en la EMBRAPA, retornaron a la sociedad R $ 9,23, en la forma de tecnologías, conocimiento y empleos. Por el Balance Social de 2016, la Empresa divulgó que hubo un gran salto en la proyección económica de valor agregado y, para cada R $ 1,00 aplicado, se generaron R $ 11,37 para la sociedad brasileña. (EMBRAPA, 2016)

Para la EMBRAPA, una de las preocupaciones principales, hoy, es con el medio ambiente, con la calidad de los alimentos y con el bienestar de la sociedad. Por eso, posee el mayor banco genético de Brasil y América Latina y uno de los mayores del mundo: 124 mil muestras de semillas de 765 especies de importancia para la agricultura y la alimentación como arroz, frijol, soja, maíz entre otras. Las semillas recolectadas en todo el territorio brasileño están guardadas en cámaras frías de conservación a 20º bajo cero, protegidas, por lo tanto, de los cambios climáticos y de catástrofes naturales.

La Empresa invierte en investigación de conservación y uso sostenible de razas de animales domésticos y localmente adaptados. Las razas de bovinos, caprinos, cerdos, equinos, ovinos, asininos y bubalinos que están en Brasil, desde hace siglos, muchas

desde la época de la colonización, y que por ello, reúnen características de rusticidad y adaptabilidad muy importante al programa de mejoramiento genético.

Según la EMBRAPA (2017), la Legislación ambiental es el hilo conductor de las políticas adoptadas por la Empresa. Además, ha invertido fuertemente en tecnología punta para clonación, transgénesis, secuenciación de genomas de plantas y animales, usando genómica, biotecnología, nanotecnología y geotecnología, agricultura de precisión y automatización. En lo que concierne al interés de la investigación, en la visión de la EMBRAPA la nanotecnología transforma conocimiento en productos y procesos que llegan al mercado y mueven la nueva economía.

Son 150 investigadores de 14 centros de investigación de la Empresa que participan en la Red de Nanotecnología Aplicada al Agronegocio - Red AgroNano, creada en 2006, que reúne a investigadores de más de 30 universidades en Brasil y en el exterior. Las investigaciones se centran en innovaciones como películas y revestimientos comestibles, envases inteligentes, plásticos biodegradables. También se están desarrollando cápsulas producidas con nanoestructuras que permiten la liberación controlada de fertilizantes para el suelo y de fármacos para el tratamiento de animales, entre otras innovaciones.

Este escenario todo de éxito tiene interferencia directa de las investigaciones y aplicación en Nanociencia y Nanotecnología (N & N), sin la cual no sería posible la intervención atómica y molecular para la producción agropecuaria y la sostenibilidad.

3. La resonancia de EMBRAPA: la necesidad del aumento de la complejidad para el desarrollo sostenible Agenda 2030!

Aunque la EMBRAPA sea una empresa pública, creada por Ley, su régimen jurídico, según el artículo 173, § 1º, II, de la Constitución Federal, sigue el de la empresa privada. Esto significa que, aunque los intereses lucrativos son en provecho del crecimiento económico del país, su conducta empresarial y organizacional replica el de la empresa privada.

A partir de esta premisa, también es razonable concluir que la EMBRAPA está inserta en la perspectiva global sobre las actividades empresariales, cuyos deberes de conducta y metas económicas deben sujetarse a los criterios de sustentabilidad bajo el mando de los estándares globales actuales.

La globalización impone una racionalidad lógica inversa al proceso histórico nacional en los países en desarrollo: la sustentabilidad como razón del ejercicio económico. Esto significa que hubo un acoplamiento estructural, una interpenetración reflexiva (GOMEZ G., 2007) en la economía por la sostenibilidad. El resultado de ello es la institucionalización de la actividad económica más allá del lucro. Sin embargo, en el caso de Brasil, considerado de modernidad tardía (BECK, 2011), lo contrario es perseguido por la política económica que considera la sostenibilidad si, y sólo si, de ésta

también se obtiene beneficio.

Sin embargo, este desenfoque en el cuadro, según Ferrer (2008), es peculiar en países en desarrollo donde ese tipo de comportamiento empresarial es fértil con el fin de que la inversión en ese tipo de innovación afecta considerablemente la capacidad de decisión y la autonomía del emprendedor que necesita retorno rápido y en el corto plazo de tiempo.

Sin embargo, esa pecha histórica poco a poco choca en sus límites jurídicos y la EMBRAPA, entre otras empresas, muestra esa tendencia, aunque carente de ajustes. Dos de esos límites pueden ser mencionados: internamente, a partir del artículo 1011 del Código Civil Brasileño; globalmente, por las metas impuestas por la Agenda 2030. Ambas ordenaciones pretenden cumplir con estándares de gestión responsable y de valor agregado a la economía por la sostenibilidad en las Empresas, irritándolas para que entiendan que el escenario económico debe cambiar; extravasan, por lo tanto, el ambiente exclusivo de la Ciencia Económica, marcado por la econometría que acompaña históricamente las actividades empresariales.

La EMBRAPA, aunque, aparente estar en el camino correcto, deja escapar la cuestión de la gestión de los riesgos de toda su actividad de innovación tecnológica sin entrar en contacto con cualquier ruido externo y, por su causa, sus decisiones empresariales parten de la premisa lucrativa que, a su vez, está enfocada en la generación de conocimiento, tecnología e innovación aplicada sin, sin embargo, invertir o no informar investigación de los riesgos derivados de esas aplicaciones. Esto representa, en los días actuales, ausencia de complejidad empresarial. El público involucrado directa o indirectamente absorbe la producción empresarial sin ser comunicado del riesgo o, aún, participar en las decisiones acerca de ellos. Pero la orientación global está en otra dirección. Abramovay (2014) menciona que en este siglo XXI, la economía tiende a ser híbrida, cuyo concepto de hibridez económica mencionado por él sigue con la participación social en la vida económica y en las decisiones productivas.

Esta complejidad, sin embargo, puede ser aumentada por varias formas. Una de ellas es la construcción de programas de comunicación sistémica que, al final del proceso, se traduce en confianza y economía de los costos sociales, consecuentemente, gestión democrática de esos riesgos tecnológicos. Se trata de una forma de institucionalización del proceso productivo a partir de la comunicación sistémica. Esta comunicación debe ser capaz de construir otra realidad que no la de la propia Empresa (LUHMANN, 2005), en el caso, la institucionalización democrática de la actividad.

Aunque EMBRAPA tiene un Código de Ética (EMBRAPA, 2014) y Código de Conducta (EMBRAPA, 2012) se desprende que los estándares de comunicación y, por lo tanto, de complejidad, establecidos están íntimamente relacionados internamente con empleados; define reglas de comportamiento de los empleados para con la empresa, con la actividad laboral, con la impresión social de la empresa. El único canal de relación externa de la empresa con el ecosistema social se da a través de la "Carta de Servicios al

Ciudadano", que establece los medios de relación con el público para mayor transparencia, restringida a los datos del balance social. Son ellos: en el caso de que se produzca un cambio en la calidad de los servicios de salud, las redes sociales, la audiencia, el servicio de información al ciudadano, servicio de atención al ciudadano, comisión de ética, acceso a la información y direcciones para atención presencial.

En lo que se refiere al aumento de complejidad empresarial para el desarrollo sostenible sólo la transparencia de los datos de productividad y oferta de canal de información al ciudadano no favorece el proceso de comunicación sistémica con la sociedad y no cumple plenamente con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) por parte de EMBRAPA. Esto porque en lo que se refiere a la Empresa con ideales de sostenibilidad en su bandera política no se verifica un esfuerzo en abrirse hacia nuevos sentidos de comunicación respecto al concepto real de sostenibilidad (AMATO, 2014) más allá de aquel de su actividad productiva, la implicación de los riesgos nanotecnológicos también forma parte de esto y estar fuera de la agenda de información de la EMBRAPA.

Es necesario que haya un flujo informacional dinámico, abierto, procedido por el ejercicio democrático de gestión de esa información que, en el caso, debe generar la comunicación (conciencia) sobre desarrollo y riesgo nanotecnológico y afectar, en consecuencia, de forma compartida, la gestión sobre lo que desarrollar y qué riesgos correr. Esa es la mejor interpretación del precepto constitucional porque afinado con la Agenda 2030.

Este cierre operativo de la EMBRAPA sólo a ella se beneficia porque todo ciclo informacional queda circunscrito al ámbito interno de sus operaciones y del lenguaje que creó para definir sostenibilidad y el proceso democrático que se resume a la transparencia en la divulgación de datos. Esto no satisface el sistema social porque la Empresa no utiliza esa información para la construcción de contactos interactivos (LUHMANN, 2005), necesarios para contener en su cadena productiva riesgo a la propia sustentabilidad.

Es, pues, a partir de una apertura del sistema interno por parte de la EMBRAPA a una dinámica comunicacional programada con el sistema externo que la Empresa aumentará la complejidad de interacciones, cuyos riesgos compartidos con la sociedad reducirá los costos sociales contingentes porque decididos y elegidos previamente. No es por el beneficio que se decidirá, sino por el riesgo y la sostenibilidad. La Empresa tiene el deber de comprender esa irritación sistémica (LUHMANN, 2010) que ha de afuera para la gestión empresarial y debe, soportándola, internalizarla como factor de complejidad y perfeccionamiento de la sostenibilidad y del proceso decisorio democrático.

Esto es realmente importante porque N&N, al mismo tiempo que se presentan motivacionales, paradójicamente, preocupan por los riesgos que ofrecen. Tales son tratadas como insumo productivo cualquiera cuando, en realidad, tiene implicaciones

mucho más amplias.

En un reciente estudio sobre las implicaciones N&N, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) junto a la Empresa Transnacional (ETN) Allianz, se señalaron diagnósticos alarmantes: marketing de productos; protección de la propiedad intelectual; adopción de políticas para el tratamiento de los riesgos y los impactos económicos en los países y regiones; riesgos medioambientales; riesgos para la seguridad de los trabajadores, consumidores; aumento de riesgos futuros a la humanidad en caso de autorreplicación y aumento de las nanomáquinas; riesgos de invasión a la privacidad por sensores miniaturizados. (OECD & Allianz, 2016)

Este levantamiento apunta que algunos materiales como oro y platino reaccionan químicamente cuando se asocian a las nanopartículas, catalizándolas. Las nanopartículas catalizadas son poderosos reactivos para alterar la forma de otras moléculas o átomos y son tóxicas cuando se incorporan al cuerpo humano. Además, expertos advierten que no es posible predecir o derivar los riesgos de procesos ya conocidos en toxicología. La mayor preocupación está concentrada en nanopartículas o nanotubos que circulan al aire libre y pueden ser inhalados, absorbidos por la piel o ingeridos. (OECD & Allianz, 2016, página 30)

En este escenario de riesgos a los ecosistemas social y natural, el estudio indica que las nanotecnologías son producidas a gran escala por la producción industrial y pueden ser lanzadas, gradual y accidentalmente, en el medio ambiente. Esto incluye todo el ciclo de vida de un producto y aplicaciones que contienen nanopartículas que interactúan a través de la descarga y la filtración durante la producción, el transporte y el almacenamiento de insumos y productos finalizados; descarga y fuga de basura; liberación de partículas durante el uso de los productos; difusión, transporte y transformación en el aire, el suelo y el agua. Algunas aplicaciones como en productos cosméticos o alimentos alterados por nanopartículas representan una fuente difusa de nanopartículas en el medio ambiente.

Por estas razones referenciadas es posible decir que el caso EMBRAPA no es éxito absoluto. Sin embargo, los números de eficiencia económica alcanzados por las aplicaciones nanotecnológicas han sido significativos y tenidos como sostenibles, sin embargo, en comparación con iniciativas más complejas en el tratamiento de los riesgos con la sociedad, la Empresa todavía tiene un largo camino por recorrer para ser sostenible en términos de la Agenda 2030.

En Brasil, en la visión de Engelmann, "el escenario de las nanotecnologías exigirá la toma de decisión enfocada en la preocupación, es decir, ocupar previamente la acción con las consecuencias de las investigaciones y de los resultados sobre el medio ambiente

y el ser humano[4]" (2015, p. 63-64). Por supuesto, en este proceso de aumento de complejidad que se entiende como hipótesis para el enfrentamiento del problema de los riesgos, Engelmann concuerda que "la gestión de la innovación deberá ser transdisciplinaria[5]" (2015, p.67) y, sobre todo, que "las diversas conexiones entre los actores involucrados darán los contornos de la innovación nanotecnológica, la cual deberá también enfocarse en la disminución de las diferencias, a través de la conformación del carácter social de la innovación y el cambio institucional a nivel global[6]". (2015, p.66)

En el sentido concreto de esta hipótesis, se tome como ejemplo iniciativa de la Unión Europea (UE) que adoptó como estrategia coordinada para 2020, la reunión, en consorcio, de 35 socios de 12 países de la UE para, juntos, desarrollar investigaciones en un único proyecto nombrado como SUN, con una inversión total de 13.539.313 Euros; el mayor de la Comunidad Europea. (HRISTOZOV et al., 2014)

Este proyecto que viene siendo desarrollado desde su creación, el 1 de octubre de 2013, a diferencia de los demás esparcidos alrededor de la Comunidad, pretende, además de comprender las propiedades, interacciones, impactos y riesgos de los nanomateriales, crear bases de datos y métodos; direccionar tales implicaciones para el sector industrial y, al mismo tiempo, supervisar los órganos regulatorios. Se trata de un proceso de integración de abajo hacia arriba con la generación de datos de la nanoinnovación orientada al medio ambiente, salud y seguridad y, de arriba abajo, al coordinar los proyectos de productos y procesos en nanoescala en el sector industrial y regulatorio , todo de forma integrada y descentralizada (HRISTOZOV et al., 2014).

La conclusión inicial a la que llega el trabajo es que el impacto de SUN (HRISTOZOV et al., 2014) es proveer nanoindustriales y reguladores con datos y herramientas para abordar los desafíos; aclarar respuestas a las autoridades reguladoras y abrir nuevas oportunidades para diseñar innovaciones sostenibles a partir de las nanotecnologías. Para ello, se desarrollarán métodos y herramientas que prevean la exposición y los efectos nocivos para los ecosistemas y los humanos; la implantación de prácticas preventivas de riesgos y gestión completa del ciclo de vida de un nanomaterial a partir de 08 frentes de trabajo integrados y circulares que resulten en coordinación científica en la transferencia de datos y de conocimiento y en el entrenamiento científico

[4] “o cenário das nanotecnologias exigirá a tomada de decisão focada na preocupação, isto é, ocupar previamente a ação com as consequências das pesquisas e dos resultados sobre o meio ambiente e o ser humano” (traducción libre)

[5] “a gestão da inovação deverá ser transdisciplinar” (traducción libre)

[6] “as diversas conexões entre os atores envolvidos darão os contornos da inovação nanotecnológica, a qual deverá também ser focada na diminuição das diferenças, por meio da conformação do caráter social da inovação e mudança institucional no nível global.” (traducción libre)

y en la diseminación y gestión administrativa competente.

Esta forma de gestión integrada propuesta por la UE significa un aumento de la complejidad de la comunicación entre todos los agentes implicados. Esto democratiza el proceso, comunica los resultados y posibilita una toma de decisión compartida acerca de los riesgos nanotecnológicos que serán asumidos o repelidos, si hay contingente accidental o necesario (BRÜSEKE, 2005). La comunicación integrada representa la clave para la confianza sistémica (LUHMANN, 1996).

Esta confianza se traduce en la economía de los costos de esas transacciones porque una vez comunicado y entendido el riesgo nanotecnológico por los actores, las decisiones se tomarán de forma anticipada, prudente y cautelosa, en lugar de la miopía sistémica y la omisión empresarial (WILLIAMSON, 2005) porque, "la confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social". (LUHMANN, 1996, 05)

Otro ejemplo ocurre en los Estados Unidos. Slater (2009), de la Carleton University, al estudiar eventual regulación sobre nanotecnologías hace mención a la necesidad de sistematizar riesgo e incertidumbre como parámetros para el proceso de gestión adecuada, democratizada, participativa y compartida. En el caso de las nanotecnologías, aún no hay parámetros mensurables de probabilidad (*known unknown*), pero, mediante la adopción de diez principios propone una buena regulación para las nanotecnologías. Son ellos:

1. La autoridad reguladora debe tener presupuesto, instalaciones y personas competentes para la toma de decisiones que estén basadas en evidencias;
2. El procedimiento regulatorio debe implicar a todas las partes interesadas y ser sensible a sus necesidades;
3. La regulación debe ser clara en cuanto a su papel, sus objetivos y autoridad jurídica y política, sobre todo, primar por la adopción de políticas en lugar de reglamentación;
4. El agente regulador debe actuar con responsabilidad y ser transparente en cuanto a la pretensión de las normas, los procedimientos y las decisiones;
5. Los reguladores deben ser capaces de informar a todos implicados en las decisiones sobre la anticipación de eventuales crisis, cuando haya necesidad de adoptar medidas burocráticas y políticas (hablar la verdad al poder). Los ejecutivos deben tener la capacidad de escuchar y comprender;
6. El sistema de reglamentación debe ser a nivel nacional e internacional, progresista y anticipatorio, siempre que sea posible. La gestión del conocimiento debe ser tratado en el estado del arte en que se encuentra;
7. El enfoque sobre los riesgos debe conformar el objetivo y los visados como una oportunidad para una superación completa (a través de la incorporación de una

perspectiva de sistemas y análisis de ciclo de vida, por ejemplo);

8. El sistema regulatorio debe tener un rendimiento orientado, eficiente y eficaz, y esforzarse por la toma de decisiones oportuna y para su aplicación. Los tomadores de decisión deben esforzarse para equilibrar, proporcionalmente, los beneficios y los costes de la regulación;
9. Los estándares y los procedimientos regulatorios deben ser razonablemente consistentes y predecibles. La flexibilidad puede ser necesaria cuando involucra nuevas superficies de conocimiento intensivo (*outilier information*). En estos casos, los reguladores se esfuerzan para mantener la consistencia en la aplicación de los valores y el espíritu de las políticas adoptadas;

La cultura regulatoria se basa en un fundamento ético fuerte y consciente de la importancia del conocimiento y la legitimidad en el proceso de reglamentación. El liderazgo promueve la toma de decisiones justa y competente y el mantenimiento de las diversas capacidades necesarias (incluidos los conocimientos científicos y técnicos, la alfabetización científica, la capacidad analítica, la comunicación, los valores compartidos, la cooperación, la apertura, la previsión, la perspectiva internacional y otros elementos deseables para reglamentación corporativa). Es también un buen trabajo para equilibrar los riesgos organizacionales y públicos. (SLATER, 2009)

Iniciativas como estas denotan que, aunque los riesgos son consecuencia de las propias decisiones, hablar en contingencia no significa que el mundo esté a plena disposición del hombre. Por lo tanto, la comunicación sobre el riesgo del desarrollo debe ser compartida con la sociedad y para la orientación de los procesos decisorios con todos los involucrados.

Esto aumenta la complejidad empresarial y la economía de los costos de estos contingentes sociales posibles a partir de un compartir reflexiones y responsabilidades. A partir de eso, con un efectivo programa de comunicación, EMBRAPA se postula, efectivamente, al perfil de una Empresa Global Sostenible en los términos de lo que predice la Constitución de la República así como la Agenda 2030 y contribuye con ese proceso del desarrollo sostenible integral que va además de una buena política de gobernanza traducida en información y transparencia.

4. Conclusiones

EMBRAPA es un caso de éxito en el desarrollo tecnocientífico a partir de las nanotecnologías capaces de aumentar significativamente el rendimiento económico empresarial. Sin embargo, de toda la exploración que se hizo en la situación jurídica de la empresa, ese éxito no se comunica con el sistema social, salvo por los resultados econométricos y, consecuentemente, de sostenibilidad interna de la productividad.

Pero esta sustentabilidad practicada por la EMBRAPA es un problema para la investigación porque entiende ser incompleta y no lograr cumplir con la complejidad

global planteada como meta por la Agenda 2030. Sobre todo no ampliar el concepto constitucional de ejercicio democrático del desarrollo porque toda toma de decisión en inversiones en desarrollo de las nanotecnologías y sus respectivas aplicaciones se toman internamente. Esto preocupa en la medida en que la nanotecnología es mucho más que insumo productivo y puede ofrecer riesgos, cuyos contingentes pueden sorprender por los efectos nefastos al hombre y al medio ambiente, como se ve. La EMBRAPA no se aplica en investigar, mapear, informar e involucrar a las personas, en la conciencia de esos riesgos, lo que agrava aún más el problema. Se trata, por lo tanto, de una sostenibilidad a la vista, manca.

Una de las formas posibles de contribuir con esa laguna en el proceso de sostenibilidad que la EMBRAPA viene desarrollando es, justamente, partir hacia programas de comunicación sistémica, convocando a los involucrados y afectados por la actividad económica para el compartir democrático de las decisiones que se pueden tomar y el enfrentamiento de los riesgos y de los posibles contingentes nanotecnológicos por la propia sociedad.

A esto se dio la clasificación de complejidad empresarial, por la apertura operativa de la empresa a la interacción con el ambiente eterno a ella y, a partir de eso, comportarse en su toma de decisión, otros intereses e interferencia de otros agentes. Una vez así organizada e implantada, es capaz de gestionar los riesgos nanotecnológicos de forma democrática y, consecuentemente, llenar ese vacío conceptual ideológico sobre las prácticas sostenibles de conformidad con la Agenda 2030, cuyos riesgos, en el anonimato, no permiten completar, ejemplo de las iniciativas de la UE y directrices corporativas en los Estados Unidos.

Este proceso complejo de comunicación es hábil para gestionar la toma de decisión sobre los riesgos y los contingentes futuros rellenando las imperfecciones del proceso de sostenibilidad por parte de EMBRAPA.

Bibliografía

ABRAMOVAY, R. (Dez de 2014). *A Economia Híbrida do Século XXI*. Acesso em 28 de Jan de 2018, disponível em De baixo para Cima: http://www.livro.debaixoparacima.com.br/a-economia-hibrida-do-seculo-xxi/

AMATO, L. F. (2014). *Constitucionalização Corporativa: Direitos Humanos Fundamentais, Economia e Empresa*. Curitiba: Juruá.

BECK, U. (2011). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. (S. Nascimento, Trad.) Editora 34.

BRÜSEKE, F. J. (jul-dez de 2005). Risco e Contingência. *SOCITEC e-print, 1*(2), pp. 35-48.

EMBRAPA. (2012). *Código de Conduta da Embrapa*. Acesso em 09 de Jan de 2018,

disponível em EMBRAPA: https://www.embrapa.br/documents/10180/21260249/C%C3%B3digo+de+Conduta+da+Embrapa/b1f08066-a9f6-3bc0-6058-9a1511a32a02

EMBRAPA. (2014). *Código de Ética da Embrapa*. Acesso em 09 de Jan de 2018, disponível em https://www.embrapa.br/documents/10180/1600893/codigo-de-etica

EMBRAPA. (2014). *Visão 2014-2034: o futuro do desenvolvimento tecnológico da agricultura brasileira*. Acesso em 22 de jun de 2017, disponível em EMBRAPA: https://www.embrapa.br/visao-2014-2034

EMBRAPA. (2017). *Embrapa em Números*. Acesso em 20 de jun de 2017, disponível em EMBRAPA: https://www.embrapa.br/embrapa-em-numeros

ENGELMANN, W. (2015). As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: W. ENGELMANN, & C. WITTMANN, *Direitos Humanos e Novas Tecnologias* (pp. 49-78). Jundiaí: Paco Editorial.

FERRER, V. R. (2008). Innovación en la Empresa y Capital Riesgo. (S. d. Publicaciones, Ed.) *Anuário de la Facultad de Derecho - Universidad Alcalá I, 1*, pp. 289-305. Acesso em 28 de Jun de 2017, disponível em https://scholar.google.es/citations?view_op=view_citation&hl=es&user=CcbAQ9cAAAAJ&cstart=20&citation_for_view=CcbAQ9cAAAAJ:TFP_iSt0sucC

GOMEZ G., L. J. (Deciembre de 2007). Niklas Luhmann: un examen de la economía desde la teoria general de sistemas. *Reflexión, 10*(3), pp. 95-103.

HRISTOZOV, D., ALSTRUP, K., STONE, V., SCOTT-FORDSMAND, J., NOWACK, B., COSTA, A., . . . MARCOMINI, A. (1-30 de Nov de 2014). *SUN: Paving Sustainable Nanoinnovation*. Acesso em 10 de Jan de 2018, disponível em The 4th World Sustainability Forum: http://www.sciforum.net/conference/wsf-4

LUHMANN, N. (1996). *Confianza*. (D. R. Mansilla, Trad.) Barcelona: Anthropos.

LUHMANN, N. (2005). *A realidade dos meios de Comunicação*. (C. M. Filho, Trad.) São Paulo: Paulus.

LUHMANN, N. (2010). *Introdução à Teoria dos Sistemas* (2ª ed.). (A. C. Nasser, Trad.) Rio de Janeiro: Vozes.

OECD; ALLIANZ. (2016). *Small sizes that matter: opportunities and risks of nanotechnologies*. (D. C. Lauterwasser, Ed.) Acesso em 23 de Jun de 2017, disponível em OECD International Futures Programme: www.oecd.org/science/nanosafety/44108334.pdf

SLATER, R. (March de 2009). The regulation ok known unknowns: toward good regulatory governance principles. *Regulatory Governance Principles - RGI*. Acesso em 20 de Jun de 2017, disponível em www.carleton.ca/spp

Veiga, Fábio da Silva. "El gobierno de las sociedades y los derechos humanos de los stakeholders", in: Miranda Gonçalves, Rubén (Coord.). **Derechos humanos y juventud**, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2015.

WILLIANSOM, O. (2005). Por que Direito, Economia e Organizações? In: D. ZYLBERSZTAJN, & R. SZTAJN, *Direito & Economia* (pp. 16-59). Rio de Janeiro: Elsevier.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DO "PORVIR"

José Wilson Reis Filho[1]
Fernando de Brito Alves[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Novo Mundo ao Mundo Novo: que diretrizes esperar do novo constitucionalismo latino-americano no "porvir"?; a) Os novos direitos no "porvir"; b) O "porvir" no campo democrático; c) Sob as vestes da colonialidade e a necessidade da sua extirpação; 3. Conclusão

1. Introdução

A partir da independência política das antigas metrópoles, os Estados Latino-americanos, ao invés de optarem por novos horizontes, de desenvolverem um sistema constitucional que atendesse às suas peculiaridades, um novo pacto social considerando a diversidade de culturas, línguas, religiões, a preexistência de povos originários nos territórios, a construção de um perfil político, econômico e social genuíno e que prestigiasse a ascensão de todos aqueles que até então vinham sendo marginalizados (indígenas, por exemplo), entre outros, acabaram por espelhar, ou melhor, por reproduzir o modelo alienígena de Estado-nação europeu dos antigos colonizadores, que pressupunha não um Estado pluralista, mas, sim, uniforme, homogêneo, com uma língua única, uma só nação e um Direito único que regia a todos – procurou-se novamente conformar o latino-americano a valores e padrões importados.

Obviamente que o modelo europeu de Estado-nação encontra total dissonância com a realidade latino-americana, acabando até mesmo por robustecer grupos dominantes, a dar azo a ditaduras e a contribuir para a manutenção das desigualdades sociais e da pobreza, inclusive potencializando-as. Por esse cenário, percebeu-se que os paradigmas convencionais haveriam de ser quebrados; reivindicações de uma realidade mais igualitária, justa e solidária emergiam com força; as minorias historicamente excluídas aspiravam ao protagonismo.

---

[1] Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito do Estado pelo PROJURIS – Estudos Jurídicos. Graduado nas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).

[2] Pós-doutor em Direito Constitucional e democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP, onde coordena o Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Prof. das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO).

É neste contexto, com a crise da cosmovisão europeia, que os Estados latino-americanos, notadamente os da América do Sul, vêm passando por mudanças decisivas - política e institucionalmente - de modo a modelarem uma nova perspectiva, adequada à sua realidade política, social e econômica.

Trata-se do fenômeno do que se tem denominado de "novo constitucionalismo latino-americano" ou constitucionalismo pluralista (andino ou indígena), cujo destaque se dá principalmente com a promulgação da Constituição do Equador (2008) e da Bolívia (2009).

Há uma nova diretriz político-jurídica na qual conceitos como participação popular e legitimidade são revistos; aqueles indivíduos que foram historicamente negligenciados e excluídos passam a ter seus interesses levados em consideração com participação direta de seus membros; há reconhecimento da pluralidade de povos, línguas, culturas; por meio de uma visão biocêntrica, a natureza passa por uma "personificação" (*Pachamama*), sendo sujeito de direitos; incorpora-se o estilo de vida do *buen vivir*; enfim, outras tantas mudanças radicais se deram e ainda se encontram em desenvolvimento nestes Estados, agora, plurinacionais.

Insta salientar a atualidade do tema, que trata de um processo dinâmico, revolucionário e constante, o qual insere no âmago dos Estados latino-americanos um ideal original, promissor e comprometido.

Nota-se todo um esforço empreendido no intento de extirpar a colonialidade e o sentimento de inferioridade dele proveniente, de reestruturar o sistema constitucional de modo a promover uma sociedade em que as minorias e a coletividade como um todo sejam ouvidas e devidamente respeitadas (com suas necessidades amparadas por ações sociais estatais), de se empenhar na concretização de direitos, e de revigorar a identidade sociocultural até então suprimida. É elaborada uma cosmovisão nova, genuína.

É justamente sobre este cenário inovador, de vanguarda, que o presente estudo se debruça, especulando acerca do que poderia se esperar minimamente deste fenômeno no "porvir", isto é, no futuro.

Em razão da exígua extensão do presente trabalho, infelizmente, maiores aprofundamentos sobre o processo de resplandescência e atributos do fenômeno serão relegados a outra oportunidade. Por ora, a tratativa é objetiva e a proposta se firma basicamente sobre três articulações expectantes, a saber: o porvir no campo democrático e dos novos direitos, bem como a necessidade de extirpação da lógica da colonialidade.

2. Do Novo Mundo ao Mundo Novo: que diretrizes esperar do novo constitucionalismo latino-americano no "porvir"?

Sem maiores esforços, é totalmente perceptível o extremo avanço e revisão do ideal constitucionalista na América Latina. O espírito revolucionário do constitucionalismo deixou as vestes originariamente europeias para que pudesse

renascer revigorado, audacioso e comprometido com os Outros, aqueles que a todo tempo estiveram na periferia da racionalidade moderna e que foram unicamente explorados pelos europeus.

Nesta senda, Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau[3] afirmam que a ideologia que emerge na América Latina aparece como um constitucionalismo *necessário*, disposto a recobrar a função de garante dos interesses dos cidadãos frente a possíveis arbitrariedades dos governantes, bem como pela quase ausência do constitucionalismo do bem-estar social – não à toa, adjetivam os autores de ser ele o *do mal-estar latino-americano*.

Ao que se percebe, o novo fenômeno, grosso modo, erige e é incisivo: a) na previsão e na consagração ampla de direitos adequados e adaptados à realidade latino-americana; b) na reformulação do campo democrático; e c) na extirpação da colonialidade deixada pelo colonialismo, procurando-se a construção de uma cosmovisão a partir dos olhares dos historicamente excluídos, oprimidos e explorados.

Com base nestes três pontos referenciados é que se poderá gizar objetiva e minimamente as expectativas para o futuro do novo constitucionalismo latino-americano – o "porvir".

a) Os novos direitos no "porvir"

O primeiro ponto a ser discutido será a respeito da vasta gama de direitos insertos nas novas Cartas constitucionais e da problemática que os cerca.

As novas Constituições latino-americanas são resultado de um complexo processo histórico de extermínios, explorações e negações que implicaram a pobreza, a miséria, a falta de saúde, entre outros malefícios. Naturalmente que todo esse cenário de tensão chega a um ponto em que não se consegue mais suportar a situação e o espírito revolucionário toma conta dos sujeitos passivos, que se rebelam contra o sistema de subjugação e derrubam o pacto social que os solapava.

Nestas condições, ante dramas político-sociais fundamentais, elabora-se Constituições *ansiosas*, com objetivos de curto prazo e com uma vasta lista de direitos, notadamente os de caráter social.

Ocorre que tamanha ânsia no resguardo e na promoção de direitos fez com que houvesse uma verdadeira enxurrada de proteções que de certa forma são de difícil concretização, tornando-se às vezes meras promessas.

---

[3] PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Agora: revista de ciencias sociales**, n. 13, 2005, p. 55-68. Disponível em: <http://www.ceps.es./media/agora/13/055-068.pdf>. Acesso em: 14 de agosto de 2015.

Roberto Gargarella[4] expõe a crítica de muitos no sentido de que as Constituições latino-americanas são "poéticas", sobretudo porque destoariam em muito da realidade social dos países nos quais se aplicariam (seriam nominalistas). No entanto, rechaça uma desqualificação automática à operação de expansão dos direitos dos novos textos constitucionais, uma vez que foram atendidos os reclamos de muitas pessoas de "carne e osso" – até então desprezadas.

Nesta vereda, a seu turno, nas suas reflexões o autor levanta um ponto relevante quanto a essa grande leva de novos direitos, que envolve a superação das "*cláusulas dormidas*". Isso se dá quando os juízes, pelo fato de os novos direitos não vir expressos com respaldo escrito, agem como se estes não existissem em absoluto, não os reconhecendo (o que lhes prejudicaria a materialização) – especialmente como ocorre no âmbito dos direitos sociais nos últimos tempos. Daí uma das justificativas implícitas para o fato da preocupação na previsão de direitos, o que deixa o conteúdo da Constituição extenso, prolixo (queira ou não, acaba sendo um meio de autoafirmação frente ao Estado), além do fato de que o extenso rol acaba sendo apenas um meio de acalmar os ânimos nas agitações sociais, mesmo que não se materialize (nota-se a similitude com a questão da previsão meramente formal dos direitos conjugado ao simbolismo das leis) – ocasião em que entram em estado de adormecimento e passam a aguardar uma provocação, um despertar da letargia por algum cidadão comum que, interessado, cobre realidade.

Considerando-se esse cenário revolucionário, ainda sob forte desenvolvimento, o que se espera do "porvir" no campo dos direitos é que haja uma diminuição considerável na previsão de novos direitos nas Cartas já fartas neste sentido, uma vez que se uma hipertrofia de direitos deve ser vista com receio no que toca à capacidade posterior de concretização, um prolongamento no tempo de inserções obviamente implicaria em uma real e total inviabilidade de materialização, o que, por sua vez, implicaria uma utopia.

Entende-se que o momento atual é de insurreição, de quebra de paradigmas, de reconhecimento das mais diversas pluralidades, de inclusão de grupos minoritários (em questão de poder) e um larguíssimo etcetera; entretanto, não há que se perder de vista a necessidade do novo e atual constitucionalismo latino-americano guardar compromisso com a verdade, de não gerar falsas expectativas nos destinatários – os textos constitucionais não devem perseguir uma retórica cega, isto é, deve-se diminuir um pouco a ansiedade e procurar a efetivação real de seus direitos ao invés de se sustentar na retórica.

Para tanto, considerando-se que o constitucionalismo pluralista representa uma nova teoria da Constituição – como articulado por Roberto Viciano Pastor e Rubén

[4] GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. **Crítica y emancipación**, v. 3, 2010, p. 11-44.

Martínez Dalmau[5] –, pois radica na legitimidade da Constituição, nada melhor que o diálogo com o neoconstitucionalismo (teoria do Direito) naquilo que engrandece o primeiro, a fim de que se dê maior eficácia à Constituição, aos direitos e princípios constitucionais.

O momento vivido na América Latina é de uma ebulição constitucional e assim certamente perdurará nos próximos anos com avanços no campo da democracia (a exemplo do aumento da participação popular na ingerência estatal); com avanços nas conquistas sociais; com uma maior solidariedade (que já vem existindo nas Constituições latino-americanas); com uma maior afirmação e reconhecimento das pluralidades e suas respectivas implicações; com um compromisso com a verdade; com uma preocupação de promover a igualdade, a justiça social; com a adoção de mecanismos internacionais que deem maior eficácia à Constituição e a seus direitos; enfim. Verifica-se que a perspectiva futura salientada guarda relação direta com a aposta do argentino José Roberto Dromi[6] para o futuro, o "porvir", que, aliás, vem aos poucos se confirmando.

No constitucionalismo pluralista do futuro, considerando as novas organizações de poderes em certos países, o Poder Judiciário ou o órgão novo que o valha, ou, ainda, de modo cooperativo entre eles, será de suma importância na concretização dos novos direitos. Apesar do amplo rol dos novos direitos, irrefragável que foram conquistados a duras penas. Portanto, no novo paradigma, Poderes como o Judiciário, com base em ideais neoconstitucionalistas (como por exemplo, o ativismo judicial), terão papel-chave no despertar das "cláusulas dormidas", na mudança das condições políticas, sociais e econômicas dos novos países, seja no que refere à educação, à saúde, à redução das desigualdades sociais, etc.

Na seara jurídica, porém, alguns problemas enfrentados inclusive hoje deverão ser encarados de frente para que as novas organizações estatais funcionem de maneira harmoniosa e adequada.

Dentre elas, está a questão da interlegalidade, dada a coexistência, por exemplo, da justiça indígena. A experiência vivida é inédita, há uma certa tendência a uma real autodeterminação indígena, porém, certamente haverá ainda muita relutação pela frente e com o tempo deverão existir mecanismos jurídicos em prol dessa interlegalidade.

Outro ponto interessante radica na mudança na cultura jurídica de servidores públicos com relação ao reconhecimento dos novos direitos indígenas, proposta por

---

[5] Idem. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In:* ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y Constitución**. 1. Ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 157-186.

[6] DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir". *In*: ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero. (org.). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

Fajardo[7]. Segundo a autora, a partir do momento em que há uma garantia de reforma normativa e institucional que passa pela mesma aprovação de funcionários e operadores jurídicos e, também, pelos beneficiários dos direitos reconhecidos, isso altera a cultura jurídica de modo que se tornem conhecidos os direitos indígenas e as obrigações do Estado e que se criem mecanismos para a implementação destes direitos; permite-se a prestação de serviços públicos com relevância cultural, linguística e de gênero; bem como possibilita-se a abertura de espaços e criação de mecanismos para diálogo, a cultura e a participação.

É criticado, também, o défice de cursos sobre direitos indígenas como disciplina obrigatória nas faculdades de Direito, bem como nas academias da magistratura e outras entidades encarregadas pela formação ou capacitação de policiais, juízes, fiscais e servidores públicos. Excepcionalmente, a autora cita o caso venezuelano – a Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas (LOPCI).

O ponto levantado por Fajardo é relevantíssimo e reflete uma aspiração ao "porvir". Se o panorama é de inclusão social, as Constituições deverão se engajar nesse sentido; e parece determinante que o protagonista neste novo paradigma constitucional, o Estado, estruture-se de modo a assistir aos mais novos beneficiários de direitos. Parece ilógico e soa ao menos colonial o fato de que o próprio aparelhamento estatal e suas instituições, por meio de seus agentes, não respeitem os historicamente excluídos. Apesar da quebra do antigo paradigma constitucional com traços coloniais e a emergência do novo paradigma inclusivo, no campo pragmático não se fundou ainda uma cultura de reconhecimento e de respeito sobre as coletividades excluídas. Há ainda muito preconceito e ignorância neste sentido. Não só no âmbito poder público, mas também no privado, devem haver políticas e formações que incluam o conhecimento e a valorização da cultura, dos saberes, das línguas, dos direitos indígenas, etc. A educação é o melhor caminho neste sentido. Há necessidade de um "(re)adestramento" da sociedade como um todo. Talvez a terminologia não seja a melhor, mas infelizmente, extirpar preconceitos oriundos do antigo trato colonial e elaborar uma nova cultura de reconhecimento implica um novo ato de adestrar.

No fenômeno do "porvir", portanto, espera-se um empenho na revisão não só da cultura jurídica, mas na sociedade como um todo, na formação de uma nova cultura social de reconhecimento das coletividades historicamente excluídas e maior efetividade na concretização de direitos.

Por fim, não há como não se interrogar sobre o que se esperar no futuro com relação à *Pachamama*, a natureza. Lembre-se que as novas Constituições apresentam

[7] FAJARDO, Raquel Zonia Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. *In*: VERDUM, Ricardo. (org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 09-62.

visões e direcionamentos biocêntricos. A natureza é atualmente sujeito de direitos, dada a sua fundamental importância na filosofia de vida indígena. Como os Estados se portarão frente a essas novas disposições constitucionais que buscam resguardá-las, sabendo que a sanha da pressão econômica é considerável? É sabido que não raras as vezes os Estados costumam ser ineficientes na proteção do meio ambiente, isso quando não fazem vistas grossas sobre a exploração insustentável do meio ambiente. Porém, torce-se por uma postura real mais madura e biocêntrica nesse sentido. Entende-se que o progresso é, sim, sustentável e se planejado prudentemente resguarda a natureza. Ocorre que interesses particulares escusos sempre permeiam relações como essa, mas um ato de fé na coibição da corrupção, como propõem as novas Constituições, nunca é demais.

b) O "porvir" no campo democrático

O segundo ponto a ser discutido envolve as expectativas no campo democrático no novo paradigma constitucional vivenciado na América Latina.

Para a consecução deste mister, imperiosa é a contextualização da democracia de um modo geral na região, o que é feito sobre as principais pontuações de Carlos Manuel Villabella Armengol[8], o qual, salvo melhor juízo, aponta coerente e suficientemente as características da democracia vivenciadas na América Latina.

O primeiro traço a ser apontado salienta que a democracia latino-americana tem se preocupado demasiadamente em institucionalizar a representividade política à sombra do povo, o que colabora para a formação de executivos hegemônicos e autoritários, que exercem verdadeiras ditaduras constitucionais.

Da mesma forma, qualifica o autor o embasamento em uma "partidocracia" fragmentada, demagógica e caudilhista, pautada na corrupção e que tem feito dos partidos políticos verdadeiros clubes privados (realmente assiste razão a Armengol neste sentido).

A democracia infelizmente tem sido elitista, clientelista e não transparente, submetida unicamente aos interesses de uma minoria que detém o poder. Adota-se políticas oportunistas, patrimoniais, atentas unicamente aos interesses do mercado e de grupos privilegiados - o autor denomina essa situação de "autismo social". Os Estados viram-se incapazes de desenvolver e praticar políticas efetivas em prol do povo que minorassem a desigualdade e a exclusão.

Dado este panorama, não foi ao acaso a ocorrência de ditaduras militares, golpes de Estado e outras instabilidades.

---

[8] VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC**, n. 25, 2010, , p. 49-76.

No entanto, o cenário acima tem tomado novos contornos diante de uma maior e considerável participação popular.

Admiráveis os novos perfis adotados nas pelas Constituições, em que é posto de lado toda a antiga noção de democracia basicamente indireta para a coexistência com a participação popular (direta). Neste diapasão, vale a pena a leitura dos art. 11 e 241 da Constituição da Bolívia, dos artigos 95 e 100 da Constituição Equatoriana.

Outro destaque na nova democracia lembrado por Armengol[9] é o fato de, na Constituição boliviana, haver eleição direta para os juízes do Tribunal Supremo e do Conselho da magistratura (artigos 181, 182, 193 e 194). Já no Equador, os membros do conselho da magistratura são escolhidos pelo Conselho de Participação Cidadã e Controle Social.

Finalmente, pode ser citada uma nova organização de poderes; como é o caso da Constituição equatoriana (artigos 207 e 217), em que além dos poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), há ainda o de Transparência, Controle Social e Eleitoral.

Feitas essas considerações iniciais, insta manifestar acerca de quais são as expectativas no campo da democracia para o novo constitucionalismo latino-americano no futuro.

Parece claro que a tendência é que o povo ganhe cada vez mais espaço politicamente (espera-se que nenhuma reação conservadora ou algum golpe de Estado obstaculize essa ascendência. Outrossim, observa-se atualmente com receio a triste situação que acomete o povo venezuelano). Para tanto, sem dúvidas a democracia participativa é o melhor caminho a ser trilhado. Não se pretende pela supressão da figura indireta da representação, mas, sim, por um diálogo entre as duas democracias, até mesmo para se evitar hiperpresidencialismos.

A partir do momento em que se cria condições para que o povo atue ativamente nas decisões estatais, desperta nele um interesse em realmente prezar pela coisa pública, pelos rumos do Estado no qual se encontra – neste ponto, o grau de interesse na democracia meramente representativa é menor. Além disso, ao se permitir a participação ativa do povo, ele é tomado por um espírito vigilante, passando a fiscalizar a atuação do Estado e dos seus agentes. Por isso é que importante os diversos mecanismos previstos nas novas Constituições latino-americanas: para que o povo possa efetivamente fiscalizar e cobrar do Estado a realização de seus direitos. Nesse sentido, há um paralelo com Norberto Bobbio[10].

Com uma maior e real participação política do povo, certamente que os direitos

[9] Ibidem.

[10] BOBBIO *apud* VILLABELLA ARMENGOL, op. cit., p. 72.

fundamentais seriam melhor tutelados e respeitados e, logo, facilitar-se-ia o crescente processo de inclusão social.

Mesmo assim, a ideia não é de todo perfeita, haja vista que há de se considerar que nos países de modernidade tardia (democracias socialmente parciais) o Estado não leva em conta os laços existentes entre política, solidariedade e direitos humanos[11].

Felizmente, as projeções são favoráveis, sobretudo porque da ebulição constitucional vivida surge um direito de participação aparelhado de mecanismos especialmente previstos para satisfazê-lo (referendos, audiências públicas, consulta popular, ações revocatórias, etc.). Isso viabiliza uma democracia substantiva, deveras participativa – na linha do autor.

Ainda, concorda-se com a proposta de Alves[12] em chancelar o Estado como "novíssimo movimento social", uma vez que, conforme explanado alhures, tem ele protagonismo no novo momento constitucional vivenciado.

Segundo o autor, o Estado funcionaria como um coordenador geral de fluxos de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem comum. Assim, repisa-se o papel determinante do Estado na concretização dos direitos fundamentais; e essa postura proativa é a que se espera no futuro, especialmente quanto à efetivação dos mecanismos de participação popular.

Outro ponto de anseio, ainda, atine à cautela com as "reformas diluídas", que envolve a parte dogmática da Constituição e a sua parte orgânica.

Por meio de uma metáfora retratada pelo hispano-argentino Sebastián Soler, Gargarella[13] explica o fenômeno que se inicia com a chegada de um novo elemento a uma Constituição ou a um novo código. O evento é imaginado como uma folha de uma árvore sobre um lago. De início ambos são estranhos entre si, mas logo as coisas mudam: a folha cede parte de sua firmeza e sua textura se apresenta mais suave até que pouco a pouco finalmente se integra ao lago. Pela metáfora se observa que as partes empreendem um diálogo de adequação mútua até que ambas sejam impactadas pela mudança. Ocorre que nessa relação a parte que mais cede é geralmente as partes novas frente às dominantes ou já estabelecidas.

Nessa relação, certo é que as reformas no campo orgânico da Constituição geram impactos no campo da dogmática, e vice-versa. A depender do impacto dos novos

---

[11] ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

[12] Ibidem.

[13] Op. cit.

elementos em estruturas constitucionais já existentes e dominantes, estas podem acabar absorvendo ou diluindo a reforma que se introduziu – daí a denominação "reformas diluídas".

Transplantando para o campo pragmático, Gargarella[14] cita as mudanças sobre o hiperpresidencialismo. Assevera que muitas das novas Constituições, especialmente aquelas dos anos noventa, foram elaboradas de modo a tentar reduzir os poderes do presidente; contudo, infelizmente, fracassaram. Pior, ainda, muitas das Cartas apresentaram o objetivo urgente de autorizar a reeleição imediata do presidente em exercício. Já no caso de Constituições como a da Argentina, Bolívia, Equador, em parte se aumentou e em parte se diminuiu a força do presidente, o que se fez através da inclusão de várias cláusulas viabilizando a participação popular. Enfim, é transferindo o poder da Constituição para sociedade que se diminui o poder dos governantes.

O autor, com razão, levanta a questão de uma considerável incompatibilidade nos textos constitucionais, constante na relação contraditória entre o presidencialismo (que se fortalece) e a ampliação constitucional da participação popular; afinal, a democracia participativa requeriria descentralizar e desconcentrar o poder – e não o inverso. É justamente nessa situação que há grande perigo – ressalta – de se ocorrer uma reforma diluída.

Ao passo que Gargarella manifesta preocupação com o fortalecimento da representatividade, a aposta de Armengol[15] é no sentindo de que na região haverá um fortalecimento das instituições de democracia eleitoral e representativa, bem como a institucionalização das vias participativas que abram as portas do Estado aos titulares da soberania.

Sem embargo da posição de Gargarella, a segunda posição é mais atraente, sobretudo porque representa um diálogo *necessário* entre os representantes do povo e o próprio povo, tendo este último o poder de fiscalização sobre os atos daqueles a quem confiou o rumo do Estado. Além do mais, apresenta ela maior afinidade com o atual panorama democrático do Estado plurinacional, no qual, segundo expõe José Luiz Quadros de Magalhães[16], a democracia participativa é reconhecida como a base da democracia representativa, garantindo diversos aspectos tradicionais dos diversos grupos sociais.

Posicionamento semelhante é adotado por Alves[17], quando propõe uma

---

[14] Ibidem.

[15] Ibidem.

[16] MAGALHÃES, J. L. Q. Plurinacionalidade e Cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 53. Belo Horizonte, p. 201-216, jul./dez. 2008.

[17] Ibidem.

democracia adequada aos países de modernidade tardia. De acordo com o autor, o mais adequado é uma democracia que conjugue métodos da democracia agregadora e métodos da democracia deliberativa.

Salvo melhor juízo, esses três posicionamentos preveem coerentemente os contornos da democracia que merece prosperar na América Latina.

c) Sob as vestes da colonialidade e a necessidade da sua extirpação

Dentre os principais objetivos do novo constitucionalismo latino-americano está a extirpação das heranças do período colonial que vêm se prolongando no tempo mesmo depois da independência dos países latino-americanos das suas respectivas metrópoles. O eurocentrismo, mesmo com a nova perspectiva, exerce forte influência sobre as relações sociais e prejudica o próprio reconhecimento do Outro como a "Si Mesmo". O capitalismo global também dá seu contributo nesse mesmo sentido. É necessária a construção de uma nova epistemologia que represente a cosmovisão dos (des)colonizados e que torne visíveis aqueles que até há pouco tempo eram invisíveis, negados na sua existência.

Eis que Boaventura de Sousa Santos[18] empunha a necessidade de uma epistemologia do "Sul", metáfora esta que não encontra correspondência geográfica com o Sul geográfico, servindo unicamente para referenciar o campo dos explorados, negados e invisíveis sob a ótica do sistema capitalista. Utilizando-se da metáfora, o autor traz três orientações sobre as quais deve se pautar uma espistemologia adequada ao Sul, quais sejam: "aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul".

Coincidentemente, estas orientações encontram-se em sintonia com o atual desenrolar nos países latino-americanos, que têm se esforçado para alijar a opressão de suas vidas e construir uma nova história com uma epistemologia que atenda à sua realidade.

Os esforços provavelmente se prolongarão ao longo dos anos, mas o que realmente importa é que haja progressos significativos no campo pragmático, principalmente a partir da reconstrução dos saberes e pela consagração da filosofia da libertação, isto é, uma interpretação abrangente e complexa que leva em consideração as perspectivas dos oprimidos e que tem um caráter pragmático contrário à opressão ou exclusão[19].

A reconstrução de saberes vem de certo modo a combater o chamado

[18] SANTOS, Boaventura de Sousa. Da Colonialidade à Descolonialidade. *In*: _____; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA., 2009, p. 21-71.

[19] Ibidem.

epistemicídio - lembrado por Santos[20] -, que consiste justamente numa supressão dos conhecimentos locais cometida por um padrão que é totalmente estranho aos povos oprimidos, isto é, alienígena.

Felizmente, a obtusidade da racionalidade moderna (da cosmovisão ocidental de mundo) tem sido atacada pelos novos textos constitucionais latino-americanos, nos quais há contemplação da filosofia de vida dos indígenas, respeito a sua cultura, saberes, língua, religiões, entre outros. As maiorias historicamente excluídas saem do véu da invisibilidade e gritam não só pelo reconhecimento das pluralidades com que convivem, mas também bradam por respeito. Nessa vereda, o Outro finalmente desperta e começa a se reconhecer como a "Si Mesmo". E a expectativa é que no "porvir" essa postura se intensifique de tal forma que haja recuperação da autoconfiança anteriormente soterrada.

Para tanto, imperiosa uma adoção comprometida do pensamento pós-abissal preconizado por Boaventura de Sousa Santos[21] que extirpe gradativamente a colonialidade (do poder e do saber) que ainda permeia (tem perpetuado) as relações sociais nos países latino-americanos e é uma das principais bases do pensamento abissal proposto pelo autor, o que com base nele se explana abaixo.

O pensamento abissal é produto do colonialismo e ilustra basicamente o sistema capitalista predatório que nega a existência do Outro e age principalmente com a colonialidade do poder e do saber – em harmonia ao esposado por Aníbal Quijano[22].

A "abissalidade" (permita-se, aqui, o neologismo) afirmada por Santos[23] é fundada num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo estas o fundamento daquelas. Trata-se de uma dicotomia radical e brutal de um campo da realidade social global dividido no "deste lado da linha" e no "outro lado da linha", oportunidade em que naquele figura o Norte metafórico, eurocentrista, dominador, detentor da racionalidade e ciência modernas, determinante do que é verdadeiro ou falso; enquanto que no "outro lado da linha" figura o Sul metafórico, oprimido, negado, excluído, explorado, colonizado.

Essa relação entre as duas partes é marcada pela impossibilidade de co-presença dos dois lados da linha, linha esta que é ocultada pelo "lado de cá da linha", que nega a existência do "outro lado da linha" (segundo o autor português, o conhecimento e o

[20] Ibidem.

[21] Ibidem.

[22] QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA., 2009, p. 73-117.

[23] Ibidem.

direito modernos são as melhores representações do pensamento abissal).

Curioso é que analogicamente essa relação parece uma fusão – a bem da verdade – de um amensalismo com o parasitismo, na medida em que o "lado de cá da linha" explora/suga o "outro lado da linha" (sem extingui-lo, pois dele depende) e, concomitantemente, procura criar meios de garantir que este se mantenha subjugado.

Entretanto, fato é que a partir da segunda metade do século XX os excluídos demandam inclusão social, gritam por mudanças e se voltam contra a colonialidade que os cerca e contra a rendição aos abusos do sistema capitalista global. Não é à toa que Santos[24] assinala uma incursão do cosmopolitismo subalterno de modo a criar, politicamente, uma resistência epistemológica. Isso, conforme apregoa, através de iniciativas e movimentos empenhados no combate à exclusão econômica, social, política e cultural gerada pela mais recente incarnação do capitalismo global, prezando por um tom redistributivo amplíssimo, tal como de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos sob a égide do princípio da igualdade e no princípio do reconhecimento da diferença.

É aproveitando esse cenário de revoltas contra um sistema explorador e de exclusão (colonial, ocultamente) que se inicia o desenvolvimento de uma epistemologia adequada ao Sul. E para que isso seja viável é preciso a superação do pensamento abissal por outro, o pós-abissal.

Esse novo pensamento harmônico com o novo constitucionalismo latino-americano, na linha do que prega Santos[25], quebra paradigmas ocidentais modernos de pensamento e ação de modo que não haja mais um pensamento derivativo, mas, sim, um genuíno a partir da perspectiva "do outro lado da linha", ou seja, construído a partir da sua cosmovisão.

Aponta-se a ecologia de saberes como condição para o pensamento pós-abissal, em que se reconhece uma pluralidade de formas de conhecimento que destoam da padronização da epistemologia geral da modernidade ocidental. Boaventura de Sousa Santos assevera que neste regime de ecologia de saberes o que se busca é a intersubjetividade, "dar consistência epistemológica ao pensamento pluralista e propositivo"[26].

É de se refletir que no campo pragmático a ecologia de saberes sofrerá forte resistência por parte antigo sistema de colonialidade e de racionalidade moderna; no entanto, como esposado alhures, o cenário atual é de uma verdadeira insurreição contra a opressão, exclusão, exploração e desrespeito. Logo, a despeito do grande conflito na

[24] Ibidem.

[25] Ibidem.

[26] Ibidem, p. 47.

concorrência de saberes, aqueles recém-reconhecidos em meio à perspectiva pluralista encontram-se melhor municiados, sobretudo porque o atual momento é de supervalorização e privilégio destes, o que tende a lhes conferir uma certa paridade de armas. Será preciso muito empenho e compromisso para se reprogramar toda uma gama de culturas infectadas pelo eurocentrismo (dado à educação sob sua hegemonia) e pela colonialidade do poder e do conhecimento.Por fim, para arrematar as explanações quanto ao pensamento pós-abissal, rumo à descolonialidade, cumpre citar, ainda, uma última condição para seu desenvolvimento: trata-se da co-presença radical, que Santos[27] define como a situação em que práticas e agentes dos dois lados da linha são contemporâneos/simultâneos em termos igualitários, sendo de suma importância a cessação das guerras (no caso, as tensões) e da intolerância para uma ideal coexistência.

Uma das principais expectativas para o novo constitucionalismo latino-americano do "porvir" é, portanto, seguir a diretriz da descolonialidade do poder e do saber, procurando extirpá-la das relações políticas, sociais e econômicas, tudo através de um cultivo comprometido de um pensamento pós-abissal, uma epistemologia do Sul, que sobreleve o Outro para muito além do que o reconhecimento como a "Si Mesmo"; ousa-se falar, com base na co-presença radical, num sentido igualitário de "Como Eu e Você", consideradas, obviamente, as respectivas especificidades de cada um. Esse é o sentido da simultaneidade das pluralidades. Intolerâncias e discriminações não encontram mais lugar no novo paradigma constitucional e deverão ser combatidas e punidas severamente.

Abordados os três pontos propostos no início do presente estudo, tem-se por traçadas minimamente as expectativas do novo constitucionalismo latino-americano do "porvir".

3. Conclusão

Ao longo do presente artigo procurou-se traçar objetiva e minimamente as expectativas para o futuro do novo fenômeno constitucionalista que vem se desenvolvendo nos países latino-americanos, notadamente nos países do Sul. Para tanto, focou-se em três vertentes, a saber: a) sob o aspecto dos novos direitos; b) sobre as expectativas no campo democrático; e c) sobre a busca pela extirpação da colonialidade.

Nota-se que as expectativas mínimas traçadas basicamente envolvem o fortalecimento e intensificação do fenômeno no atual estágio (pela ingerência do neoconstitucionalismo), considerando-se – como visto – algumas preocupações e desafios.

Pelo fato de a nova perspectiva constitucional representar implicitamente um

[27] Ibidem.

"cair em si" dos latino-americanos historicamente excluídos, crê-se que toda a ebulição seguirá ainda por longos anos com preponderância do poder popular, mesmo que se passe por altos e baixos (como a triste situação atual por que vem passando a Venezuela), com a intensificação na concretização dos direitos previstos nas novas Constituições, bem como espera-se realmente um longo e árduo processo de extirpação da colonialidade e a emergência do *status* igualitário do "Como Eu e Você", conforme outrora propugnado. Mesmo que não se consiga efetivamente erradicá-la, seja ela ao menos controlada (analogicamente, pode-se citar a questão da corrupção: embora não se consiga extingui-la, é possível controlá-la).

Enfim, que o futuro represente finalmente uma libertação.

Referências

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e Participação Popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC**, n. 25, p. 49-76, 2010.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del "por-venir". *ln*: ENTERRÍA, Eduardo García de; ARÉVALO, Manuel Clavero. (org.). **El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana**. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya/Civitas, 1997.

FAJARDO, Raquel Zonia Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanços e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. *In*: VERDUM, Ricardo. (org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 09-62.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Algunas reflexiones preliminares. **Crítica y emancipación**, v. 3, p. 11-44, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e Cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 53. Belo Horizonte, p. 201-216, jul./dez. 2008.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In:* ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y Constitución**. 1. Ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 157-186.

_____;_____. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo

constitucionalismo latinoamericano. **Agora: revista de ciencias sociales**, n. 13, p. 55-68, 2005. Disponível em: <http://www.ceps.es./media/agora/13/055-068.pdf>. Acesso em: 14 de agosto de 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA., 2009, p. 73-117.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da Colonialidade à Descolonialidade. *In*: _____; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina SA., 2009, p. 21-71.

INFIDELIDADE CONJUGAL, PROVAS (I)LÍCITAS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Karenina Carvalho Tito[1]

Sumário**:** 1. Formulação do problema. 2. Admissibilidade da prova ilícita à luz do problema. 3. Inadmissibilidade da prova ilícita à luz do problema. 4. Posição adoptada: o princípio da proporcionalidade. 5. Conclusões.

1. Formulação do problema

O presente estudo ocupa-se do problema da *obtenção de provas ilícitas na ação de responsabilidade civil por violação do dever de fidelidade conjugal*[2], particularmente mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Estaremos assim especialmente focados no âmbito do direito probatório civil e das garantias constitucionais, mas não prescindiremos de cuidar matérias relacionadas com o direito da família e a responsabilidade civil, convocadas pelo objeto de estudo – tudo no espaço do ordenamento jurídico português[3].

É importante começar por ter presente que a pretensão indenizatória do cônjuge lesado parte do disposto no n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil português (CC): "*O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro*

---

[1] Mestre e Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

[2] Atualmente não existem sanções jurídico-penais para a prática do adultério, contudo, o dever de fidelidade surge no âmbito jurídico-civil como um dever de não praticar relações sexuais com terceiros (incluindo a cópula, coito anal e oral). A monogamia é, pois, um princípio chave das relações matrimonias reguladas pelo Código Civil português. A mera tentativa de adultério ou uma ligação sentimental com terceiros (troca de mensagens de cariz intimo e sexual) é suficiente para que o dever de fidelidade seja posto em causa, neste último caso numa perspetiva de infidelidade moral. É também preciso ter em conta que para além do requisito objetivo da infidelidade, o incumprimento do dever depende ainda elemento subjetivo, ou seja, a noção da violação do dever de fidelidade nunca poderá estar preenchida em caso erro ou coação. Igualmente é importante ter em atenção que o cumprimento deste dever pode ser moldado pelos cônjuges, sendo que não poderemos falar em incumprimento nos casos em que o casal opta por ter um relacionamento aberto, em que há a abertura para que cada um dos cônjuges possa ter outros parceiros sexuais. O mesmo se dirá para aqueles casais que praticam *Swing*. Para algumas destas ideias, cfr. Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, *O Núcleo intangível da Comunhão Conjugal: Os Deveres Conjugais Sexuais*, Colecção Teses, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 162-253 e Antunes Varela, *Direito da Família*: 1.º Volume", 5.ª edição, Livraria Petrony, Lda., 1999, pp. 342-343.

[3] De qualquer forma, não deixaremos de fazer referências à doutrina e às opções legislativas de outros ordenamentos jurídicos para uma outra perspectiva do problema, particularmente o brasileiro.

cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns".

A propósito, poderíamos estranhar o fato de um dos cônjuges pretender obter uma indenização do outro na constância do matrimónio sem estar em causa uma ação de divórcio[4]. Teremos então distinguir os danos resultantes da ruptura da relação matrimonial e os danos que na constância do casamento resultam da violação dos deveres conjugais[5] [6]. Nós só iremos tratar destes últimos. Daí acompanharmos as palavras de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira: "*Pensamos hoje, até, que o artigo 483.º não exclui a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação de pessoas e bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos patrimoniais ou não patrimoniais causados pela violação dos deveres do art. 1672.º...*"[7].

Em particular, prevê o artigo 1672.º do CC: "*Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência*."

Uma outra questão de interesse a este respeito é o fato de no passado, particularmente no direito americano, se falar no princípio da imunidade interconjugal ("*interspousal immunity rule*"), baseado na proteção da paz e harmonia entre marido e

[4] Considerar o "novo" regime do divórcio previsto no Código Civil português, que deixou de fazer referências ao "*cônjuge declarado único ou principal culpado"*. Era assim na versão do Decreto Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro: "1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781.º devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio.". Revogado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

[5] Nos mesmos termos que Mafalda Miranda Barbosa, "Família e Responsabilidade Civil: Uma relação possível? Brevíssimo apontamento", *Lex Familiae Revista Portuguesa do Direito da Família*, ano 10, n.º20, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 66

[6] Diferente ainda da indenização pelo divórcio e da indenização pelo incumprimento do dever de fidelidade é a compensação prevista no artigo 1676.º, n.º 2, que pode ser cumulativa àquelas. O artigo 1676.º regula o dever de contribuição para os encargos da vida familiar, que poderá ocorrer "*pela afectação dos seus recursos*" e "*pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos*". Esta segunda forma de cumprimento do referido dever ganha importância na matéria em estudo uma vez que o número 2 do artigo 1676.º prevê que o cônjuge que "*renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum*" pode exigir ao outro uma compensação. Este artigo procura proteger o cônjuge que colocou de lado a sua vida profissional para se dedicar a vida familiar. Poderá considerar-se que há um "renúncia excessiva" e uma "contribuição consideravelmente superior" quando um cônjuge deixa de exercer ou opta por não exercer uma profissão remunerada para prosseguir os interesses familiares, existindo "prejuízos patrimoniais importantes" quando exista uma situação de enriquecimento sem causa do outro cônjuge. Esta compensação não tem natureza indenizatória, mas é antes um crédito entre os cônjuges. Por fim, a compensação só pode ser exigida no momento da partilha dos bens do casal, a não ser quando vigore o regime de separação de bens, conforme o n.º 3 do artigo em questão.

[7] Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família,* Volume I, Introdução. Direito Matrimonial, 4.ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.156

mulher e do património da própria família; o que impedia a propositura de ações de responsabilidade civil entre cônjuges [8].

Hoje em dia sabemos, contudo, que as coisas já não se passam assim. Não é por duas pessoas celebrarem um contrato de casamento que significa deixar de responder pelos danos causados[9], no caso, pela violação do dever conjugal de fidelidade.

Com efeito, os cônjuges estão reciprocamente vinculados ao dever de fidelidade nos termos do artigo 1672.º do CC. Sendo assim, é legítimo que o cônjuge lesado ponha mão na ação de responsabilidade civil por ofensa a um direito familiar de carácter pessoal.

O objeto do nosso estudo está em *saber se é legítima a utilização de uma prova ilícita, obtida pelo cônjuge lesado, para fazer valer a sua pretensão indenizatória*. Sendo esse o problema, passemos a delimitá-lo com mais precisão.

Por um lado, o cônjuge lesado instaura uma ação de responsabilidade civil fundada na violação dos deveres conjugais de fidelidade, juntando para o efeito um meio de prova da infidelidade obtido de forma ilícita. Ou seja, há uma prova pré-constituída que pressupõe a violação de direitos constitucionais do cônjuge infiel[10]. Este meio de prova poderá traduzir-se em documentos, por exemplo, *e-mails*, cartas, fotografias ou gravações audiovisuais que façam prova da infidelidade.

Por outro lado, o cônjuge infiel poderá alegar, enquanto réu, a inadmissibilidade desse meio de prova da infidelidade por se tratar de uma obtenção de prova que implicou a ofensa dos seus direitos fundamentais. Desde logo, o direito à reserva da vida privada, o direito à imagem, o direito à palavra ou o direito à inviolabilidade da correspondência, todos previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP)[11]. Considerando que

---

[8] Como nos dá conta William P. Casey, "The trend of interspousal and Parental Immunity", *Insurance Counsel Journal*, July, 1978, p. 324

[9] Neste sentido, também no direito espanhol, Teresa Marín García de Leonardo, "Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las reclaciones conyugales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* Daños en el Derecho de Familia, n.º 17, Editorial Aranzadi, 2006, p. 149. A natureza contratual do casamento resulta desde logo do artigo 1577.º do CC português que define este instituto como "*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".*

[10] Pressupõe confrontar a prova ilícita com a prova ilegítima, a prova pré-constituída com a prova constituenda e a prova obtida por particulares e a obtida pelos poderes instrutórios do juiz. Para chegar a estas conclusões seguimos de perto: J.F. Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, vol. XVIII, tomo 1, 2004, pp. 99-100; e Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 17 a 32.

[11] Cfr. 26.º, n.º1 e 34.º, n.º1, da CRP

estamos a falar de direitos, liberdades e garantias que são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas[12].

Neste diapasão, temos um problema que nos remete para a relação entre a verdade, o processo civil e as garantias constitucionais. E nessa medida vamos começar por procurar argumentos a favor da admissibilidade da prova ilícita no processo civil, com vista a favorecer a verdade dos fatos; passando, depois, em sentido contrário, à procura de argumentos a favor da sua inadmissibilidade, na medida dos limites constitucionais à descoberta da verdade; de forma, por fim, a tomar uma posição sobre o problema e concluir pela solução que nos pareça mais justa e materialmente adequada.

2. Admissibilidade da prova ilícita à luz do problema

São vários os argumentos que podemos colher a favor da admissibilidade da prova ilícita da violação dos deveres conjugais de fidelidade.

(I) Em primeiro lugar, o argumento da *dificuldade em obter provas diretas do adultério*. É notório que o cônjuge lesante irá procurar agir da forma mais cuidadosa possível, não deixando assim quaisquer indícios da prática do fato. Torna-se então difícil obter de forma lícita a prova do adultério.

No Código de Processo Civil (CPC) português é importantíssima a norma do n.º 3 do artigo 417.º ("*dever de cooperação para a descoberta da verdade*"), segundo a qual *é legítima a recusa na colaboração no processo* se importar, nomeadamente, a violação da integridade moral ou da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. É uma legítima recusa que decorre das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais.

Neste sentido, não se espera a confissão, de forma livre e voluntária, em juízo, da violação dos deveres de fidelidade. Significa isto que pouco adiantam mecanismos processuais que visem determinar a comparência do cônjuge infiel para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos sobre fatos que interessem à decisão da causa, quando, realmente, poderá implicar a violação de um daqueles direitos fundamentais[13].

Ocorrendo uma confissão, nesse caso, de acordo com Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart, "*nada impede que o fato constatado através de uma prova ilícita seja reconhecido pelo juiz quando admitido ou confessado em juízo, desde que, como é óbvio,*

[12] Cfr. 18.º da Constituição da República Portuguesa

[13] Cfr. secção da "prova por confissão das partes" no CPC português, artigos 452.º e seguintes.

essa confissão seja voluntária"[14].

Esta recusa legítima na colaboração para a descoberta na verdade, por parte do cônjuge infiel, poderá estender-se à recusa da entrega de um documento (por exemplo, uma carta) mesmo quando o cônjuge lesado alegue uma dificuldade séria em o obter[15].

A dificuldade em obter provas diretas do adultério também se poderá associar à prova testemunhal. Ainda que o dever de fidelidade possa ser entendido, hoje em dia, com uma matriz afetiva, e não só sexual, dificilmente alguém terá oportunidade de testemunhar as concretas condutas danosas do cônjuge infiel[16]. E mesmo com vista a produzir prova dos indícios da prática do fato, o círculo de pessoas mais próximo, que poderá ter algum conhecimento do que ocorre na intimidade do lar, pode legitimamente recusar-se a depor na qualidade de testemunhas[17].

Sendo assim, não é para nós surpresa que diante a dificuldade em obter prova direta da infidelidade, face a um grau de suspeita elevado, o cônjuge lesado procure obter um meio de prova violando os direitos constitucionais do outro cônjuge.

(II) Em segundo lugar, e como indispensável argumento a favor da admissibilidade da prova ilícita da violação dos deveres conjugais de fidelidade, está a posição doutrinal que entende *não se aplicar* o disposto no n.º8 do artigo 32.º da CRP ao processo civil português ("garantias de processo criminal"): "*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*".

Esta posição é assumida designadamente por Salazar Casanova, entendendo que ocorre uma diferenciação de regimes no que respeita à prova no processo penal e no processo civil[18]. A não aplicação deste preceito parece ser um argumento forte porque permite separar os limites à intervenção do Estado na investigação criminal, de interesse iminentemente público e com proteção constitucional, dos limites em processo civil, infraconstitucionais[19], relacionados com interesses privados. E como não falamos da

---

[14] Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, 8.ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 390

[15] Cfr. 429.º e 7.º, n.º4, do CPC

[16] Assim, Teresa Marín García de Leonardo, "Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las reclaciones conyugales", cit, 2006, p. 151

[17] Cfr. artigo 497.º do CPC

[18] J.F. Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", cit., 2004, pp. 116 e ss.

[19] Presentes no n.º 3 do artigo 417.º do CPC

repressão da criminalidade, mas apenas da tutela e proteção de direitos privados, particularmente a reparação de um dano no espaço da responsabilidade civil, poderá fazer sentido uma outra flexibilidade na admissão da prova ilícita.

A mesma ideia parece também resultar da diferença que nos é dada pelos penalistas portugueses entre a verdade material e a verdade formal, dado que uma pretende ser uma "*verdade judicial*", enquanto a outra é da "*auto-responsabilidade probatória das partes*"[20].

A não aplicação do n.º 8 do artigo 32.º da CRP ao processo civil é, porém, uma posição doutrinal controversa, como notaremos mais adiante.

(III) Em terceiro lugar, considerando ainda o mesmo preceito constitucional, poderá admitir-se mais facilmente uma prova ilícita mediante intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações, sem o conhecimento e consentimento do cônjuge infiel, do que mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física.

A este respeito, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira classificam as primeiras como *interdições relativas*, ao passo que as segundas como *interdições absolutas*[21].

Por exemplo, uma declaração confessória escrita extorquida por tortura ou uma gravação obtida por intermédio de um sequestro deverão estar completamente afastadas e interditas; mas já a recolha de um documento obtido através da violação da correspondência ou do domicílio ocasional, sem conhecimento e consentimento, em determinados casos, poderia ser admitido.

Como teremos oportunidade de defender, o juízo de admissibildiade deverá obedecer a uma ponderação dos interesses do cônjuge infiel em confronto com os interesses do cônjuge lesado. E repare-se que este último poderá sofrer não só danos patrimoniais como também danos não patrimoniais. O sofrimento, o desgosto, a humilhação e o vexame, enquanto danos não patrimoniais, em princípio, são tutelados através do direito ao desenvolvimento da personalidade[22], direito esse de natureza constitucional[23], pelo que se encontra em confronto com os direitos constitucionais do outro cônjuge lesante.

---

[20] Nos princípios relativos à prova, desenvolvidos em Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, primeiro volume, Coimbra: Coimbra Editora, 1981, pp. 187-194

[21] Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I , 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 524

[22] Assim, também, "Quando se violam deveres conjugais, pode, de facto, incorrer-se na violação de um direito de personalidade do outro cônjuge", em Mafalda Miranda Barbosa, "Família e Responsabilidade Civil: Uma relação possível? Brevíssimo apontamento", cit., 2015, p. 77.

[23] Cfr. 26.º. n.º1, CRP

Mas também podemos falar dos próprios direitos de personalidade, os mais variados, que não deixam de subsistir por causa do vínculo do casamento. No estudo de Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, damos conta: "*Também no casamento, quer enquanto acto quer como estado, os cônjuges não alienam nas relações entre si a generalidade dos seus direitos de personalidade, pelo que, para além da inquestionável tutela civilística de bens essenciais como a vida e a integridade física nas relações entre os cônjuges, nos parecem ressarcíveis mesmo os danos não patrimoniais, desde que significativos, causados ao outro cônjuge com a violação de outros bens da personalidade, v.g. a honra, a reputação, o bom nome, a liberdade e mesmo a intimidade pessoal, verificados durante a vigência do casamento, que não apenas pela dissolução do casamento*"[24].

Fica patente a importância de estarem em causa danos significativos, que comprometam a vida em comum, pela sua gravidade ou reiteração[25].

(IV) Em quarto lugar, com a prova da infidelidade há danos que ficam por tutelar pela ordem jurídico-civil e que ficam dependentes de uma *tutela jurisdicional efetiva*, enquanto direito de natureza constitucional[26]. Será justo recusar o direito de reparação dos danos causados ao cônjuge lesado devido à prova ilícita que foi obtida sem o consentimento do cônjuge lesante?

São danos facilmente comprováveis. O cônjuge lesado demonstra que o sofrimento e a humilhação foram a causa adequada da depressão, recorrendo assim a consultas e acompanhamento médico, tomando os medicamentos antidepressivos prescritos, num conjunto de danos patrimoniais e não patrimoniais que são descritos na ação de responsabilidade civil. De fato, Jorge Pinheiro até nos diz ser indenizável o "*choque psíquico*" sofrido com a descoberta do adultério e a frustração dos "*naturais anseios sexuais*"[27]. O problema está, de outro modo, em demonstrar a conduta ilícita e culposa do cônjuge lesante.

Particularmente em relação à culpa, faz todo o sentido discutir aqui se estamos em sede de responsabilidade *contratual* ou *extracontratual*. É sabido que os regimes têm importantes e diferentes efeitos jurídicos, por exemplo, a nível do ônus probatório e

---

[24] Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 450-451

[25] Neste sentido, embora referindo-se à acção de divórcio, F. M. Pereira Coelho, Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117.º, n.º 3718-3729, Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 92.

[26] Prevista no artigo 20.º da CRP.

[27] Assim, Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, *O Núcleo intangível da Comunhão Conjugal…*, cit. Almedina, 2004, p. 705

da prescrição do direito[28]. Então, se considerarmos que a violação dos deveres conjugais decorre de uma violação de uma obrigação contratual, presume-se a culpa do cônjuge réu; caso contrário, deverá o cônjuge lesado alegar e provar a violação culposa dos deveres conjugais.

Segundo Pereira Coelho, a alegação e prova da violação objetiva dos deveres conjugais, por si, só fará presumir de acordo com as regras da experiência que o cônjuge réu procedeu com culpa[29]. Porém, neste tipo de ação de indenização, concorda que a lei possa presumir a culpa do cônjuge infrator. Em sentido contrário, Mafalda Miranda Barbosa concluiu que dificilmente nos podemos enquadrar no âmbito da responsabilidade civil contratual quando está em causa a natureza pessoalíssima de deveres que podem não ser classificados como deveres de carácter obrigacional[30]. Pensamos que é esse o caso dos deveres de fidelidade conjugal, enquanto "núcleo intangível da comunhão conjugal". E, sendo assim, incumbe ao cônjuge-autor provar que a culpa, apreciada pela diligência de um bom pai de família, é do cônjuge-réu[31].

De qualquer forma, voltamos ao mesmo problema: como se faz prova da conduta ilícita? Dificilmente a obtenção da prova terá o consentimento do cônjuge infrator, resultando eventualmente na prova ilícita que temos vindo a discutir. Fica a certeza de que a prova ilícita pode muito bem ser a única forma de se conseguir uma indenização pelos danos causados com a infidelidade – considerando, também, que a reconstituição natural não é possível e que são danos "irreversíveis".

(V) Como último argumento a favor da admissibilidade da prova ilícita da violação dos deveres conjugais de fidelidade, não podemos ignorar que existem normativos legais adequados que *vedam a publicitação dos elementos de prova* em processo civil.

De acordo com o disposto no artigo 164.º do CPC, o acesso aos autos pode ser limitado nos casos em que a divulgação do seu conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas e à intimidade da vida privada ou familiar, precisamente para garantir direitos de natureza constitucional. Se estão previstos nesta disposição legal processos como a anulação do casamento, o divórcio, a separação de bens e pessoas, o estabelecimento ou impugnação de paternidade, a que apenas podem ter acesso as partes

[28] Cfr. 309.º e 498.º (prescrição) e 487.º e 799.º (ônus da prova) do CC.

[29] F. M. Pereira Coelho, Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, cit., 1985, p. 94.

[30] Mafalda Miranda Barbosa, "Família e Responsabilidade Civil: Uma relação possível? Brevíssimo apontamento", cit., 2015, pp 79 e seguintes. Também, neste sentido, Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, *O Núcleo intangível da Comunhão Conjugal...*, cit. Almedina, 2004, p. 699

[31] De acordo com o artigo 487.º do CC, ao qual já fizemos referência.

e os seus mandatários, também a responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais de fidelidade deverá preencher os pressupostos. Logo, com as restrições à publicidade do processo, não parece haver uma "intolerável lesão" ao direito à reserva da vida privada, direito à imagem, direito à palavra ou direito à inviolabilidade da correspondência do cônjuge infiel, mantendo-se como uma restrição proporcional[32].

São estes alguns dos mais importantes argumentos em sentido positivo à admissibilidade da prova ilícita.

3. Inadmissibilidade da prova ilícita à luz do problema

Por outro lado, a exclusão da prova ilícita no processo civil poderá ter sentido uma vez que o cônjuge infiel também tem direitos constitucionais e civis que devem ser respeitados e tutelados pelo ordem jurídica.

Nesse caso, num juízo de ponderação, os seus direitos podem prevalecer sempre que esteja em causa uma prova ilícita da sua conduta de infidelidade.

Por exemplo, não se justificaria, no caso concreto, que o cônjuge lesado violasse um domicílio não conjugal, como um quarto de hotel, para a recolha de elementos probatórios[33]; mas já se justificaria caso estivesse em causa o livre acesso ao local, como sucede na casa da morada da família. Ou seja, nem tudo é legítimo e *há limites constitucionais para a descoberta da verdade* no processo civil que devem ser cuidadosamente respeitados. O que nos remete para a posição doutrinária majoritária no ordenamento jurídico português: a inadmissibilidade da prova material ilícita.

(I) Como representantes desta tese em Portugal, entre outros, elevamos Isabel Alexandre e Capelo de Sousa. Ambos expressamente defendem ser aplicável ao processo civil, por analogia, o disposto no n.º 8 do artigo 32.º da CRP[34], relembrando: "*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*"

Trata-se, pois, de uma garantia constitucional e de um reforço de proteção de direitos, liberdades e garantias do cônjuge lesante, não se admitindo uma recolha de prova, sem o seu consentimento, por via do acesso a e-mails, cartas, fotografias, escutas

---

[32] Respeitando os limites da necessidade, adequação e proporcionalidade previstos no disposto no artigo 18.º, n.º2, da CRP.

[33] Exemplo dado em Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., 2011, p. 347, nota 869

[34] Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 240 e Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., 2011, p. 348, nota 869

telefónicas ou gravações audiovisuais. Isto porque é na vida privada "*... que reside uma maior eficácia da reserva, originando um crivo muito mais apertado de eventuais causas de justificação da ilicitude a tais bens*", pelo que só em locais de livre acesso ou em locais em que se demonstre haver livre acesso é que se deverá justificar a recolha de elementos probatórios da infidelidade[35].

Diga-se, ainda, que esta tese restritiva poderá impedir também a utilização da prova ilícita que ponha em causa qualquer outra garantia constitucional fundamental[36].

(II) Não podemos deixar de dizer que esta é também uma posição assumida em geral pelo ordenamento jurídico brasileiro. Desde logo, na Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente prevendo, o artigo 5.º, LVI, "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*"[37]. O que nos leva a crer que prevalecem os direitos materiais substantivos do cônjuge infiel em prejuízo da verdade e dos danos causados ao cônjuge lesado com a infidelidade.

Autores como Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco parecem não questionar aquele preceito constitucional, precisamente para impedir que tais provas venham ao processo civil ou nele permaneçam, pondo cobro à discussão[38].

Por seu turno, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria entendem existir um direito fundamental a não ter contra si uma prova produzida ilicitamente, em particular, quando está em causa o direito fundamental à vida íntima da pessoa[39]. O exemplo dado é precisamente a diferença entre a captação de imagens em via pública da captação num local privado: "*Já se a captação de imagens é feita dentro do quarto de um motel, ou dentro do apartamento do amante, ou em qualquer outro local resguardado à privacidade do casal, poderá ser inadmitida, porque ilícita*".

(III) Outro argumento a favor da inadmissibilidade da prova ilícita em processo civil parte do fato de as condutas do cônjuge lesado poderem consubstanciar *crime*. As gravações e fotografias ilícitas, a violação de correspondência ou de telecomunicações e

---

[35] Assim, Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, cit., 2011, pp. 328 e 346-347.

[36] Assim, Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 282

[37] Já o Código de Processo Civil brasileiro, no artigo 369.º: "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

[38] Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 22.ª edição, revista e actualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 372

[39] Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil* (Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória), v. 2, 10.ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 100.

a devassa por meio de informática, entre outros, são crimes previstos no Código Penal português[40].

Isto é, o cônjuge lesado ao recolher a prova sem o consentimento do outro estaria, em princípio, a violar esses bens jurídico-penai [41]. E, muito embora se afigurem crimes semi-públicos, dependentes de queixa, seria estranho que o juiz em processo civil admitisse provas recolhidas através de condutas criminalmente censuráveis.

Duas outras notas são importantes neste contexto. A primeira sobre a teoria da descontaminação do julgado e a segunda sobre a teoria dos frutos da árvore venenosa, não se confundindo uma com a outra.

(IV) *A teoria da descontaminação do julgado* está relacionada com a decisão do tribunal superior que classifica a prova como ilícita e afasta-a do processo, remetendo o processo de novo para primeira instância; o problema está em saber, sendo o juiz de primeira instância o mesmo, se este fica ou não influenciado pelo conhecimento que obteve da prova ilícita e que fundamentou a sua própria sentença[42].

Entendem Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart que esse mesmo juiz procurará uma sentença de procedência a todo o custo, mesmo que inexistam provas válidas, pois dificilmente deixará de estar "contaminado" com o conhecimento factual que adveio da prova ilícita. A solução, segundo os mesmos autores, passa por um diferente juiz de primeira instância, não aquele que pronunciou a anterior sentença, mas alguém competente para substituir o juiz afastado, respeitando, assim, o princípio do juiz natural.

De outro modo, não sabemos até que ponto não poderá o próprio cônjuge infiel opor suspeição ao juiz por entender ocorrer motivo sério e grave adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade[43].

Sendo assim, caso o juiz de primeira instância admita e valore a prova ilícita poderá surgir este problema da (des)contaminação do julgado, em virtude de um recurso e a uma decisão de inadmissibilidade da prova do tribunal superior.

(V) A segunda nota prende-se com a contaminação das provas vinculadas à prova ilícita, relacionada com a conhecida *teoria dos frutos da árvore venenosa* ("*fruit of the*

---

[40] Cfr. artigos 193.º, 194.º e 199.º do Código Penal português.

[41] Teremos que atender, contudo, às causas de exclusão de ilicitude previstas no artigo 36.º do Código Penal português, podendo significar um argumento, em parte, falacioso.

[42] Nestes termos, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, cit., 2010, p. 406.

[43] O artigo 120.º do CPC português enumera várias situações que não parecem ser taxativas dado o "nomeadamente".

poisonous tree doctrine"). A maioria da doutrina e dos tribunais brasileiros não aceitam as provas produzidas a partir de outra ilicitamente obtida[44]. As exceções normalmente apontadas referem-se à inexistência de nexo causalidade entre ambas, à descoberta inevitável e ao descobrimento provavelmente independente.

O problema no ordenamento jurídico português parece ficar resolvido através do disposto no n.º2 do artigo 195.º do CPC, sobre o "efeito-à-distância": "*Quando um acto deva ser anulado, anulam-se também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente*".

Significa isto que, adoptando a tese restritiva e aplicando analogicamente o disposto no artigo 32.º, n.º8, da CRP, toda a prova obtida direta ou indiretamente com base nos meios de obtenção ilícitos serão inadmissíveis.

São estes, muito resumidamente, alguns dos argumentos mais importantes a favor da inadmissibilidade da prova ilícita.

4. Posição adoptada: o princípio da proporcionalidade

Temos muitas dúvidas que a aplicação integral dos argumentos da tese restritiva, com vista à inadmissibilidade da prova ilícita, possam primar a favor da justiça do caso concreto. Parece-nos até poderá ser extremo decidir nesse sentido.

Se é certo que a circunstância de estarmos perante pessoas unidas matrimonialmente não esvazia os direitos de personalidade ou o direito à reserva da intimidade da vida privada, também não deixa de ser verdade, pela própria natureza das coisas, que esses direitos são *atenuados* na sua intensidade por via da relação interconjugal.

Por isso, no âmbito do processo civil, impõe-se uma *ponderação dos interesses,* sobretudo se a descoberta da verdade não puder ocorrer através de nenhuma outra prova que não a prova ilícita. É o critério que os autores brasileiros costumam denominar de *imprescindibilidade*[45].

Ou seja, se o cônjuge lesado procurou obter licitamente a prova da infidelidade sem sucesso, acabando por recorrer, em último caso, a uma recolha probatória sem o

[44] Com referências à jurisprudência, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil* cit., 2015, p. 97. Também, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, cit., 2010, pp. 402 e ss.

[45] Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil,* cit., 2015, p. 99: "somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova".

consentimento do outro cônjuge, violando garantias consticionais como a vida privada, o domicílio, a correspondência ou as telecomunicações, somos da opinião que a prova ilícita deve ser admitida. Trata-se de um recurso probatório insubstituível com vista à demonstração dos fatos a que se destina pois, sem o mesmo, o direito à reparação e à tutela jurisdicional efetiva seriam postos em causa[46].

Por outras palavras: *a ilicitude da obtenção da prova pode ser justificada sempre que o cônjuge lesado dificilmente poderia comprovar a realidade dos fatos de outra forma*[47]. Assim asseguramos o direito à indenização dos danos causados com a violação do dever conjugal de fidelidade.

É verdade que tudo poderá depender de uma apreciação ponderada dos interesses em causa, no pressuposto de que a proteção concedida não limita intoleravelmente os direitos constucionais garantidos, obedecendo a um princípio da proporcionalidade em sentido amplo[48]. Mas, assim, afastamo-nos da posição daqueles que não admitem em hipótese alguma a prova ilícita ou daqueles que a admitem sempre.

Portanto, no processo civil "*o uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica da regra da proporcionalidade e como acontece quando há colisão entre princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto*"[49].

Quais interesses em colisão? Os direitos constitucionais do cônjuge lesado à tutela jurisdicional efetiva, ao livre desenvolvimento da personalidade e até à integridade moral, em confronto com os direitos do cônjuge lesante à reserva da vida intimida privada, à imagem, à palavra, à correspondência, etc., consoante o caso concreto.

E tudo isto ficará dependente da motivação ou fundamentação do juiz. Nas palavras do ilustre doutrinador Barbosa Moreira: "*Fala-se, ao propósito, de um 'princípio de proporcionalidade', invocando, por exemplo, acerca do problema da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas. Não se trata, contudo, de uma fórmula, mas de mera diretriz. Como aplicá-la bem, diante do caso concreto, é questão que só à consciência do juiz é dado resolver, naquele instante, dramático entre todos, em que lhe cumpre vencer quaisquer hesitações e fazer a final opção, sem auxílio exterior suscetível de atenuar-lhe a responsabilidade pessoal. Esse é o seu apanágio; e*

---

[46] Assim, no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 30 de Abril de 2009, Processo n.º 595/07.8TMBRG, que teremos oportunidade de estudar de seguida.

[47] Nestes termos, J. P. Remédio Marques, *A acção declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 565 e ss.

[48] Cfr. 18.º CRP e Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit. , 2007, pp. 381 e ss.

[49] Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, cit., 2010, p. 401

nada retrata com tão vívidas cores a miséria e a grandeza da função de julgar."[50]*. Pelo que, de acordo com esta perspectiva, dependerá de um sistema de convencimento motivado do juiz, muito bem explicado no disposto no n.º 4 do artigo 607.º do CPC português: "Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção ...".*

5. Conclusões

Face ao que fomos estudando, parece possível admitir, *sob determinadas condições,* a prova ilícita na ação de responsabilidade civil fundada na violação dos deveres conjugais de fidelidade.

(I) A primeira condição relacionada com o entendimento de que o cônjuge-lesado dificilmente poderá comprovar a realidade dos fatos de outro modo, nomeadamente com uma prova obtida de forma lícita. A prova ilícita é, assim, o último recurso. Isto é, o cônjuge lesado procura obter licitamente a prova, por todos os meios, sem sucesso, acabando por recolher a prova sem o consentimento do cônjuge-infiel. Essa prova ilícita passa a ser imprescindível para o acesso aos tribunais e para uma tutela jurisdicional efetiva em relação aos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos com a ação antijurídica culposa. Por exemplo, o cônjuge lesado acedeu, sem consentimento, ao correio electrónico ou à correspondência, ao quarto de hotel ou ao domicilio ocasional, ao celular ou às telecomunicações, à imagem ou às palavras, do outro cônjuge, tudo por forma a obter um meio de prova da infidelidade.

(II) A segunda condição é justamente o fato de se tratar de um meio de prova que é recolhido sem o consentimento ou conhecimento do cônjuge lesante: tirar a fotografia, gravar a conversação, entrar no correio electrónico, abrir a correspondência, consultar as transações bancárias, etc. Será impensável, por outro lado, recorrer à tortura, coação ou ofensa da integridade física para obter esse mesmo resultado probatório.

(III) A terceira condição passa pelo dano significativo causado ao cônjuge lesado. Parece estar afastada a possibilidade de se admitir um litígio insignificativo, por exemplo, causado por um mero *flirt* com um terceiro. De acordo com Teresa Leonardo, é necessário que a conduta, pela sua gravidade, seja objeto de responsabilidade, pondo seriamente em perigo o *princípio da unidade familiar*[51]. Não seria proporcional admitir

[50] José Carlos Barbosa Moreira, "Alguns problemas atuais da prova civil", Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, pp. 160-161.

[51] Teresa Marín García de Leonardo, "Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las reclaciones conyugales", cit, 2006, p. 162

uma prova ilícita face a danos patrimoniais e não patrimoniais insignificantes.

(VI) A quarta condição tem em conta a os mecanismos processuais de restrição à publicidade do processo civil, de forma a salvaguardar o problema da prova ilícita que poderá comprometer a reserva da vida privada, a imagem, a palavra, a inviolabilidade da correspondência e do domicílio, entre outros direitos, do cônjuge lesante.

(V) A quinta condição está dependente da aceitação da posição assumida por Salazar Casanova. Assim, não se aplica o disposto no artigo 32.º, n.º8, da CRP, de forma analógica, ao processo civil, porque é uma garantia do processo criminal, sendo importante separar esses casos dos casos de obtenção de provas no processo civil realizadas por particulares na fase extrajudicial[52]. Aliás, também no direito processual civil brasileiro, Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart acompanham a mesma posição: "*De modo que as diferentes realidades, situadas em casa um desses processos, não podem deixar de ser levadas em consideração, quando se pensa na prova obtida de modo ilícito. Ao se tentar uniformizar a maneira de compreender o processo penal e o processo civil, é possível cair no engano de pensar a prova ilícita como algo que não tem qualquer relação com as diversas situações postas nesses diferentes processos*"[53].

No processo civil faz sentido, de outro modo, considerar o disposto no artigo 417.º, n.º3, do CPC português, que nos faz referência à recusa legítima de cooperação para a descoberta da verdade.

Tudo vai ao encontro da análise das circunstâncias do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, num sistema de *convencimento motivado do juiz*[54].

Na balança, sendo o fiel a prova ilícita, temos os direitos do cônjuge-autor, lesado pelos danos da infidelidade conjugal, e os direitos do cônjuge-réu, lesado nos seus direitos constitucionais à reserva à vida privada, à imagem, à palavra, à inviolabilidade da correspondência ou do domicílio, entre outros. Estamos a falar da relação entre particulares, que ademais partilham uma vida em comum, pelo que "*se for compreensível, à luz da ponderação de interesses, a intromissão da parte no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações para, desse modo, obter prova necessária à sua pretensão e se tal intromissão for efectuada de um modo proporcionado, a prova assim obtida deve ser admitida*"[55].

---

[52] J.F. Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", cit., 2004, pp. 121-122.

[53]Nestes termos, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, cit., 2010, p. 397

[54] No direito brasileiro, para um desenvolvimento, cfr. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil,* cit., 2015, p. 102 e ss.

[55] Nas palavras de J.F. Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade

Bibliografia

António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 22.ª edição, revista e actualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2006

Antunes Varela, *Direito da Família*: 1.º Volume", 5.ª edição, Livraria Petrony, Lda., 1999

Canotilho, J. J. Gomes / Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I*, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

F. M. Pereira Coelho, Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 117.º, n.º 3718-3729, Coimbra: Coimbra Editora, 1985,

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Volume I, Introdução. Direito Matrimonial, 4.ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2014

Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil* (Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória), v. 2, 10.ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2015

Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra: Almedina, 1998

J.F. Salazar Casanova, "Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, vol. XVIII, tomo 1, 2004

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, *O Núcleo intangível da Comunhão Conjugal: Os Deveres Conjugais Sexuais*, Colecção Teses, Coimbra: Almedina, 2004

Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, primeiro volume, Coimbra: Coimbra Editora, 1981

José Carlos Barbosa Moreira, "Alguns problemas atuais da prova civil", Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Editora Saraiva, 1989

J. P. Remédio Marques, *A acção declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento, Curso de Processo Civil*, Volume 2, 8.ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

Mafalda Miranda Barbosa, "Família e Responsabilidade Civil: Uma relação possível? Brevíssimo apontamento", *Lex Familiae Revista Portuguesa do Direito da*

e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares", cit., 2004, pp. 124-125

Família, ano 10, n.º20, Coimbra: Coimbra Editora, 2015

Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011

Teresa Marín García de Leonardo, "Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las reclaciones conyugales", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Daños en el Derecho de Familia, n.º 17, Editorial Aranzadi, 2006

William P. Casey, "The trend of interspousal and Parental Immunity", *Insurance Counsel Journal*, July, 1978

IGUALDADE DE CAPACIDADE E PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A TEORIA DE AMARTYA SEN NO PROCESSO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO

Durcelania da Silva Soares[1]
Tauã Lima Verdan Rangel[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. Amartya Sen e dignidade humana: igualdades de capacidades e funcionamentos; 3. A fundamentalidade do direito à alimentação no processo de capacidades; 4. Comentários finais: o sistema de proteção de direitos fundamentais em prol da universalização da dignidade da pessoa humana

1. Introdução

É fato que o Texto Constitucional de 1988 consagrou um amplo catálogo de direitos fundamentais, vinculando-os diretamente ao ideário de concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o Estado Brasileiro deve atuar com o escopo primordial de promover a efetivação do sobredito catálogo, removendo os entraves e os empecilhos que dificultam sua implementação. Assim, a Constituição Federal materializa um documento amplo, que estabelece uma série de políticas públicas no seio da sociedade, no campo da saúde, da previdência social, da educação, da cultura, do urbanismo, dentre outros, orientadas para a concretização da igualdade material. Nesta linha, dentre os mais recendentes direitos fundamentais incluídos na redação da Carta de 1988 está o direito à alimentação adequada, expressamente incluso no rol dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, responsável por alargar o rol do artigo 6º.

Contudo, subsiste o questionamento sobre qual o nível de responsabilidade estatal para a efetivação dos direitos fundamentais, que compreende desde a prestação direta pelos entes federados até a regulamentação da esfera privada e a criação de estruturas próprias de incentivo para a sociedade civil. Neste passo, a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional introduziu, na realidade jurídico-administrativa

[1] Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. E-mail: durcelania@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/1543810316645867

[2] Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/8802878793841195

brasileira, uma realidade nova, afixando uma rede em prol da efetivação do direito à alimentação adequada, estabelecendo uma série de responsabilidade para as distintas esferas dos Entes Estatais em prol de sua concretização, reafirmando, como dito acima, tal direito como elemento integrante e indissociável da dignidade da pessoa humana, conforme expressa alusão do artigo 2º da Lei nº 11.346/2006.

A partir de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover uma análise de tal direito a partir da ótica de Amartya Sen, notadamente no que toca à igualdade de capacidades e a pobreza como privação de capacidade, e sua contribuição ao fixar princípios que orientam para a atuação estatal, assegurando que todos possam garantir direitos fundamentais. É importante assinalar que o autor eleito compõe o eixo teórico nominado "liberalismo igualitário", postulante de argumentos e princípios destinados à orientação da ação política, além de justificar determinadas instituições políticas, sociais e econômicas. O termo "liberalismo" não se confunde com a perspectiva moderna de liberdade sem limites e igualdade formal. Ao contrário, no cenário proposto, há uma clara aproximação da acepção de liberdade com restrição e igualdade material, conquanto a questão se apresente mais robusta e complexa do que essa singela apresentação. Empregou-se uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva.

2. Amartya Sen e dignidade humana: igualdades de capacidades e funcionamentos

De acordo com Amartya Sen (2008, p. 42-47), duas questões centrais se apresentam em relação ao exame da ética da igualdade, a saber: "por que a igualdade?" e "igualdade de quê?". Apesar de serem questionamentos distintos, verifica-se a presença de interdependência, responsável pelo estabelecimento de um liame. Quando se defender apenas a igualdade formal, acaba-se reforçando o ideário de que todos são iguais perante a lei, existindo uma norma para regular a todos de mesmo modo, logo, as desigualdades oriundas devem ser aceitas. Contudo, de acordo com Outeiro, Oliveira e Nascimento (2016, p. 63), quem considera a igualdade formal como insuficiente e postula a igualdade material, concebe que a lei deve conferir um tratamento diferenciado para aquele que se encontra em alguma situação de desvantagem ou de vulnerabilidade, a exemplo do que ocorre com crianças e adolescentes, jovens, idosos e trabalhadores no Brasil, os quais possuem legislações que dispensam um tratamento específico em decorrência de aspectos peculiares de tais grupos.

Deste modo, ambas são visões acerca de igualdade, todavia, alcançam resultados distintos. Assim, não é suficiente apenas defender a igualdade, mas sim é essencial explicar qual dimensão de igualdade está se abordando. Sen (2008, p. 44) aponta que não é possível elaborar uma teoria normativa do ordenamento social, coerentemente, que rejeite a igualdade ou a igual consideração. "A questão é que definir a igualdade num espaço, como a renda, pode levar a redistribuição de recursos numa sociedade até que

todos tenham aproximadamente a mesma quantidade de recursos" (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 63). Contudo, no momento seguinte, quando as pessoas vão usar a sua renda, haverá desigualdade, porquanto pessoas diferentes usam os recursos de maneira distinta.

A igualdade reclama uma análise a partir da condição de ideal política compatível com a liberdade. Assim, falar de igualdade em um cenário contemporâneo se torna mais factível quando se trata de uma democracia constitucional, na qual todo são iguais em direitos e em obrigações, a partir do primado que o Estado deve tratar a todos igualmente. Destarte, a reflexão a respeito da igualdade e da diversidade se apresenta como fundamental para conceber programas públicos de redistribuição de riqueza, porque a seleção de um espaço vai viabilizá-lo como justificativa para a redistribuição. Amartya Sen (2008, p. 51) vai narrar que se opção for igualar a renda, uma pessoa que tenha maior renda arcará com um tributo maior do que a pessoa com menor renda ou, ainda, fará com que o Estado promova programas para aumentar os recursos de quem possui menos.

Sen (2008, p. 69) descreve, ainda, que podem ocorrer variações na conversão de bens sociais e de recursos em liberdade, em decorrência de aspectos externos ou pessoas referidas, o que impõe a distinção entre a extensão da liberdade dos meios para a liberdade. "As opções que a pessoa tem para, de fato, fazer, ser ou levar a vida que desejar, materializam a extensão da liberdade em si (ou seja, a conversão dos bens primários e recursos em liberdade)" (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 64). Não se pode encarar como sinônimos de liberdade desfrutada os recursos ou bens sociais, porquanto esses são meios para que um indivíduo alcance determinado fim. Logo, o dinheiro ou a renda não são importantes em si, mas são importantes porque possibilitam a aquisição de bens essenciais por indivíduos.

Ainda de acordo com Sen (2008, p. 79), o bem-estar de um indivíduo pode ser analisado como termos da qualidade do estado da pessoa. Logo, viver é passível de ser visto como consistindo num conjunto de funcionamentos inter-relacionados, compreendendo estados e ações. A realização de uma pessoa, sob tal aspecto, pode ser descrito como o vetor de seus funcionamentos, sendo que os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares, como estar nutrido, até realizações revestidas de maior complexidade, como ser feliz, respeito próprio, tomar parte na vida em comunidade, dentre outros fatores. Logo, os funcionamentos são descritos como estados e ações que podem ser pensados em aspectos de desempenho do que uma pessoa pode ou não realizar com a sua vida. Doutro ponto, o conjunto de funcionamentos que uma pessoa pode realizar é descrito como capacidade, definindo como a capacidade para realizar funcionamentos. Isto é, a capacidade compreende um conjunto de vetores de funcionamentos que uma pessoa pode realizar, implicando na oportunidade de uma pessoa para escolher dentre estilos de vidas possíveis.

Com o escopo de assegurar a igualdade de funcionamentos mínimos, faz-se

necessário elucidar a concepção de pobreza, porquanto, ainda que todos tenham direitos fundamentais, aqueles que tiverem melhores condições de vida não serão alcançados em alguns programas de inclusão social. Tal situação é incapaz de negar um direito fundamental, porquanto se objetiva identificar o grupo de indivíduos que precisa de maior atenção do Estado ou necessita de alguma condição diferenciada para viver com maior dignidade. Após a definição de pobreza, é possível elaborar uma política para aumentar os funcionamentos estabelecidos como importantes para as pessoas que são hipossuficientes ou vulneráveis. Amartya Sen (2008) argumenta que, ao se adotar a igualdade de capacidades e de funcionamentos como métrica para definir os programas responsáveis pela redistribuição de riqueza, a pobreza é apresentada como a incapacidade de realizar funcionamentos básicos.

O critério relevante, em tal cenário, é o da inadequação de gerar capacidades tidas como minimamente aceitáveis, ou seja, a pobreza será a privação da vida que os indivíduos podem levar e das liberdades que elas possuem. Logo, se o objetivo é igualar as pessoas em capacidades e funcionamentos relevantes, compete ao Estado o dever de assegurar que todos alcancem tal patamar. Sen (2008), a partir do enfoque normativo, explicita que a acepção de igualdade encontra restrição às questões da distribuição oriundos dos ônus e dos bônus dos recursos escassos da sociedade e do desenvolvimento de políticas estatais. Tal cenário pode ser considerado como igualdade distributiva. Ora, sendo Amartya Sen um defensor de um mínimo de funcionamentos que possam garantir a vida com dignidade, o sobredito autor afirma que alguns direitos são promotores da capacidade geral de uma pessoa, a exemplo de liberdades políticas facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora (SEN, 2000, p. 25). “Como as capacidades refletem a possibilidade para alcançar bem-estar, a abordagem da capacidade permite a união das diversas facetas que a pobreza pode assumir, para em seguida, propor uma solução que assegure uma vida digna a todos” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 70).

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Ao analisar, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

expressamente contidos no artigo 3º, incisos I ao IV, do Texto de 1988, verifica-se que a Constituição está reafirmando uma forma de igualdade, que não se confunde com a homogeneidade. "Portanto, o objetivo de todas essas medidas é tratar a todos como iguais, de maneira que todos possam viver a vida que desejem" (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 71). Ora, o mesmo princípio (da igualdade abstrata), que estabelece mecanismos de mercados livres, enseja a constante atuação do Estado para reduzir as desigualdades sociais e econômicas, afixando obrigações positivas para o Estado. Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder.

Ademais, não se pode olvidar que "não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana" (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. A dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se necessária, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Assim, o Texto Constitucional em vigor consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. O aludido princípio é o maciço núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe "fundamentais", que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao "sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos" (BERNARDO, 2006, p. 236).

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme

como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento.

Os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. A sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípuo o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa, portanto, em tal sedimento o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda no que concerne ao relevo da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante Rocha (1995), o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. Medeiros, Silva e Araújo (s.d., p. 32) vão afirmar que "o desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado". Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. O direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é

signatário.

Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comento, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Assim, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

3. A fundamentalidade do direito à alimentação no processo de capacidades

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar,* durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu.

Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, "a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos" (2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais

foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana. Sobre a questão evolucionista acerca de a segurança alimentar, Podestá explicita, oportunamente, que:

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996). Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos.

A partir de tais ponderações, é possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. “Ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade”, de acordo com Podestá (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. "Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população" (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém, oportunamente, destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. "Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis" (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante o escólio de Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

> [...] a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Obtempera Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido, igualmente, na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação.

No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja,

mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas. A *acessibilidade alimentar,* por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. "La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 03)[3]. Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. A acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em ares remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), de maneira expressa, faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como "condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação" (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. "Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕÇES UNIDAS, s.d., p. 04)[4]. Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

4. Comentários finais: o sistema de proteção de direitos fundamentais em prol da universalização da dignidade da pessoa humana

O reconhecimento de um direito no Texto Constitucional permite o estabelecimento de uma associação entre a fundamentalidade formal e material, eis que

[3] Acessibilidade significa que os alimentos devem estar disponíveis para as pessoas do ponto de vista econômico. (tradução nossa).

[4] Os alimentos devem ser seguros para o consumo humano e estar livres de substâncias nocivas, como as contaminações pelos processos industriais ou agrícolas, incluídos os resíduos dos praguicidas, os hormônios e as drogas veterinárias. (tradução nossa).

a previsão de direito na Constituição escrita é um mecanismo de se conferir a uma necessidade humana, a exemplo do direito à alimentação adequada, o aspecto de elemento indissociável à vida digno por critérios formais, como ponto culminante do ordenamento jurídico, sem esquecer que sobredita necessidade pode se apresentar materialmente indispensável para a dignidade humana. Além disso, os direitos fundamentais encontram liame a um conjunto de capacidades, sem os quais não é possível ter uma vida digna, a exemplo da liberdade de pensamento, educação, moradia, saúde, ambiente ecologicamente equilibrado, direito à cidade, saneamento básico, transporte e alimentação adequada.

Entretanto, cada direito fundamental encontra concretização de maneira diversa, a depender da sociedade e do período. Basta refletir acerca do sistema instituído pela Lei nº 11.346/2006, no que toca à promoção e ampliação do direito à alimentação adequada, que não precisa ser idêntico a um sistema estabelecido para assegurar a liberdade de voto para todos ou, ainda, adoção de políticas de mobilidade urbana para assegurar o direito à cidade. Assim, cada direito pode ter uma moldura diferente do outro ou, ainda, cada direito reclama mecanismos peculiares para sua concretização, distinguindo-se dos demais. Todos os direitos fundamentais são indispensáveis para que os indivíduos possam viver com dignidade, sendo que, na verdade, a alteração repousa no contorno jurídico-político de cada direito, bem como a prevalência que cada um deve ter em determinado contexto. Inexiste conflito ou incompatibilidade, mas sim prevalência em específicas situações de um direito ou grupo de direitos em relação a outro direito ou grupos de direitos.

A Constituição Federal, de maneira expressa, afixa por objetivos fundamentais, em seu artigo 3º, incisos I ao IV, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, encontrando, em decorrência disso, compatibilidade com a igualdade liberal. Neste aspecto, Sen busca a redução de injustiças nas sociedades existentes. logo, a Constituição apresenta um panorama geral e, a partir da perspectiva de Amartya Sen, determina o reconhecimento e estabelecimento de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, com espeque em seus dispositivos, dentre os quais é possível destacar a aplicabilidade imediata das normas que disponham sobre direitos fundamentais e ao reconhecer tais normas como cláusulas pétreas, respectivamente no §1º do artigo 5º e §4º do artigo 60.

Referências

ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. **Revista Nutrição**, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018, p. 896.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Lei de Segurança Alimentar e Nutricional:** Conceitos. Brasília: MDA, 2006.

_____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008.

_____. **Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada**. Brasília: SDH, 2011.

BURITY, Valéria *et all*. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In:* DINIZ, José Janguiê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um fenômeno multidimensional. **Revista de Administração de Empresas**, v. 1, n. 2, p. 01-12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GROVE, Chris. Los derechos humanos y la lucha para erradicar la pobreza. *In* **El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humano**. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006

HIRAI, Wanda Griep. **Segurança Alimentar**: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da

Segurança Alimentar. In: _____; WILKINSON, John (org.). **Reestruturação do Sistema Agroalimentar.** Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999, p. 61.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>. Acesso em 03 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996)**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____. **El derecho a la alimentación adecuada**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>. Acesso 03 mar. 2018.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina César de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidades de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. **Revista do Direito Público,** Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016, p. 47-81. Disponível em: <http://www.uel.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

PODESTÁ, Olívia Perim Galvão de. **Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES**. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. *In:* **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. a. 40, n. 159, jul.-set. 2003.

RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental social à alimentação adequada**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. MENDES, Ricardo Doninelli (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova:**

Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016>. Acesso em 03 mar. 2018.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)**. Disponível em: <http://www.actuar-acd.org>. Acesso em 03 mar. 2018.

O ECOCENTRISMO E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA

André Augusto de Souza Augustinho[1]
Raphael Matheus dos Santos Capeleto[2]

Sumário: 1. Introdução – ecocentrismo e o direito ambiental; a) Ecocentrismo x Antropocentrismo; b) A interpretação filosófica do Ecocentrismo e do Biocentrismo; c) As Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais e a proteção ecológica; d) A proteção ambiental como ramo de direito difuso; 2. A proteção jurídica do direito ambiental pela América Latina (ECO-92); a) A legislação ambiental nos países da América do Sul; b) A legislação ambiental nos países da América Central; 3. Previsões legislativas latinoamericanas de destaque; a) A privação de liberdade em poluição do Código Penal paraguaio; b) O desenvolvimento sustentável como diretriz da Constituição da Argentina; c) A "tríplice responsabilidade" da legislação ambiental brasileira; 4. Conclusão

1. Introdução – ecocentrismo e o direito ambiental

O advento das Grandes Guerras Mundiais alterou paradigmas e perspectivas do homem sobre o meio vivente que o cerca, pois, os humanos passaram a notar os impactos de sua ação sobre os ecossistemas da biosfera terrestre.

Nesse passo, o direito ambiental surgiu como um ramo jurídico visando socorrer os ecossistemas como bens jurídicos tutelados, provenientes do interesse social e coletivo, como podemos observar do conceito de meio ambiente oriundo da Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre Meio Ambiente de 1972[3], sediada em Estocolmo/Suécia.

> O conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos ou indiretos, em um prazo curto ou longo, sobre os seres vivos e as atividades humanas.

A proteção ambiental pressupõe a utilização dos recursos naturais pela

---

[1] Advogado, professor concursado de Direito do Trabalho da Unitau, pós graduado em Direito do trabalho pela UCDB, doutorando em direito pela Univerisad Nacional de Córdoba, presidente de finanças e orçamentos da subs 229 da OAB/SP e presidente da jovem advocacia da subs 229 da OAB/SP, escritor de artigos jurídicos e palestrante convidado

[2] Graduando do curso de Direito da Universidade de Taubaté/SP. E-mail: raphael.capeleto@hotmail.com

[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Estocolmo-Suécia: 1972.

Humanidade de forma que não impacte negativamente sobre as espécies vegetais e animais, o que se entende por desenvolvimento sustentável, abordado pelo Relatório *Brundtland*[4] da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU.

> O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

A consolidação do direito ambiental se deve, primordialmente, ao ecocentrismo como mudança de paradigma na política social e cultural mundial. O ecocentrismo é uma linha filosófica que consiste na proteção dos biomas como sistemas integrados, orientando o homem na coexistência pacífica e sustentável com as espécies.

A relação entre ecocentrismo e o direito ambiental é conexa, ao passo que o primeiro serve como inspiração principiológica para o segundo. O ecocentrismo estabeleceu diretrizes filosóficas que, inevitavelmente, culminaram no fortalecimento do pensamento coletivo sobre a necessidade da existência do direito ambiental.

a) Ecocentrismo x Antropocentrismo

O antropocentrismo (grego *anthropos* "humano" e *kentron* "centro") é uma corrente filosófica renascentista que estabeleceu o homem como vértice da sociedade, em contraposição ao teocentrismo medieval (grego *theos* "Deus" e *kentron* "centro"), que centralizava as entidades divinas como enfoque social.

Por seu turno, o ecocentrismo (do grego *oikos* "casa" e *kentron* "centro") visa à proteção da Terra como o celeiro de todos os seres viventes, em similar proteção ao homem, ficando este vinculado à coexistência pacífica com as espécies do bioma terrestre.

O ecocentrismo e o antropocentrismo são díspares, pois o primeiro protege o bioma em si, com o homem incluído como parte do sistema, enquanto o segundo, ultrapassado, privilegiava o interesse do homem como soberano sobre as demais espécies.

b) A interpretação filosófica do Ecocentrismo e do Biocentrismo

O Biocentrismo (do grego *bios* "vida" e *kentron* "centro") encontra na vida de todas as espécies animais e vegetais o vértice de proteção social e estatal. Essa visão é individual, emergindo a vida como diretriz principiológica, sendo que, assim como no

[4] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **RelatórioBrundtland-our future common**. Noruega: 1987.

Ecocentrismo, existe clara contraposição com o modelo medieval do Antropocentrismo.

Em similar raciocínio interpretativo, o Ecocentrismo também enfrenta a concepção renascentista do Antropocentrismo, mas, apesar disso, centraliza na proteção do complexo de espécies e na sua coexistência pacífica, ou seja, a proteção completa dos ecossistemas e biomas terrestres.

A análise comparativa entre o Biocentrismo e o Ecocentrismo encontra como vértice a proteção às espécies animais e vegetais, só que, o primeiro protege apenas a vida como bem jurídico tutelado, uma visão *stricto sensu* e, por outro lado, o Ecocentrismo protege o complexo das espécies e sua relação, compreendendo o *latu sensu* ambiental.

Portanto, o Ecocentrismo engloba a concepção filosófica do Biocentrismo, servindo como forma adequada para a construção protetiva jurídico-ambiental a qual se tem como objetivo no presente texto científico.

c) As Dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais e a proteção ecológica

Os direitos humanos são tidos como prerrogativas mínimas que o Estado tem como dever para proteção dos cidadãos nacionais e transeuntes internacionais. Nessa toada, catedráticos do tema seccionaram a evolução dos direitos humanos em âmbito internacional em "gerações" (terminologia clássica) ou "dimensões".

O ecocentrismo se encontra localizado na Terceira Dimensão dos Direitos Humanos Fundamentais, que são aqueles ligados à fraternidade entre os povos e oriundos do período pós-guerras mundiais, tendo por objetiva a proteção do destino da Humanidade como bem jurídico tutelado.

O filósofo jurídico Norberto Bobbio[5] abordou a Terceira Dimensão dos Direitos Humanos Fundamentais que, apesar de ainda ser uma novidade jurídica na época, era relacionada com a proteção dos biomas e ecossistemas terrestres.

> "Emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.**O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído**." (grifo do autor).

Importante mencionar que, a par da proximidade da origem da Terceira Dimensão dos Direitos Humanos Fundamentais, que, antigamente, tinha-se por "gerações", termo ultrapassado por não se entender como evolução de cada etapa, mas, sim, como uma ampliação de direitos humanos, Norberto Bobbio identificou o direito

[5] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª reimpressão. São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2004, p. 09.

ambiental como locomotiva da vanguarda mundial e da incessante busca pela proteção dos bens juridicamente tutelados de toda a Humanidade.

A Terceira Dimensão dos Direitos Humanos tem como fonte os diversos desastres naturais protagonizados pela Humanidade ao longo da história e, por fim, a completa destruição social, biológica e natural da Europa e do mundo no período das Grandes Guerras Mundiais do século XX. As nações evoluíram na concepção do relacionamento entre si, convergindo entendimento pela proteção da Humanidade como um todo, se abstendo do isolamento nacional.

d) A proteção ambiental como ramo de direito difuso

A proteção aos ecossistemas e biomas terrestres abrange uma infinidade de espécies que, como um todo, possuem relação direta ao bem jurídico tutelado em voga. Partindo desse pressuposto, podemos concluir que a proteção ambiental não encontra um dimensionamento preciso de quantas espécies ou cidadãos podem ser beneficiados com sua presença ou atingidos pela sua omissão.

O direito difuso atinge um grupo indeterminável de cidadãos, sem possibilidade de divisão entre indivíduos atingidos ou não pela proteção do bem jurídico tutelado, tendo como origem uma situação fática do mundo real.

Nessa toada, o jurista brasileiro Marcus Cláudio Acquaviva[6] estabelece a amplitude de atuação dos direitos difusos, pontuando pela sua proteção ao sujeito passivo indeterminado, correlacionando-o com a proteção ambiental.

> "Prerrogativa jurídica cujos titulares são indeterminados, difusos. Um direito difuso é exercido por um e por todos, indistintamente, sendo seus maiores atributos a indeterminação e a indivisibilidade. É difuso, p. ex., o direito a um meio ambiente sadio"

A proteção aos direitos difusos poderá ser exercida pela coletividade, através de seus órgãos de representação legislativa e Judiciária (Ministério Público) ou de forma individual, através de ações judiciais do gênero (Ação Civil Pública no Brasil) ou por Organizações Não Governamentais como *Greenpeace* ou *WWF*.

Insta mencionar a diferenciação doutrinária brasileira no que concerne a precaução e prevenção do direito ambiental. A precaução visa a proteção ambiental contra riscos concretos e presentes no bioma terrestre, enquanto a prevenção tem por objeto a defesa ambiental contra riscos potencias que poderão acontecer em um futuro próximo.

A correlação entre a proteção ambiental e o direito difuso é válida e aplicável,

[6]ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 286.

sendo classificado o direito ambiental como ramo do direito difuso, em função de suas especificidades e impossibilidade de dimensionamento dos impactos sobre ecossistemas e sociedades humanas, tendo como exemplo eventual acidente ambiental.

2. A proteção jurídica do direito ambiental pela América Latina (ECO-92)

A América Latina teve participação coadjuvante nas pautas de proteção ambiental, com inovações tímidas e isoladas em detrimento da riqueza natural que possui em suas terras e mares. Apesar disso, todos os países da região possuem área de proteção ambiental, as quais correspondem a cerca de 6,6% do território latino-americano, segundo dados do Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA).

As estatísticas do PNUMA revelam que a América Latina possui a maior diversidade de ecossistemas em espécies vegetais e animais do mundo, com cerca de 30% dos recursos hídricos mundiais, além de extensas vegetações como a Floresta Amazônica.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92 ou RIO-92), sediada no Rio de Janeiro/Brasil, foi a reunião sobre proteção ambiental com o maior quórum da história (cerca de cento e oitenta chefes de Estado), de sumária importância para o direito ambiental mundial e regional.

A ECO-92 resultou na aprovação da Convenção da Biodiversidade, ratificada na maioria dos países latinoamericanos, e, também, pelo Decreto Legislativo nº 02/1994 no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, em uma análise apurada, podemos compreender que uma reunião mundial da complexidade da ECO-92 resultou, indiretamente, na aprovação do Protocolo de Kyoto/Japão, tratado que objetiva reduzir as emissões globais de gases nocivos ao meio ambiente de forma exponencial, sem adesão dos Estados Unidos da América.

a) A legislação ambiental nos países da América do Sul

A legislação ambiental nos países da América do Sul é vanguardista em relação aos componentes da América Central. Todos os países sulamericanos possuem, em regra, previsão constitucional visando à proteção ambiental como direito consolidado e dependente de regulamentação.

Primeiramente, constata-se que, na América Latina, o Brasil, a Argentina e o Chile ocupam a 1ª, 3ª e 4ª posição, respectivamente, no ranking de registro de licenciamentos de empresas que atendem às determinações ISO ambientais, demonstrando a vanguarda da região com relação aos integrantes da América Central.

Os países sulamericanos que possuem tanto previsão constitucional de proteção ambiental como a respectiva regulamentação em legislação infraconstitucional são os

relacionados abaixo:

- Brasil: Artigo 225 da Constituição Brasileira e Leis nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e nº 12.651/2012 (Código Florestal);
- Argentina: Artigo 41 da Constituição Argentina, Lei nº 25.675/2002 (Norma Geral do Ambiente) e artigo 200 do Código Penal;
- Paraguai: Artigos 8º, 9º e 116 da Constituição Paraguaia e Leis nº 96/1992 (vida silvestre), 294/1993 (Avaliação dos Impactos Ambientais), 352/1994 (área de proteção silvestre) e artigo 202 do Código Penal;
- Uruguai: Artigo 47 da Constituição Uruguaia e Lei nº 16.466/1994 // Decreto nº 349/2005 – (avaliação dos impactos ambientais), Lei nº 16.466/1994 (interesse geral da proteção ambiental qualquer tipo de depredação, destruição ou contaminação) e artigo 218 do Código Penal;
- Chile: Artigo 19, §8º, e artigo 24, ambos da Constituição Chilena e Leis nº 19.300/1994 e 20.417/2010 (avaliação ambiental);
- Bolívia: Artigos 33 e 34 da Constituição Boliviana (Seção I – direito do meio ambiente) e Lei *madre tierra* (meio ambiente);
- Peru: Artigos 22 e 66-69 da Constituição Peruana (Capítulo II – do ambiente e recursos naturais) e Lei nº 27.446/2001 (Norma Geral do Meio Ambiente);
- Venezuela: Artigos 127-129 da Constituição Venezuelana (Capítulo IX – dos direitos ambientais) e Lei orgânica do meio ambiente (1976).

Por outro lado, compreendem-se abaixo os países sulamericanos que apenas possuem previsão constitucional para a proteção ambiental, sem a respectiva regulamentação em legislação infraconstitucional:

- Equador: Artigos 71-74 da Constituição Equatoriana (Capítulo Sétimo – direitos da natureza);
- Colômbia: Artigos 78 a 82 da Constituição Colombiana (Capítulo III – dos direitos coletivos e do meio ambiente);
- Guiana: Artigo 36 da Constituição Guianesa;
- Suriname: Artigo 41 da Constituição Surinamesa (Capítulo VII – do sistema econômico).

Dos países supramencionados, exclui-se, apenas, a Guiana Francesa, localizada no norte da América do Sul, por esta ser um Departamento Ultramarino da República Francesa e, por tal qualidade, submissa a legislação estranha à análise em voga.

Oportuno mencionar que a mera previsão constitucional e regulamentação infraconstitucional não correspondem à execução das diretrizes ambientais, mas, como objetos de estudo demonstram a evolução legal dos países avaliados.

A ausência de regulamentação em alguns países da América do Sul revela que a proteção ambiental jurídica não é consenso prático na região, a qual possui a maior bacia aqüífera do mundo. Além disso, no Brasil, Paraguai e Bolívia são os que mais têm perda territorial florestal da região, mesmo com regulamentação ambiental, demonstrando que é primordial a mudança nos paradigmas e políticas públicas na região.

b) A legislação ambiental nos países da América Central

A legislação ambiental da América Central, se comparada com os países sulamericanos, é ainda mais tímida no que concernem as regulamentações na proteção ambiental dos biomas terrestres e ecossistemas, o que, juridicamente, impossibilitam ações concretas administrativas e judiciais para a proteção do meio ambiente.

Os países sulamericanos que possuem tanto previsão constitucional de proteção ambiental como a respectiva regulamentação em legislação infraconstitucional são os relacionados abaixo:

- Panamá: Artigos 110 e 118-121 da Constituição Panamenha e Lei nº 41 (Geral do Meio Ambiente);
- Costa Rica: Artigo 50 da Constituição Costarriquenha e Leis nº 7.554/1995 (Lei Orgânica do Meio Ambiente), Biodiversidade e da Conservação dos Solos e compêndio de proteção à vida silvestre e selvagem, além de previsão nos artigos 257-262 do Código Penal;
- Nicarágua: Artigos 60 e 102 da Constituição Nicaragüense e Lei Geral do Meio Ambiente (1997);
- Honduras: Artigos 172 e 178-181 da Constituição Hondurenha e Lei Geral do Ambiente;
- El Salvador: Artigo 117 da Constituição Salvadorenha e Artigo 255-261 do Código Penal;
- Guatemala: Artigo 97 da Constituição Local e Decreto nº 101/1996 (Código Florestal);
- México: Artigo 27 da Constituição Mexicana e Lei Geral do Equilíbrio Ecológico e Proteção do Meio Ambiente (1988).

Por outro lado, compreendem-se abaixo os países sulamericanos que apenas possuem previsão constitucional para a proteção ambiental, sem a respectiva regulamentação em legislação infraconstitucional:

- Belize: Artigo 17, (2), m, i, da Constituição Belize;
- Cuba: Artigo 11, "b" e "c", da Constituição Cubana;
- Haiti: Artigos 52.1 e 253-258 da Constituição Haitiana (Capítulo II – do meio ambiente);

- República Dominicana: Artigo 17, 66-67 da Constituição Dominicana;
- Antígua e Barbuda: Artigo 9, item 4, "VII", da Constituição Antiguana;
- Bahamas: Artigo 70, item 02, da Constituição de Bahamas;
- Barbados: Artigo 16, item 02, "a", VII, da Constituição de Barbados;
- Granada: Artigo 6, item 06, VII, da Constituição de Granada;
- Jamaica: Artigo 18, item 02, "m", I, da Constituição Jamaicana;
- São Cristóvão e Névis: Artigo 8, item 05, "c", da Constituição de São Cristóvão;
- Santa Lúcia: Artigo 5, item 05, "c", da Constituição de Santa Lúcia;
- São Vicente e Granadinas: Artigo 6, item 06, "a", VII, da Constituição de São Vicente

Dos países supramencionados, exclui-se o Porto Rico, próximo na Ilha Hispaniola, por este ser um Território Não Incorporado dos Estados Unidos da América e, por tal qualidade, submissa a legislação estranha à análise em voga. Importante constar que Trindade e Tobago não possui qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional de proteção ambiental.

3. Previsões legislativas latinoamericanas de destaque

a) A privação de liberdade em poluição do Código Penal paraguaio

O artigo 202 do Código Penal do Paraguai aplica pena de multa, em caso de conduta culposa de dano ambiental, bem como a possível prisão do agente poluidor.

> Artículo 202.- Perjuicio a reservas naturales
> 1º El que dentro de una reserva natural, un parque nacional u otras zonas de igual protección, mediante:
> 1. explotación minera;
> 2. excavaciones o amontonamientos;
> 3. alteración del hidro-sistema;
> 4. desecación de humedales;
> 5. tala de bosques; o
> 6. incendio, perjudicara la conservación de partes esenciales de dichos lugares, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
> "Artigo 202.- Danos às reservas naturais:
> 1º Que dentro de uma reserva natural, um parque nacional ou outras zonas de igual proteção, por:
> 1. Exploração mineira;
> 2. Escavações ou pilhas;
> 3. Alteração do sistema hidrelétrico;
> 4. Dessecação de zonas úmidas;
> 5. Abate de florestas; o

> 6. Incêndio, prejudicando a conservação de partes essenciais desses lugares, será punido com prisão de até dois anos ou com multa. ”

A previsão penal possui amplas possibilidades de punição ambiental que, devidamente aplicada, poderá coibir a conduta do poluidor, mas, em vista dos níveis de desmatamento liderados pelo Paraguai, Brasil e Equador na América do Sul, o adequado dispositivo requer melhor aplicabilidade no país sulamericano.

b) O desenvolvimento sustentável como diretriz da Constituição da Argentina

A Constituição da Argentina utiliza o conceito de desenvolvimento sustentável no artigo 41 de sua Constituição, com claras influências com clássico Relatório *Brundtland*, documento de renome e importância para a proteção ambiental, e que estipula interessante diretriz para o desenvolvimento atrelado ao meio ambiente argentino.

> ARTÍCULO 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.
> “ARTIGO 41.- Todos os habitantes desfrutam do direito a um ambiente saudável e equilibrado, adequado para o desenvolvimento humano e para atividades produtivas para atender às necessidades presentes, sem comprometer as das gerações futuras; e eles têm o dever de preservá-lo. O dano ambiental gerará prioridade a obrigação de recompor, conforme estabelecido por lei. As autoridades fornecerão a proteção desse direito, o uso racional dos recursos naturais, a preservação do patrimônio natural e cultural e a diversidade biológica, e a informação e educação ambiental. Corresponde à Nação ditar as normas que contêm os orçamentos mínimos de proteção, e as províncias, as necessárias para complementá-las, sem que elas alterem as jurisdições locais. Proíbe a entrada no território nacional de resíduos atuais ou potencialmente perigosos e radioativos.”

A previsão constitucional possibilita que mecanismos como biodigestor sustentável ou políticas públicas elaboradas no sentido econômico e ambiental sejam elaboradas no país sulamericano, unindo Poder Público e Iniciativa Privada em projetos de grande monta, o que deverá ser aprimorado, visando a sua regulamentação e aplicabilidade.

c) A "tríplice responsabilidade" da legislação ambiental brasileira

A Lei Federal nº 6.938/1981, a qual disciplina as políticas públicas de meio ambiente no Brasil, determina a definição doutrinária de "tríplice responsabilidade" pelo dano causado pelo agente poluidor, qual seja, responsabilização civil, criminal e administrativa, as quais possuem previsão nos artigos 14 e 15 da sobredita legislação.

> "Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
> I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;
> II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
> III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
> IV - à suspensão de sua atividade.
> Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. "

A previsão de punição nas três esferas de atuação do Poder Judiciário, como a civil, criminal e administrativa, possibilita um mecanismo exemplar de punição estatal para os danos resultantes de condutas dolosas ou culposas contra o meio ambiente.

A legislação brasileira, apesar de complexa e com maior aplicabilidade de punição sobre condutas danosas ambientais, só vem aumentando a devastação de seus biomas e ecossistemas, fato que pode ser constatado através do crescente desmatamento da Floresta Amazônica e poluição da Bacia Hidrográfica do Rio Prata.

4. Conclusão

O ecocentrismo e o direito ambiental se caracterizam como uma válida e fundamental vertente e mecanismo de proteção do meio ambiente, um patrimônio social e cultural de toda a Humanidade.

O direito ambiental, como Terceira Dimensão dos Direitos Humanos Fundamentais e ramo de direito difuso, protege o patrimônio ambiental como bem jurídico tutelado e de sujeito indeterminado, como acontece no Planeta Terra, o qual não possui fronteiras naturais para desastres ambientais.

Da análise da evolução e atual estágio das legislações latinoamericanas de proteção ambiental, podemos constatar que existe a clara urgência de regulamentação

de mais da metade dos países da América Central, e, da necessidade que os países sulamericanos finalizem a regulamentação ambiental no continente, para instrumentalização das políticas públicas do gênero na região.

Podemos constatar tentativas de uniformização em andamento pela América Latina, pois, em 1º de março de 2018, delegações de vinte e quatro países latinoamericanos se reuniram na Costa Rica para, observando o 10º Princípio da Convenção de Biodiversidade assinada na ECO-92, negociar o primeiro acordo ambiental da América Latina e do Caribe.

A tentativa de uniformização dos interesses latinos na proteção ambiental poderá impulsionar as ações do gênero na América Central e dos países sulamericanos que, conforme constatados acima, urgentemente necessitam de regulamentação ambiental nas respectivas previsões constitucionais, além de um plano de ação em conjunto visando coibir condutas contra o meio ambiente na região.

Por fim, importante considerar que, acima de tudo, o principal problema enfrentado pela América Latina, tanto os países da América Central como sulamericanos, é a concretização das medidas de proteção ambiental na sociedade no plano físico, seja por ausência de cumprimento da legislação por parte dos Governos Latinos, seja por ausência de recursos ou estruturação do policiamento local, o qual não possuem recursos para o combate ao poluidor ambiental.

Referências

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Estocolmo-Suécia: 1972.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório *Brundtland - our future common*. Noruega: 1987.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 7ª reimpressão. São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2004, p. 09.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário** Acadêmico de Direito. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 286.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

ARGENTINA. Constituição (1994). Constituição da República Argentina.

URUGUAI. Constituição (1967). Constituição da República Oriental do Uruguai.

PARAGUAI. Constituição (1992). Constituição da República do Paraguai.

CHILE. Constituição (1980). Constituição da República do Chile.

BOLÍVIA. Constituição (2008). Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia.

PERU. Constituição (1993). Constituição da República do Peru.

EQUADOR. Constituição (2008). Constituição da República do Equador.

COLÔMBIA. Constituição (1991). Constituição da República da Colômbia.

VENEZUELA. Constituição (1999). Constituição da República Bolivariana da Venezuela.

GUIANA. Constituição (1980). Constituição da República Cooperativa da Guiana.

SURINAME. Constituição (1987). Constituição da República do Suriname.

PANAMÁ. Constituição (1972). Constituição da República do Panamá.

COSTA RICA. Constituição (1949). Constituição da República da Costa Rica.

NICARÁGUA. Constituição (1987). Constituição da República da Nicarágua.

HONDURAS. Constituição (1982). Constituição da República de Honduras.

EL SALVADOR. Constituição (1983). Constituição da República de El Salvador.

GUATEMALA. Constituição (1993). Constituição de Guatemala.

MÉXICO. Constituição (1917). Constituição dos Estados Unidos Mexicanos.

BELIZE. Constituição (1981). Constituição da Belize.

CUBA. Constituição (1992). Constituição da República de Cuba.

HAITI. Constituição (1987). Constituição da República do Haiti.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constituição (2015). Constituição da República Dominicana.

ANTÍGUA E BARBUDA. Constituição (1981). Constituição de Antígua e Barbuda.

BAHAMAS. Constituição (1973). Constituição da Comunidade das Bahamas.

BARBADOS. Constituição (1966). Constituição de Barbados.

GRANADA. Constituição (1973). Constituição de Granada.

JAMAICA. Constituição (1962). Constituição da Jamaica.

SÃO CRISTÓVÃO E NÉVIS. Constituição (1983). Constituição da Federação de São Cristóvão e Névis.

SANTA LÚCIA. Constituição (1979). Constituição de Santa Lúcia.

SÃO VICENTE E GRANADINAS. Constituição (1979). Constituição de São Vicente e Granadinas.

CRISE ECONÔMICA E JURÍDICA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE. UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

João Pedro Leite Barros[1]

Sumário: 1. Crise econômica e jurídica do direito social à saúde; 2. Da prestação de serviços à saúde pelos particulares; 3. Cotejo entre a realidade portuguesa e brasileira. 4. Conclusão

1. Crise econômica e jurídica do direito social à saúde

Ao ritmo em que se deu o efetivo reconhecimento dos direitos sociais na história do Estado, culminando com a consagração do Estado Social, o desequilíbrio orçamentário e o recrudescimento das despesas sociais cresceram na mesma tonicidade, promovendo uma crise sem precedentes[2].

Em uma análise macroscópica feita por Jorge Miranda, referida crise tem esteio na própria crise do Estado social, derivada de causas ideológicas (refluxos das ideias socialistas ou socializantes perante ideias neoliberais); causas financeiras (vultosos custos de serviços mais extensos para populações mais ativas); causas administrativas (elevada burocracia, não raro seguida de corrupção) e, finalmente, de causas comerciais (quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).

Em outro viés, alguns doutrinadores entendem que a crise pode ter origem na discrepância entre a extensa positivação constitucional dos direitos sociais e sua eficácia diminuta. Extrai-se de Lassale[3] que a norma constitucional não deveria prever situações

---

[1] Doutorando em Direito, Especialidade Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público/Brasília. Especialista em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito de Arbitragem pela Universidade de Lisboa. Professor Universitário. Advogado.

[2] Alexy entende que o fato de os direitos fundamentais sociais mínimos repercutirem financeiramente para o Estado não invalida a sua própria proteção. Isso porque, a força do princípio da competência orçamentária estatal é limitada, bem como dos direitos individuais podem ter peso maior que as razões político-financeiras. Para mais, confira: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.201-205; p.512-513.

[3] Confira: LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Traduzido por Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003. p.35. Comunga da mesma ideia Konrad Hesse ao explicar que a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Vide: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. In: Temas

impossíveis de se concretizar, sob pena da Constituição se tornar uma simples folha de papel.

Com efeito, os direitos sociais são diletos e a sua efetivação deve ser propiciada pelo Estado, seja de forma gratuita ou onerosa. Contudo, ao Estado, só lhe é assegurado desempenhar de forma digna tal prestação se preenchidas quatro condições elementares[4]: a) provisões financeiras suficientes, o que incorre em dizer um sistema fiscal eficaz, através inclusive de coação tributária (se necessária); b) despesa pública guiada para o financiamento dos serviços sociais e para investimentos produtivos; c) orçamento público equilibrado, com o fito de assegurar o controle das despesas públicas, evitando consectários na inflação e no lastro da moeda; d) taxa de crescimento do rendimento nacional razoável.

Contudo, a prática é distinta. Não bastasse os parcos recursos financeiros e a multiplicação de despesas sociais, há ainda três importantes limites determinantes da liberdade de conformação do legislador na execução dos direitos sociais, quais sejam: a teoria da reserva do possível, o princípio da observância do núcleo essencial dos direitos sociais e o princípio do não retrocesso social.

A teoria da reserva do possível cinge-se à perspectiva de que a efetivação dos direitos sociais deve ser feita nos moldes da possibilidade econômica do Estado e de seus recursos[5].

Remonta-se ao paradigmático precedente alemão[6] conhecido como *numerus clausus*, de onde emana a noção de reserva do possível e de onde foram extraídos dois aspectos para concretização dos direitos fundamentais sociais: capacidade financeira

Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 123-146.

[4] Vide ensinamentos de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para reabilitação da força normativa da "Constituição social". In: **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.18.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; VITAL, Moreira. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 130; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 448. Paulo Otero pontua sobre a galopante inversão da pirâmide demográfica dos países europeus e ocidentais. Confira OTERO, Paulo. **Instituições políticas e Constitucionais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009. p. 459 e ss. Professor Nabais explica que não há direitos fundamentais gratuitos: todos têm custos financeiros públicos. Vide: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 195 e ss.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 666; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 404. Para mais: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.p. 345 e ss.

para sua efetivação e necessária proporcionalidade jurídico-política da prestação exigida.

Ante a escassez de recursos, José Carlos Vieira de Andrade[7] consigna que os direitos sociais não são suscetíveis somente à reserva do possível, mas também à reserva do necessário, no pressuposto da autonomia pessoal e da responsabilidade individual de cada cidadão para se sustentar.

Dirley Cunha[8] aduz ser necessário ter parcimônia ao utilizar tal instituto germânico, tendo em vista se tratar de contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade brasileira. Obtempera aludido autor que trasladar tal limitação da reserva do possível para o cenário econômico e político do Brasil seria, automaticamente, negar a esperança àquelas pessoas que depositaram expectativas no Estado Social do Bem-Estar.

Neste mesmo compasso, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a impossibilidade de ser aventada a tese da reserva do possível com relação ao mínimo existencial. Em julgamento memorável[9], o ministro Carlos Britto expôs da seguinte forma: aquilo que é básico vital é o mínimo existencial, que se contrapõe para suplantar a cláusula financeira da reserva do possível, ou seja, a cláusula financeira da reserva do possível cede diante do mínimo existencial.

No segundo ponto, relativamente aos direitos, garantias e liberdades, as Constituições portuguesa e brasileira conferem proteção de um núcleo essencial desses direitos contra possíveis leis restritivas[10]. Ao tratar sobre a prestação à saúde, o doutrinador incluiu o *minimum core of economic and social rights*, núcleo intangível do Estado o qual deverá observar sempre o *standart* mínimo indispensável à fruição desse direito.

Aliás, colhe-se das lições de Gilmar Mendes[11] que algumas normas

---

[7] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 184.

[8] CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podvim, 2008. p. 712.

[9] Confira: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral por Questão de Ordem em Recurso Extraordinário n. 572.921-4**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento de 30/05/2016. Conclui, finalmente, que "a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

[10] Confira: CANOTILHO, 2002, p. 511. No Brasil, o mínimo existencial é verbalizado pela jurisprudência brasileira como as necessidades vitais básicas (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social), previstas no art. 7º, IV, da Constituição de 1988.

[11] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito**

constitucionais as quais transmitem direitos a prestação material possuem elevada densidade normativa, de modo que, quando enunciadas, tem no seu conteúdo nitidez necessária para que produzam os seus principais efeitos. Ditas normas permitem imediata exigência pelo indivíduo da satisfação dos que comandam e veiculam os chamados direitos originários a prestação[12].

Por último, o terceiro tema atina-se ao princípio do não retrocesso social[13]. Tal preceito tem expressão na proibição de que, uma vez alcançados ou conquistados os direitos sociais e econômicos, estes passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo do cidadão. Ou seja, mesmo que surjam mudanças fáticas na conjuntura do Estado[14], a irreversibilidade das conquistas seria, no mínimo, a regra a ser adotada.

Além do mais, afirma Canotilho[15] que uma vez concretizado um direito social, esse se transforma em direito negativo, ou seja, qualquer tipo de restrição ao seu grau de satisfação deve insculpir-se aos limites do artigo 18, nºs 2 e 3.

Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 662 e ss.

[12] SARLET, 2012, p. 198 e ss. O fenômeno não é estranho no direito comparado. CANOTILHO; VITAL, 1991, p. 113. Sobre a existência de um núcleo mínimo de prestações fáticas que devem ser priorizadas pelo Poder Público, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU) pontua o dever de observar o conteúdo ou núcleo essencial dos direitos (minimum core obligation).Confira Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do seu art. 2º, parágrafo 1º, verbis: "Art. 2º 1º Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas". Pode-se sustentar que a obrigação de observar o minimum core obligation decorre também do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) e do art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (OEA), haja vista a similitude da sua redação com o art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU).

[13] Confira: OTERO, Paulo. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: **Tribunal Constitucional**: 35º aniversário da Constituição de 1976. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.52 e ss. Canotilho acrescenta que a proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. Confira: CANOTILHO, 2002, p. 336-337.

[14] Por outro lado, Alexy chama a atenção dos custos financeiros associados à sua implementação. Ademais, o autor propõe o peculiar modelo do sopesamento, através da teoria dos princípios. Para melhor desenvolvimento: ALEXY, 2008, p. 503-511.

[15] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. VITAL, Moreira. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.p. 131

A regressão na proteção dos direitos sociais incorreria no instituto de abuso do direito, na espécie de *venire contra factum proprium*[16]. Assim, evidenciada a vinculação do Poder Público ao direito social, se questionaria se uma vez possível certo grau de normatividade a direito fundamental pela legislação infraconstitucional, caberia ao Estado revogar tal diploma.

Para Paulo Gustavo Gonet[17], quem admite tal vedação sustenta que a realização de direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida viesse a ser desfeita sem compensações.

Sobre a proibição relativa do retrocesso de Jorge Miranda[18], afirma que o legislador não tem plena autonomia para revogar normas infraconstitucionais que concretizaram direitos sociais prestacionais, pois, se assim o fizesse, estaria, de fato, subtraindo a eficácia de preceitos constitucionais. Acrescenta Cristina Queiroz[19] que o legislador não pode retirar um direito social materializado, sem que ao menos estabeleça uma medida compensatória.

De outra monta, José Carlos de Andrade[20] aponta que não existe um princípio geral de vedação ao retrocesso, sob pena de destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a à mera função executiva da Constituição. Entende também que não há de se concordar com a ideia de bloco dirigente em que os preceitos relativos aos direitos sociais funcionariam como paradigma de evolução social. Essa percepção é seguida pela

---

[16] ROQUE, Miguel Prata. Juízos precários de constitucionalidade: O tribunal constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. v. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p.881

[17] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2002. p. 127.

[18] Professor Jorge Miranda complementa da seguinte forma: quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar, bem como o operador do direito fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão. Contudo, vale salientar que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível. Vide: MIRANDA, 2014, p. 485-496.

[19] QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 117 e ss.

[20] ANDRADE, 2012, p. 363 e ss. Sobre a impossibilidade de retirar dos direitos sociais qualquer imposição juridicamente vinculante de proibição do retrocesso, confira: NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294 e ss. Por sua vez, Miguel Roque compreende a vigência relativa do princípio do não retrocesso em função de critérios financeiros, cabendo ao Tribunal Constitucional verificar o preenchimento do fundamento determinante do retrocesso. Confira: ROQUE, 2012, p. 882-883. Sobre a inexistência de concepção absoluta desse princípio, confira: SAMPAIO, 2014, p. 266 e ss.

jurisprudência portuguesa[21].

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal[22] brasileiro, em acórdão paradigmático relatado pelo ministro Celso de Mello, entendeu por bem que o princípio da proibição do retrocesso impede, em sede de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão. Consignou ainda que em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas também se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

A doutrina brasileira, reverberada pelas lições do ministro Luís Roberto Barroso[23], aponta no sentido de que uma lei, quando regulamenta um mandamento constitucional e institui determinado direito, esse último se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.

Em adendo, Ingo Sarlet tem uma posição peculiar, ao indicar que a proibição do retrocesso não deve ser compreendida como direito absoluto. Entende o autor[24] que

---

[21] Confira acórdão 3/2010 emanado do Tribunal Constitucional de Portugal, Relator Conselheiro João Cura Mariano, data de julgamento 06/01/2010, especialmente no ponto 3, ao adotar a leitura restritiva do princípio, valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais. Confira também acórdão 188/2009, Relator Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, data de julgamento: 22/04/2009. Vale apreciar os comentários da professora Cristina Queiroz sobre o acórdão 39/84 acerca do Serviço Nacional de Saúde, em que o Tribunal Constitucional já prenunciava uma posição moderada sobre o princípio do retrocesso, fazendo a relação entre os direitos adquiridos e o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultura. Confira: QUEIROZ, 2006, p. 106 e 107. Confira acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional de Portugal, contextualizado no que a doutrina chamou de jurisprudência da crise. Sobre o tema, confira: MORAIS, 2014, p.711 e ss.

[22] Ao julgar o caso em que os pais de uma criança buscaram o Poder Público para impor ao estado de São Paulo que efetivasse a matricula de seu filho em alguma unidade de ensino infantil próxima à sua residência ou endereço de trabalho. No caso, o ministro Celso de Melo reiterou a aplicabilidade do não retrocesso. Confira ARE 639337, AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011). Confira julgados precursores sobre o tema: ADI nº 2.065-DF, de relatoria, do Ministro Sepúlveda Pertence, data de julgamento: 17/02/2000.

[23] Confira: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152 e ss.; STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31; MENDES; BRANCO, 2016, p. 670-671.

[24] Sobre o tema, vale transcrever excerto doutrinário do professor Ingo Sarlet: "[...] Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial

poderia existir uma medida de caráter retrocessivo, desde que salvaguardasse o núcleo essencial do direito social prestacional, possibilitando ao indivíduo a continuidade de existência digna.

Malgrado a existência de tais princípios, em especial o princípio da vedação ao retrocesso, na prática, verifica-se a ineficácia estatal em atender a um serviço universal de saúde, pelos motivos acima expostos, o que gera uma procura maior pelo serviço particular de prestação à saúde, especialmente no Brasil. Sobre esse tema, passe-se a análise.

2. Da prestação de serviços à saúde pelos particulares

Tanto na Constituição brasileira, quanto na doutrina portuguesa[25], não há monopólio público na área da saúde, permitindo que os particulares que exerçam essa atividade empresarial o façam sob os preceitos da Carta Magna, sem eximir o Estado de fiscalizar e ser responsável pelo serviço ali prestado.

De forma indireta, um dos fatores que alavancaram a procura pelas seguradoras particulares de saúde foi a não elaboração, por parte da Administração, de regulamentos necessários à execução das leis existentes sobre saúde ou, tendo elaborado parcialmente, não ter disponibilizado a verba necessária para construção de hospitais, nem tampouco aberto concurso para munir os estabelecimentos de profissionais da área[26].

Ademais, a prestação do serviço de saúde pelos particulares é sintomaticamente analisada por duas óticas. Uns entendem ser fator de desigualdade social, uma vez que somente parcela da população (aqueles que possuem uma renda razoável) conseguem obter o serviço. Outros entendem que a prestação de serviço por particulares favorece o princípio da isonomia, uma vez que aqueles que não têm condições de pagar um serviço privado irá usufruir melhor o serviço público, já que parte da população deixará de utilizá-lo.

---

mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer, em princípio, até mesmo a objeção da reserva do possível e a correlata alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.". Vide: SARLET, 2012, p. 286 e ss. Confira também SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, 2007.

[25] Note que não existe a proibição da medicina privada. Confira: CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 828.

[26] Paulo Otero vai além: entende que se a Constituição estabelece um modelo de bem-estar e impõe como programa de ação o Estado na efetivação dos direitos sociais, confere à própria Administração um protagonismo político peculiar. Compele-se, portanto, que a Administração obtenha um resultado eficiente na satisfação das necessidades sociais. OTERO, 2009, p. 345 e ss.; OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 30.

Entendimentos diversos à parte, aprofunda-se a seguir a realidade brasileira e portuguesa, os aspectos harmônicos e díspares dos dois sistemas.

3. Cotejo entre a realidade portuguesa e brasileira

A Constituição portuguesa[27] permitiu expressamente as formas empresariais e privadas do serviço à saúde, sem avocar para si o monopólio. Mais do que isto: a relação[28] posta entre o setor empresarial da área da saúde não se restringe a complementaridade do serviço público, pelo contrário, é ampla e faz jus até de concorrência[29] com o setor público.

Aliás, a relação jurídica entre segurador[30] e o contratante é também derivada da

[27] Confira artigo 64, n.3. Na legislação infra, confira lei de bases da saúde- lei nº 48/90.

[28] Para mais, confira: Miranda, Jorge. MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed. tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.2010, p. 1318 e ss.

[29] Espectro do direito à concorrência disposto no artigo 18, nº 2, combinado com artigo 81, alínea f, ambos da Constituição da República Portuguesa. Por outro lado, Jorge Barcelar Gouveia entende que a proteção da saúde pública possibilita inúmeras restrições ao direito de iniciativa econômica, através de estabelecimentos de constrições nessas atividades que se traduzam em atos de consumo. Confira: GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e limites dos direitos fundamentais. In: **II Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 462.

[30] Existe uma diferença na definição entre seguradoras especializada em saúde, operadora de planos de saúde e administradoras de planos de saúde. A primeira, é definida como empresa constituída em sociedade seguradora com fins lucrativos que comercializa seguros de saúde e oferece, obrigatoriamente, reembolso das despesas médico-hospitalares ou odontológicas, ou que comercializa ou opera seguro que preveja a garantia de assistência à saúde, estando sujeita ao disposto na Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, sendo vedada a operação em outros ramos de seguro. Já a operadora, é toda pessoa jurídica constituída sob a modalidade empresarial, associação, fundação, cooperativa, ou entidade de autogestão, obrigatoriamente registrada na ANS, que opera ou comercializa planos privados de assistência à saúde. Por última, a administradora comercializa os planos de saúde, sem ter relação direta com o beneficiário. Contudo, por serem muito próximas, será utilizada a expressão seguradora em todos os casos. Na prática, caso cometam infração, todas são responsabilizadas ante ao caráter solidário da responsabilidade civil aplicada ao caso. Confira em: < http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/caderno_JUNHO_2016_total.pdf > acesso em 20 de agosto de 2016. Confira: PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima et al. (Coord.). **Saúde e Responsabilidade**: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p.44-45; SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51 e ss; vide jurisprudência: Agravo Regimental em Recurso especial nº 1.319.848-RJ, relator: Ministro Luís Felipe Salomão, data de julgamento: 03 de junho de 2014; confira também a ementa do acórdão n.795675, Relator: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Data de Julgamento: 04/06/2014, Publicado no DJE: 10/06/2014, *verbis*: Plano de saúde. Responsabilidade solidária da empresa administradora. Cobertura. Portador de obesidade mórbida.

Constituição portuguesa, especificamente na dicção do artigo 61 – inerente à liberdade de iniciativa privada – e concretizada nos termos do artigo 405 do Código Civil, possibilitando às partes pactuarem contrato de seguro-saúde como assim entenderem.

Nesse contexto[31], a permissão de explorar o setor privado é capitaneada pelo próprio Estado, sendo-lhe atribuído pela Constituição o poder de disciplinar e fiscalizar o exercício empresarial de saúde, visando resguardar os direitos dos utentes a terem um serviço de qualidade e eficiente, outrora preconizados pela União Europeia[32].

Antes da criação de organismo regulador o que se observava era o descumprimento generalizado do sistema, seja através de práticas abusivas ou até mesmo condutas ambíguas pelo fornecedor[33]. Não bastasse isso, foi fator crucial para regulamentar o setor o fato das despesas com a saúde terem aumentado significativamente nos últimos anos[34], especialmente no tocante à contratação de seguro-saúde privado.

Assim, foi através da Entidade Reguladora de Saúde[35] que as seguradoras de saúde foram instadas a se alinharem às diretivas ali expostas, respeitando o cumprimento de suas obrigações legais e contratuais relativas ao acesso dos utentes aos cuidados de saúde, e permitindo, somente assim, que as expectativas dos cidadãos fossem alcançadas[36].

Necessidade de intervenção cirúrgica. Gastroplastia. Recusa. Carência. Danos morais. Apelação sem ratificação após julgamento dos embargos de declaração. (...). 2 - As empresas que atuam conjuntamente na administração e execução do contrato de plano de saúde respondem solidariamente com a operadora do plano pelos prejuízos causados ao consumidor (arts. 7º, § único, e 34, CDC).

[31] Confira: ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da Saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 32; LOUREIRO, João Carlos. Direito à (protecção da) saúde. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 681 e ss. Confira acórdão AcTc nº 731/95.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 830.

[33] Sobre práticas desleais, confira: CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 88 e ss.

[34] Vide SIMÕES, Jorge; CARNEIRO, César. A crise e a saúde em Portugal. In: FERREIRA, Eduardo Paz (Coord.). **A austeridade cura?** Lisboa: AAFDL, 2013. p. 676.

[35] Para mais, confira: <https://www.ers.pt/>. Vide também decreto-lei 72/2008, que aprovou o regime jurídico do contrato de seguro e objetivava consolidar, em único diploma, as leis esparsas e variadas sobre o tema.

[36] Confira: ERS, Textos de Regulação da Saúde, Lisboa: ERS, 2014, Prefácio de Jorge Simões, Álvaro Moreira da Silva e Nuno Castro Marques, p.6. Confira também: NUNES, Rui. A Regulação Independente na Saúde. In: AMARAL, Diogo Freitas do et al. (Coord.). **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008. p. 645.

Apesar do salto qualitativo na qualidade prestacional do serviço à saúde inserido na tendência de consolidação dos seguros privados[37], hoje ainda se vê problemas variados[38], especialmente no que concerne ao excesso de informação[39] por parte do segurador. Regra geral, tais contratos são de adesão[40], vez que tem elaboração prévia e unilateral por parte do fornecedor e a impossibilidade de influência da contraparte. Aliás, é o meio escolhido que o fornecedor tem para impelir a contratação de seu modo, flagrante exercício desarrazoado de sua posição jurídica[41].

À semelhança de Portugal, a Carta Magna brasileira permitiu a prestação dos serviços de saúde pelos particulares, pelos princípios da livre iniciativa[42] e concorrência, sendo incumbência do Poder Público sua regulamentação, controle e fiscalização.

Entretanto, a inércia legislativa foi tão demasiada que somente dez anos após a disposição constitucional é que foi criada a lei 9.656/98 que regulamentou os planos de saúde visando findar de vez a relação desequilibrada entre usuário e operadoras de planos de saúde.

Ante a dificuldade histórica do Estado brasileiro de propiciar uma adequada prestação de serviço à saúde dos cidadãos, seja pela ausência de recursos ou pela própria

---

[37] A professora Sofia Silva entende que "à medida que o SNS for recuando (mesmo não sendo posto em causa o seu carácter universal), pela incapacidade de dar resposta a crescentes necessidades e expectativas, o sector privado e os seguros de saúde vão ganhar um peso que hoje não têm". Confira SILVA, Sofia. **Os seguros de saúde privados no contexto do sistema de saúde português**. 2009. Disponível em: < http://pns.dgs.pt/files/2010/08/aps1-ss.pdf >. Acesso em: 11 ago. 2016.

[38] Confira acórdão emanado do Tribunal da Relação de Lisboa, 1165/07.6YXLSB.L1-7, relatora Ana Resende, data de julgamento- 24/11/2009; acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal nº 294/2002.E1.S, relatora Maria Clara Sottomayor, data: 14/04/2015.

[39] O professor Menezes Cordeiro entende ser crucial que o fornecedor descreva substancialmente toda a realidade relevante ao consumidor, procurando os termos mais adequados para o fazer com fidelidade. Confira: CORDEIRO, António Menezes. **Direito bancário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 396-400; CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 610-612.

[40] Nos contratos de adesão, não são permitidas discussões prévias e a manifestação de vontade da parte hipossuficiente, a qual é prejudicada; ou seja, a vontade restringe a tão somente a aquiescer a condição imposta do fornecedor. Para mais, confira em ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 317 e 318.

[41] Em última análise, há de convir que a imposição do dever de informação tende a interferir no equilíbrio contratual, em especial se a parte é forçada a partilhar informação que lhe seja potencialmente desfavorável. Para mais, vide ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 553-562.

[42] Sobre a harmonização do princípio da livre concorrência com os preceitos constitucionais, confira: PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao direito civil constitucional. traduzido por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 279 e ss.

ideia de gratuidade, os planos de saúde privados tornaram um mecanismo hábil para suprir a ineficiência estatal. Somam-se a esses fatores a elevada qualidade de serviços dos hospitais particulares, o investimento tecnológico e científico ali desenvolvido, tratamentos modernos de determinadas doenças, dentre outros.

Em síntese, os planos de saúde privados estão atualmente sob a tutela da Agência Nacional de Saúde[43], cabendo-lhe fiscalizar a qualidade dos serviços prestados pelos particulares, bem como pela amplitude de cada tipo de plano. Outrossim, a Agência Nacional de Saúde foi criada com os seguintes objetivos, dentre outros: padronizar os serviços ofertados ao consumidor; elaborar marco regulatório eficaz, fiscalizar os valores cobrados pela iniciativa privada, cotejando-o com a margem estabelecida pela Agência.

Apesar de serem inoperantes[44], são vários os instrumentos recorridos pela ANS, como a edição de resoluções normativas, estipulando multa, suspensão e até mesmo a extinção de comercialização de determinado plano.

Contudo, ao tempo em que permitiu que quase 25% dos cidadãos brasileiros tivessem acesso às condições dignas de saúde, através da esfera privada, as demandas judiciais se tornaram mais presentes.

Por derradeiro, o sistema brasileiro de prestação do serviço de saúde por particulares – conduzido para ser solução dos problemas nessa área, aliviando o Estado Social com os custos excessivos à saúde na prática – tomou rumos distintos, com a progressiva judicialização do direito à saúde.

4. Conclusão

O modelo paradigmático de Estado Social expresso nas Constituições portuguesa e brasileira alberga explicitamente um amplo rol de direitos fundamentais sociais, o qual consubstancia prestações fáticas em maior ou menor intensidade, seja pela ausência de condições econômicas e sociais do país seja em virtude do momento histórico e político.

Assim é o direito social à saúde. Com a estrutura estatal inócua, a busca desenfreada pela prestação do serviço de saúde por particulares é realidade para aproximadamente 25% da população brasileira. Contudo, tal serviço prestado pelas entidades privadas desencadeou, em igual proporção, na inarredável procura pelo Poder

[43] Os marcos legais são: lei 9.656/98, a Medida Provisória 2.092 e a lei 9.961/00. Essa última criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) atrelada ao órgão do Ministério da Saúde responsável pela sua regulação.

[44] Sobre os mecanismos administrativos da ANS, confira os mecanismos administrativos disponibilizados pela ANS. Disponível em < http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor> acesso em 23 de agosto de 2015.

Judiciário, ante a postura recalcitrante e relapsa das seguradoras em incumprir os contratos.

Com efeito, a reinvenção[45] do Estado Social, no contexto em que os direitos sociais estão em voga, passa necessariamente pela legitimação de medidas públicas necessárias para garantir a inclusão do indivíduo pela prestação do direito à saúde de forma exemplar.

Finalmente, enquanto essa constatação fica só na teoria, a gradativa utilização dos serviços privados de planos de saúde tem dominado a pauta judiciária, uma vez que as multas administrativas impostas pela Agência Nacional de Saúde são insuficientes[46]. A intervenção judicial não raras vezes é justificada[47] pelas reiteradas condutas esdrúxulas perpetradas pelos planos de saúde, sobrelevo pelo não atendimento das cláusulas dispostas na cobertura dos planos de saúde.

Caberá aos Tribunais, portanto, assumir, por meio da interpretação normativa constitucional, uma postura intervencionista e proativa voltada à observação dos direitos sociais e, por conseguinte, aos fundamentos do Estado Social de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.201-205; p.512-513.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 184.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p.

[45] Vide ensinamentos de CANOTILHO, 2015, p. 20.

[46] Na prática, grande parte das seguradoras judicializam a multa administrativa imposta pela ANS, perdendo a eficácia e permitindo que as empresas continuem abusando. Confira acórdãos: STJ - REsp: 1521811 CE 2015/0063026-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 22/04/2015; STJ - REsp: 1383626 SC 2013/0131574-2, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 07/05/2015; STJ - AREsp: 577138 CE 2014/0228643-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 29/10/2014; TRF4, AC 5022820-33.2011.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 10/02/2012; TRF4, AC 2006.71.00.017397-1, Terceira Turma, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 28/06/2011.

[47] Sobre o processo de judicialização da saúde, a professora Angélica Carlini critica veementemente o sistema atual brasileiro de saúde, indicando que os casos de acesso à saúde pública não deveriam chegar ao Judiciário, ou chegar em situações restritas para as quais o mecanismo de Estado se mostrasse impotente. Confira: CARLINI, Angélica Lucia. **Judicialização da saúde pública no Brasil**: Causas e Possibilidades de Solução. São Paulo, 2011.Tese apresentada à Universidade Mackenzie, como requisito para obtenção do título de doutora em direito político e econômico. Disponível em: < http://www6.ensp.fiocruz.br/visa/files/Angelica_Lucia_Carlini.pdf >. Acesso em 05 set. 2015.

553-562.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 152 e ss.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Martires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília jurídica, 2002. p. 127.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para reabilitação da força normativa da "Constituição social". In: **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.18.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital Martins. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 830.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 448.

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

CARLINI, Angélica Lucia. **Judicialização da saúde pública no Brasil**: Causas e Possibilidades de Solução. São Paulo, 2011.Tese apresentada à Universidade Mackenzie, como requisito para obtenção do título de doutora em direito político e econômico. Disponível em: < http://www6.ensp.fiocruz.br/visa/files/Angelica_Lucia_Carlini.pdf >. Acesso em 05 set. 2015.

CARVALHO, Jorge Morais. **Manual de Direito do Consumo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 88 e ss.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito bancário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 396-400.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 610-612.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podvim, 2008. p. 712.

ERS, Textos de Regulação da Saúde, Lisboa: ERS, 2014, Prefácio de Jorge Simões, Álvaro Moreira da Silva e Nuno Castro Marques, p.6.

ESTORNINHO, Maria João e MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da Saúde**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 32.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. Regulação e limites dos direitos fundamentais. In: **II Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública**.

Coimbra: Almedina, 2001. p. 462.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Traduzido por Carlos dos Santos Almeida. In: Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 123-146.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Traduzido por Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003. p.35.

LOUREIRO, João Carlos. Direito à (protecção da) saúde. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 681 e ss.

MIRANDA, Jorge. MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. 2. ed. tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1318 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 666.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**. v. 2. tomo 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 195 e ss.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.p. 345 e ss.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294 e ss.

NUNES, Rui. A Regulação Independente na Saúde. In: AMARAL, Diogo Freitas do et al. (Coord.). **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2008. p. 645.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e Constitucionais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009. p. 459 e ss.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 30.

OTERO, Paulo. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In: **Tribunal Constitucional**: 35º aniversário da Constituição de 1976. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p.52 e ss.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima et al. (Coord.). **Saúde e Responsabilidade**: Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p.44-45;

PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao direito civil

constitucional. traduzido por Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 279 e ss.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 117 e ss.

ROQUE, Miguel Prata. Juízos precários de constitucionalidade: O tribunal constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. v. 2. Lisboa: Coimbra Editora, 2012. p.881

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 317 e 318.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 404.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, 2007.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado**: Contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51 e ss.

SILVA, Sofia. **Os seguros de saúde privados no contexto do sistema de saúde português**. 2009. Disponível em: < http://pns.dgs.pt/files/2010/08/aps1-ss.pdf >. Acesso em: 11 ago. 2016.

SIMÕES, Jorge; CARNEIRO, César. A crise e a saúde em Portugal. In: FERREIRA, Eduardo Paz (Coord.). **A austeridade cura?** Lisboa: AAFDL, 2013. p. 676.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31.

CONTROVERSIAS SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA* COMO FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL

Dennis José Almanza Torres[1]

Sumario**:** 1. Introducción; 2. Los usos y costumbres de los comerciantes durante la edad media.; a) El papel de las corporaciones en el surgimiento y la consolidación del *ius mercatorium*; 3. Berthold Goldman y la nueva *lex mercatoria*; a) El papel de la sociedad civil en el comercio contemporáneo; 4. Cuestionamientos a la nueva *lex mercatoria* como conjunto de reglas que regulan la actividad comercial; 5. Apuntes finales

1. Introducción.

Si bien el derecho comercial es una subdivisión del derecho privado, esta rama no está compuesta exclusivamente por normas de esta especie,[2] en esta materia, "el monopolio del Estado en la elaboración del derecho ha cedido lugar a un sistema distinto que admite, más allá de la ley, otras fuentes no estatales de derecho".[3] En consecuencia, el derecho comercial actual no comprende solamente el derecho legislado (código civil y leyes especiales), una de sus principales fuentes son los usos y las costumbres comerciales.[4]

Los usos comerciales surgen espontáneamente cuando el hábito de un comerciante es transferido a otros, quienes lo adoptan convirtiéndolo en regla para ese

---

[1] Maestro y Doctor en Derecho por la *Universidade Federal do Paraná* (Brasil). Profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad La Salle de Arequipa (Perú). Pos-doctorando en Derecho por la Universidade Federal do Paraná (Brasil). *Visiting Researcher* en la Universidad de Zaragoza - España (2014). Abogado. Email: almanzadennis@gmail.com.

[2] ASCARELLI, Tullio, *Panorama do Direito Comercial*, p. 4.

[3] GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46. Ver también: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186.

[4] SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*, p. 18,19. En el mismo sentido ver: FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais,* p. 114. GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general,* p. 48. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial,* p. 62. Al respecto Heinsheimer afirma: "Así aparece el Derecho de los comerciantes, sobre todo en su fase originaria, como fundamentalmente consuetudinario, incluso en aquellos países en que el Derecho civil ha sido ya objeto de codificación, cual sucede en todos los que se inspiraron en el Derecho romano" (HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil,* p. 03).

grupo, estos, en un inicio son locales, luego regionales y finalmente usos internacionales.[5]

Garo define a los usos como "la repetición constante, consciente y continuada de actos voluntarios, ya sea por parte de los individuos – individuales –, ya por una colectividad – generales o costumbres jurídicas –."[6]

Al nacer espontáneamente de la praxis comercial, los usos y costumbres pasan por una "selección natural", de tal forma que se imponen y prevalecen aquellas que tienden a resolver con mayor eficiencia los problemas adaptándose al funcionamiento del mercado. En razón a ello se configura un repertorio de experiencias bien sucedidas que permiten una mayor previsibilidad en el comportamiento de los participantes de la relación comercial, transformando el mercado en un repositorio de "memorias de jugadas".[7]

Las reglas nacidas de la práctica comercial fueron denominadas *Lex Mercatoria o ius mercatorium*, un derecho de los comerciantes o de profesionales desvinculados de las normas legales del Estado.[8]

En el presente trabajo se pretende traer a debate controversias que cierta doctrina emite, cuestionando la legitimidad de los usos y costumbres como conjunto de reglas fundamentales que regulan la actividad comercial.

2. Los usos y costumbres de los comerciantes durante la Edad Media.

Durante la Edad Media los usos y prácticas conformaron un verdadero derecho "paraestatal" que hacía parte de la pluralidad de fuentes que caracterizaba al derecho medieval. Fue en este periodo cuando el Derecho comercial adquirió su configuración como ente jurídico autónomo[9] "diferenciado de la ley civil tanto en lo que respecta a los términos de las relaciones jurídicas que disciplina, como a la fisonomía de su

[5] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial,* p. 53.

[6] GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 48.

[7] FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 116.

[8] MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 58, ver también: GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Economico e Financeiro,* nº 129, p. 224. MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*, p. 37.

[9] MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8. En el mismo sentido ver: DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado,* p. 18. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial,* p. 65.

estructuración total, su metodología, etc.".[10]

La separación entre el Derecho civil y el comercial, se dio por el surgimiento y consolidación de las prácticas comerciales a partir de la construcción de institutos nacidos de la insuficiencia del derecho común y del rechazo de los comerciantes a las normas del Derecho Canónico que inviabilizaban el ejercicio del comercio; como este se basaba en fundamentos del cristianismo originados en su mayoría en el Antiguo Testamento hebraico, contenía diversas prohibiciones, entre ellas vetaba el cobro de intereses y las ganancias derivadas del intercambio.[11]

Asimismo, otro obstáculo que frenaba el desarrollo del comercio fue la preeminencia del feudo agrario. Como la vida económica medieval giraba en torno a la tierra, el cultivo de la tierra para el campesino consagraba una especie de servidumbre hacia el terreno donde trabajaba, "era servo da gleba"; por su parte el *status* del señor feudal estaba sentado en el feudo agrario. En ese contexto, el surgimiento de la clase burguesa, urbana, libre de vínculos de vasallaje y clientela, exigía la construcción de un nuevo derecho que regule tanto las actividades personales y familiares cuanto sus actividades económicas. [12]

En líneas generales, el periodo medieval presentaba características contrarias al crecimiento del comercio,[13] predominaba la inseguridad jurídica y social. El Estado Medieval - cuya concepción era diferente a la del Estado Moderno - era débil, tanto por la pluralidad de fuentes del derecho, por la influencia de la iglesia en todos los sectores de la sociedad y por la carencia de producción normativa por parte del Estado.

El insuficiente poder coercitivo del Estado, agregado a la carencia de estructura y la falta de estímulo para el desarrollo de actividades económicas comprometían el desarrollo del comercio, llegando incluso a prever la extinción de la clase mercantil en este periodo, pues no existían las condiciones mínimas para el desarrollo de sus actividades.[14]

---

[10] GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14.

[11] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 153/154, p. 17,18.

[12] COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 76,77.

[13] Justamente la *lex mercatoria* surgió como respuesta a los derechos feudales, que con sus innumerables privilegios entrababan las relaciones comerciales de la época. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187).

[14] ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 51,52.

Este escenario desfavorable para la actividad mercantil, hizo necesaria la actuación urgente de los hombres de negocios, quienes empezaron a reunirse en las corporaciones de oficio, donde compartían sus experiencias, métodos y sus costumbres.[15] En las ciudades los comerciantes se organizaron con fines netamente mercantiles, con ello "rindieron un inmenso servicio a la ciencia del derecho comercial, pues perfeccionaron e inventaron instituciones que subsisten aún en nuestros tiempos".[16]

a) El papel de las corporaciones en el surgimiento y la consolidación del *ius mercatorium*.

Las corporaciones conocidas como *guildas*,[17] tenían entre sus objetivos, auxiliar a sus miembros, en principio ordenándolos en grupos (herreros, sastres, boticarios, comerciantes, etc.); para luego, elaborar y aplicar reglas deontológicas (leyes y estatutos) y sus respectivas sanciones. Las *guildas* imponían penas pecuniarias, e incluso, por la gravedad de la conducta de sus miembros, estos eran expulsados de la localidad, lo que representaba la imposibilidad de ejercer el oficio en esa plaza.[18]

Las corporaciones eran dirigidas por miembros elegidos dentro del grupo, obedecían una *carta de derechos* emitida por el soberano, así como normas y estatutos propios; tenían patrimonio propio constituido por las contribuciones de los asociados, impuestos y multas, además de las contribuciones de miembros de otros lugares que venían a realizar sus actividades a una determinada plaza.[19]

Las corporaciones de los comerciantes, gobernadas por los cónsules,[20] tenían

[15] GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 7.

[16] DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13

[17] Las denominaciones de estas agrupaciones, variaban conforme el país donde estaban localizadas; en Italia tenían nombres diversos, en Francia eran llamadas *corps de métier*, con *jurandes* y *maîtrises*; en Alemania e Inglaterra *Ghildes*.

[18] MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho comercial. Parte general,* p. 9. Ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Dentro de sus diversas funciones, las siguientes eran las más destacadas: designaban los oficiales que las representarían en las ferias y mercados; establecían sus propios ordenamientos; bregaban por la seguridad de las vías de comunicación y proveían a su mejoramiento; mandaban cónsules al exterior para proteger a sus asociados; cumplían oficios de piedad religiosa y civil; socorrían a los pobres, enfermos y miembros despojados o arruinados; tenían un patrimonio inmobiliario y un depósito para la custodia de las mercaderías; cubrían los gastos con las contribuciones de sus componentes, con donaciones y peajes, los réditos del pesaje público, multas, etc. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general,* p. 7)

[19] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62.

[20] DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado,* p. 13. Los cónsules, al tomar posesión de su cargo, leían una declaración de propósitos donde se detallaba la labor que realizarían, así como las reglas y los principios que se proponían poner en práctica. Estos documentos eran

como objetivo restablecer las condiciones para que el comercio vuelva a desarrollarse; esto lo conseguirían retomando su poderío, defendiendo sus intereses y dignidad, y manteniendo el orden y la paz entre sus miembros.[21]

También se buscaba la unificación de las prácticas de los mercaderes, de tal forma que reglas que eran válidas en determinada región, sean válidas también en otros territorios. Fue así como surgió el derecho de los comerciantes o *ius mercatorum*.[22] La unificación de estas reglas pretendía dotar de un tratamiento jurídico claro y uniforme para que la clase de los comerciantes tenga la seguridad de que las actividades económicas que se realicen, serán válidas y eficaces en otros ámbitos.

La diferencia entre las reglas que conformaban el *ius mercatorum* y aquellas reglas locales, feudales, reales o eclesiásticas, giraban en torno a cinco aspectos fundamentales; las reglas que conformaban el *ius mercatorium*: (i) Tenían como característica la transnacionalidad, (ii) tenían un origen común basado en la fidelidad a las costumbres mercantiles, (iii) los encargados de su aplicación no eran los jueces comunes, sino los comerciantes por medio de sus corporaciones o de las cortes que se establecían en las grandes ferias, (iv) el proceso era rápido e informal, (v) se enfatizaba la libertad contractual y la decisión de los actos *ex aequo et bono*. [23]

De la misma forma, una de las principales innovaciones en los negocios mercantiles, guardó relación con la nueva formalidad de los contratos, pues estos ya no estaban más revestidos de solemnidades rígidamente formales (celebrados ante el notario o autoridad eclesiástica), sino, tenía preeminencia el consenso, la palabra de los contratantes. En base a ello surgieron nuevas modalidades contractuales como el contrato de seguros, el contrato de cambio, los contratos de crédito, etc.

Estas nuevas modalidades necesitaban una regulación ágil y adaptable a las nuevas circunstancias. Es por ello que las prácticas y usos del comercio nacidas casi todas de su aplicación y uso reiterado entre la sociedad internacional de los comerciantes,

---

archivados en la sede de la corporación, cuando eran numerosos, se les compilaba sistemática y cronológicamente evitando contradicciones. Las compilaciones fueron llamados *Estatutos*. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general,* p. 13)

[21] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Los Cónsules "se encargaban de proteger a los asociados, organizaban y supervigilaban los mercados y las ferias. Además administraban justicia, decidiendo las contiendas que surgían entre los asociados basándose en la equidad solamente". (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial,* p. 66).

[22] ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 53,54.

[23] MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 59,60

adquirieron gran relevancia como reglas que disciplinan el derecho comercial.[24] Estos usos y prácticas mercantiles tradicionales estaban plasmados en los estatutos escritos propios.

Los estatutos, las normas y los usos que se creaban y consolidaban en las ferias que se desarrollaron a partir del siglo XII con la reapertura del comercio mediterráneo,[25] formaron un cuerpo doctrinario y jurisprudencial que con el transcurrir del tiempo adquirieron la fuerza de *verdaderas leyes* destinadas a regular las relaciones entre comerciantes.[26] Estas normas fueron fundamentales para el crecimiento del comercio; así, como señala North: "El crecimiento de formas de intercambio más complejas a fines de la Edad Media e inicios de la Europa moderna fue posible debido a una diversidad de instituciones informales tales como los primeros códigos de conducta mercantil".[27]

En las ferias, donde los litigios entre comerciantes eran frecuentes, estos eran resueltos por Árbitros escogidos entre los cónsules o mercaderes más antiguos o prestigiosos de cada grupo o nacionalidad. Ellos administraban justicia en base a la *Lex mercatoria*.[28]

Es por estos acontecimientos que las primeras nociones de derecho comercial surgieron en la Edad Media,[29] como consecuencia de la insuficiencia del derecho común para satisfacer las necesidades en materia jurídica del comercio de esa época.[30] Además fue en ese periodo cuando aparecieron y se perfeccionaron instituciones que hasta la fecha se mantienen vigentes.

3. Berthold Goldman y la nueva *lex mercatoria*.

En la actualidad, el deseo de universalizar el derecho mercantil, propició que los

24 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186. Resaltando que la variedad de fuentes del derecho en el orden jurídico medieval reflejaba la no exclusiva función del Estado como ente legitimado para emitir comandos legales.

25 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 78-80. Ver en el mismo sentido: MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8,9. DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado,* p. 14.

26 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14

27 NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 61.

28 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 63

29 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 13.

30 MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, p. 5.

usos y costumbres adquieran gran relevancia al ser considerados "parámetros" para la interpretación de las normas comerciales. Esta es la razón por la cual los mercaderes, con mayor frecuencia, opten por sistemas privados de reglas que permiten concretar sus operaciones en el menor tiempo posible y con menores costos de transacción.[31]

Esto es frecuente, porque el derecho nacional "no ha respondido a cabalidad las exigencias hechas por los nuevos actores internacionales, impulsándolos a buscar alternativas".[32] Galgano destaca lo afirmado cuando explica que

> el advenimiento de la sociedad postindustrial no reclama (...), profundas reformas legislativas y que el cuadro que abarca el derecho codificado permanece inmutable en sustancia. Pero éste queda inmutable porque ya no son las leyes sino otros los instrumentos relevantes mediante los cuales se llevan a cabo las innovaciones jurídicas.[33]

Durante la década del sesenta del siglo XX, Berthold Goldman, deparándose con las dificultades que se suscitaban en el campo comercial y observando la existencia de un derecho *costumbrista* internacional, trajo a discusión para los juristas, la doctrina de la *nueva Lex mercatoria*, entendida esta como una teoría nacida de las prácticas comerciales internacionales, libertada y desvinculada de cualquier frontera estatal; dando inicio así al estudio de las reglas que gobiernan el comercio nacional e internacional.[34]

La sociedad actual, con su complejidad y organización en red donde no se admiten más estructuras organizadas y rígidas, es el espacio ideal para el desarrollo de la nueva *lex mercatoria*.

Contribuye bastante en esta progresión, la influencia de la llamada "sociedad civil", la misma que está compuesta por grupos de intereses económicos, culturales, éticos, religiosos, etc.

La comunidad mercantil, participa activamente en la sociedad civil, los diversos

---

[31] SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n° 143, p. 13.

[32] CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 109; en el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 61). FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais,* p. 116.

[33] GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 40.

[34] FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional.* p. 31; MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 61.

grupos que hacen parte de esta comunidad, tienen como puntos comunes el interés por el comercio, la actuación de los comerciantes en el mercado global y la búsqueda de lucro y ganancias.[35] La efectividad de sus reglas no es impuesta por el Estado sino por los propios integrantes de las corporaciones formada en cada uno de estos sectores.[36]

a) El papel de la sociedad civil en el comercio contemporáneo.

Actualmente el Estado no es más el único actor de las relaciones comerciales nacionales e internacionales, comparte escenario con otros sujetos como las organizaciones no estatales y las empresas privadas. Estas últimas constituyen un potente factor de propagación de las prácticas y de los modelos contractuales uniformes auxiliando en la formación de la nueva *Lex Mercatoria,* tan universal cuanto fue la *Lex Mercatoria* de la era pre-industrial. A dicho ordenamiento jurídico de la *bussines community* se le reconocía su carácter originario y supranacional así como su extensión, abarcando toda la aldea global.[37]

La Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI), organismo privado cuya finalidad es la elaboración de reglas para facilitar el intercambio de mercaderías entre sus integrantes; es la entidad de representación de la comunidad empresarial internacional. Este gremio, fundado en 1919, que agrupa representantes de categorías empresariales de diversos países, además de destacar por su participación en la creación de cláusulas y reglas uniformes que son utilizados en el comercio internacional (cobranzas documentarias, cartas de crédito, *incoterms*), también es reconocido por su Tribunal de Arbitraje. La CCI, cuenta con comités nacionales de los diversos países que de ella participan, también con órganos de administración centrales que funcionan en Paris.[38] Esta entidad, actualmente tiene un papel importante a nivel mundial al facilitar las negociaciones comerciales con la emisión de diferentes reglas para tornar más viable el comercio.

4. Cuestionamientos a la nueva *lex mercatoria* como conjunto de reglas que

[35] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 65.

[36] MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 62.

[37] GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, p. 228.

38 SALOMÃO NETO, Eduardo. As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as *comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* N° 123, p. 24.

regulan la actividad comercial.

Actualmente la *nueva lex mercatoria,* se consagra como un derecho transnacional de los negocios. Este ordenamiento,[39] definido como "o conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio em geral e do comercio internacional em particular, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz",[40] está formado por un conjunto de normas elaboradas por diversas entidades privadas y organizaciones internacionales, clausulas, contratos tipo y decisiones arbitrales; que actúan sin relación con algún ordenamiento jurídico estatal.[41]

La falta de conexión *strictu sensu,* entre el Estado y las reglas particulares es materia de bastante discusión y crítica, pues, en principio, resulta difícil determinar el tipo de relación y la jerarquía que existiría entre el derecho común y la *lex mercatoria*.[42]

Otros cuestionamientos que discuten la preeminencia de la nueva *lex mercatoria* como fuente del derecho, giran en torno a tres aspectos:

(i) La *lex mercatoria* no es una ley pues carece de base metodológica y de un sistema legal que la soporte. Asimismo no cuenta con una autoridad estatal que obligue al cumplimiento de sus preceptos;

---

[39] Baptista utiliza esta denominación para referirse a la *Lex Mercatoria*, basado en la definición de ordenamiento jurídico propuesta por Bobbio. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64).

[40] STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex-mercatoria.* p. 78,145. Las definiciones atribuídas a la *Lex mercatória* son variadas, así, Magalhães y Tavalora explican "Segundo Goldmann (...) é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comercio internacional, sem referencia a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff a considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais, ou regras uniformes aceitas por todos os países; Langen a considera como regras do jogo do comercio internacional; enquanto Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países". (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 61)

41 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187; ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais, p. 63; HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 96. No debe desconsiderarse la observación de Galgano, quien, con base en el origen de estas reglas afirma: "La actual *lex mercatoria*, aunque dotada de algunos elementos de significativa originalidad, puede todavía considerarse como preponderante expresión de la civilización jurídica occidental. Pero esta marca de origen actual refleja el predominio hoy vigente de las empresas occidentales y de los valores culturales que ellas llevan consigo y difunden en el mundo". GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46.

[42] HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 97.

(ii) es vaga, incompleta e incoherente, pues solo un número reducido de principios generales comunes se extienden a los sistemas jurídicos predominantes en el mundo entero;

(iii)la flexibilidad de la *lex mercatoria* permitiría la emisión de decisiones diferentes para cada caso en particular, a pesar de que los casos sean semejantes.[43]

En sentido similar, Cadena Afanador[44] hace referencia a críticas enfocadas, tanto en su estructura, cuanto en su formación, validez y relacionamiento. En principio, el autor colombiano explica que se critica su generalización e imprevisibilidad, pues se cree que este ordenamiento es amplio, vago y general, lo que ocasiona, al momento de ser aplicado, imprevisibilidad jurídica.

Asimismo, autores afirman que no existiría una *lex mercatoria*, sino islotes de *lex mercatoria*, por lo cual, este sería insuficiente y poco efectivo, restringiendo su desarrollo futuro y su operatividad.

Su universalidad también es discutida, pues está sería dependiente de la tolerancia de los Estados hacia ella y estaría limitada por la geografía, siendo por lo tanto su universalidad y transnacionalidad, solamente un deseo de sus creadores y aplicadores.

Su legitimidad sería relativa, ya que la *lex mercatoria* obedece a intereses y necesidades específicas de un grupo social – la *Societas mercatorum* – la misma pretende crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio, desplazando el derecho nacional.

Se afirma también que la *lex mercatoria* presenta fragilidad teórica en razón de que no se guía por ningún canon básico del estudio científico – jurídico.

La *lex mercatoria* no es autónoma pues es necesario que sea aceptada por el Estado, en consecuencia, tendría una función netamente supletiva al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Así, la aceptación de la *nueva lex mercatoria* como derecho autónomo, desvinculado de las funciones estatales, no es nada pacífica,[45] autores como Hespanha

[43] MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 65.

[44] CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* Nº 13, p. 106,107.

[45] Al respecto Lorenzetti afirma: "Esta penetración en los Derechos nacionales produce tanto beneficios como grandes riesgos y problemas en relación a la soberanía nacional". (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 46). En el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos*

afirman que "Este desenho não corresponde a uma justiça consensual e estabilizadora, mas antes a uma justiça corporativa e egoísta, cega (ou mesmo irritante) em relação aos interesses mais gerais, responsáveis pela estabilização das relações comunitárias",[46] por lo tanto, existiendo un conflicto entre normas jurídicas deberían de prevalecer las que presenten un mayor grado de validez, ello en razón al consenso que sirvió de base para su creación; pues – afirma Hespanha –, las normas que provienen de órganos democráticamente legitimados deben tener una consideración privilegiada de cara con otras normas cuya condición de validez no sea claramente determinada.[47]

En sentido similar, Mazzuoli explica: "há os que defendem a estrita vinculação da nova Lex mercatoria ao direito interno estatal, sob pena de se conceder parte da soberania do Estado às mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades particulares",[48] continúa el profesor Mazzuoli:

> para a *Lex mercatoria* ser considerada um 'sistema jurídico', deve ser ela 'positivada não só pela jurisprudência, mas também por tratados ou leis nacionais'. Um comercio internacional 'com regras criadas diretamente pelos atores, sem conteúdo necessariamente jurídico, torna-se alvo de especulações político-econômicas e financeiras'.[49]

No obstante, otros autores afirman que este antiguo campo jurídico transnacional emergente, al ser aceptado y acatado por empresarios –generalmente internacionales –, no genera inseguridad o dilución conceptual, pues quienes la utilizan la conocen,

---

fundamentais, p. 65. No obstante– Afirma Baptista – las críticas y el debate predominaban en la década del 80 del siglo pasado, actualmente esta idea es aceptada pacíficamente, pues no es necesario realizar un juicio de valor sobre este sistema, sino posicionarlo en su justa dimensión. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 63).

[46] HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 99.

[47] HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 142.

[48] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 221. En el mismo sentido Magalhães y Tavolaro explican: "os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de leis alternativo a ser aplicado em um litigio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças". (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais,* p. 62).

[49] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 220.

identificándose con su campo de aplicación y su desarrollo.[50]

Por su parte Baptista señala: "O caráter anacional da lex mercatória, ou sua classificação como direito interestatal parece predominar hoje, à revelia do pensamento positivista legalista de origem kelseniana, e é recebida como um ordenamento jurídico".[51]

En sentido similar, haciendo referencia a este *nuevo derecho*, Lorenzetti explica:

> la ley no surge de la práctica social nacional sino de las costumbres y la burocracia internacional, lo cual provoca tensiones profundas en el seno de las sociedades. En muchos casos, los ciudadanos las aceptan; en otros, las rechazan claramente y en muchos supuestos las ignoran. En definitiva, la eficacia de la ley depende exclusivamente del consenso social que alcance y no de la autoridad de la cual emana.[52]

Dentro de los resultados positivos atribuibles al surgimiento y consolidación de la nueva *lex mercatoria* – siguiendo a Cadena Afanador –, podemos destacar los siguientes: (i) Es uno de los principales esfuerzos para reacomodar las ciencias jurídicas a las transformaciones por las que viene atravesando el mundo entero. (ii) Proporciona una alternativa ágil y efectiva en contraposición con los complejos procedimientos de los derechos locales. (iii) Garantiza la prelación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación comercial y (iv) ofrece una vía para que las empresas corporativas dejen de tener como límite las fronteras del Estado, permitiendo su expansión.[53]

La nueva *lex mercatoria,* como proceso, se viene construyendo a través de la consolidación de principios generales del derecho, usos, costumbres, reglas y procedimientos que gobiernan las relaciones contractuales y comerciales a nivel global, los mismos que sirven como parámetros para la interpretación de los acuerdos comerciales, especialmente de los contratos.

Estos principios y reglas, por razones históricas y económicas están relacionados con la buena fe objetiva,[54] esta refuerza la preeminencia que mantiene la autonomía de la voluntad de las partes dentro de este conjunto de reglas.

De la buena fe objetiva derivan también reglas ampliamente utilizadas por los

---

[50] Al respecto ver: CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* Nº 13, p. 108.

[51] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64.

[52] LORENZETTI, Luis Ricardo. *Razonamiento judicial*. Fundamentos de Derecho Privado, p. 48,49.

[53] CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* Nº 13, p. 112,113.

[54] CARBONELL O´BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial,* p. 7

diversos organismos encargados de la regulación internacional en materia mercantil, especialmente los referidos a la prudencia y a la diligencia, entendidas estas no a partir del *bonus vir pater familiae*, sino a partir del comportamiento de un comerciante basado en su honestidad y en el conocimiento y respeto hacia reglas de lealtad profesional.[55]

5. Apuntes finales.

La nueva *lex mercatoria*, se viene consolidando como un sistema alterno, eficiente y dinámico que facilita el intercambio comercial, basado principalmente en el profesionalismo y la buena de fe de los operadores comerciales. La autonomía de la que goza, es sumamente importante considerando el acelerado proceso de globalización comercial por el que se atraviesa y la reducida capacidad del derecho estatal para acompañar el desarrollo del comercio contemporáneo.

La *nueva lex mercatoria*, como institución informal que busca reducir los costos de transacción, a pesar de sus críticas, surge como una alternativa jurídica que pretende otorgar respuestas a determinados retos que surgen en la actualidad para el derecho de los negocios, el cual actúa en un entorno ampliamente calado por la globalización e interdependencia. Asimismo, la aplicación de estas reglas que se adecuan de manera más eficiente al comercio, representa la aplicación del teorema de Coase: "facilitam-se soluções mais eficientes e afastadas do direito estatal".[56]

Finalmente – como explica Forgioni –, los usos y costumbres "geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (...) com maior margem de segurança".[57]

Referencias

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*. Dissertação de Mestrado PPGD – UFPR, Curitiba, 2014.

ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 433-444.

[55] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 68.

[56] ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil,* p. 441.

[57] FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 117,118.

ASCARELLI, Tullio, *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex editora, 2010.

CADENA AFANADOR, Walter René. La nueva *Lex Mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho. In: *Revista Papel Político*. Bogotá: Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. nº 13, p. 101 – 114, oct. 2001.

CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*. Lima: Legales Ediciones, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo I. Barcelona: Montaner y simón S.A., 1963.

FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional*. São Paulo: UNESP, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. 1º ed. Santa fe: Rubinzal- Culzoni, 2005.

GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, Año XLII, jan/mar. 2009, p. 225-228.

GARO, Francisco J. *Derecho Comercial parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955.

HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de e TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 57-68.

MALAGARRIGA, Carlos C. *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) *Novas vertentes do direito do comercio internacional*. São Paulo: Manole, 2003 p. 185 – 223.

MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial*. 5º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2013.

MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 14 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO NETO, Eduardo. As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as *comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, nº 123, año XL, p. 23 - 40, jul./set. 1998.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, Nº 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 11-20.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 49. nº 153/154, São Paulo: Malheiros, jan/jul 2010, p. 16-23.

MEDIAÇÃO NA COMUNIDADE: PRÁTICAS DIALÓGICAS NO PROCESSO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Tauã Lima Verdan Rangel[1]
Luciane Mara Corrêa Gomes[2]

Sumário: 1. A ressignificação do vocábulo "conflito"; 2. Os métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos na pauta do dia; 3. A comunidade como espaço do diálogo; 4. Mediação na comunidade e a democracia participativa; 5. Considerações finais

1. A ressignificação do vocábulo "conflito"

É fato que o conflito é algo intrínseco à condição humana, surgindo a partir do momento em que a sociedade é constituída, derivando das pretensões adversas apresentadas pelos indivíduos em contínua convivência. Neste sentido, o conflito materializa o dissenso, decorrendo das expectativas, valores e interesses contrariados. "Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga" (VASCONCELOS, 2012, p. 19). Desta feita, a percepção do conflito experimentada pela sociedade contemporânea transmuda a parte como adversária, apenas por apresentar objetivos distintos e dissonantes, tal como responsabiliza aquela como causadora do conflito, sendo, portanto, a raiz do problema que atenta contra a pacificação social, devendo, pois, ser expurgado. Ao lado disso, a partir de uma perspectiva puramente legal, "o conflito é resultado de uma violação da lei ou de uma desobediência a um padrão, fato que lhe confere uma aversão social", segundo Foley (2011, p. 246).

Corriqueiramente, é verificável uma conjunção de esforços, por vezes sobre-humanos, para concentrar todo o raciocínio e elementos probatórios na busca insaciável de alcançar novos fundamentos para fortalecer o posicionamento unilateral, com o objetivo único de enfraquecer e destruir os argumentos apresentados pela parte *ex-*

[1] Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/8802878793841195

[2] Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: lucianemara@uol.com.br; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/7142619530244859

adversa. Tal cenário é tangível, principalmente, em processos judiciais nos quais o desgaste das partes é evidente, quer seja em razão da morosidade, quer seja em decorrência do envolvimento psicológico na questão. A visão tradicional que envolve o conflito, como sendo algo ruim, é tão arraigada na sociedade contemporânea que obsta os envolvidos de analisarem a questão de forma madura, compartilhando a responsabilidade sobre a questão, mas sim promovendo uma constante busca em transferir "ao outro" a culpa pelo surgimento e o agravamento do conflito. Ao invés de envidar esforços para tratar o conflito, por meio de estratégias sóbrias e racionais, a abordagem tradicional do dissenso concentra todos os empenhos em identificar o culpado pelo surgimento do conflito e puni-lo.

O sistema jurídico, em vigor, apresenta como robusto aspecto a confrontação entre as partes em litígios, agravando, corriqueiramente, conflitos inúteis, alongando as batalhas e fomentando o confronto entre os envolvidos no dissenso causador da lide. Trata-se da valoração do dualismo perdedor-ganhador fomentado pelo sistema processual adotado, no qual, imperiosamente, a morosidade do processo acarreta o desgaste ainda maior, comprometendo, por vezes, o discernimento dos envolvidos para uma abordagem madura da questão. No sistema vigente, pautado na conflituosidade que caracteriza os procedimentos judiciais, os litigantes são obrigados, comumente, a apresentar motivos justificadores a existência do dissenso, buscando se colocar em situação de vítima e a parte *ex-adversa* como culpada pela ocorrência do conflito, utilizando, por vezes, de argumentos que são hipertrofiados e que não refletem, em razão do grau de comprometimento psicológico dos envolvidos, a realidade existente, aguçando, ainda mais, a beligerância entre os envolvidos.

Ademais, a tônica desenvolvida na liturgia processual, pragmática, engessada, voltada à satisfação de índices e metas estabelecidos, com o único intento de promover a materialização ao direito fundamental e constitucional à duração razoável do processo, mascara um sistema ineficiente, no qual não se trata o problema (conflito), mas tão somente coloca fim a mais um processo, atendendo as expectativas frias e débeis de finalização de processos. Ora, é crucial destacar que o apostilado processual não se resume a uma sequência lógica de peças que observam um rito, previamente estabelecido, culminando, em sede de primeiro grau, com a prolação de uma sentença que, por excelência, encerra a prestação jurisdicional. Ao reverso, trata-se de um compêndio que reflete, comumente, as angústias e anseios dos envolvidos, os quais, mais que o pronunciamento do Estado-juiz, buscam o tratamento do conflito, das causas ensejadoras e consequências decorrentes do dissenso, de maneira a abreviar uma situação que cause desgaste emocional, psicológico e físico.

O estado emocional fomenta as polaridades e atalha a percepção do interesse comum, mascarando-o sob a falsa perspectiva de atingir apenas o interesse individual, mantendo-se incólume aos efeitos reflexos advindos do desgaste proporcionado pela gestão ineficiente do conflito. Como bem destacam Morais e Spengler (2008, p. 54), "o conflito transforma o individuo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação

consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras". Partindo da premissa que o conflito interpessoal não tem solução, é possível estabelecer diretrizes sóbrias que busquem solucionar as disputas pontuais, confrontos específicos, dispensando ao dissenso um aspecto positivo.

A solução transformadora do conflito reclama o reconhecimento das diferenças e do contorno dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, já que a relação interpessoal está calcada em alguma expectativa, valor ou interesse comum. Já restou devidamente demonstrada que a visão tradicional não produz os resultados ambicionados, já que a eliminação do conflito da vida social é algo que contraria a existência e interação em sociedade. O mesmo pensamento vigora com a premissa de que a paz social só pode ser alcançada, essencialmente, com a erradicação do conflito; ao reverso, a paz é um bem precariamente conquistado por pessoas e sociedades que apreendem a abordar o conflito de forma consciente e madura, dispensando um tratamento positivo, em prol do crescimento e amadurecimento dos envolvidos e não como elemento de destruição.

Segundo Foley (2011, p. 246), toda situação conflituosa deve ser analisada como uma oportunidade, na proporção em que possibilita a veiculação de um processo transformador. Ora, os conflitos são detentores de sentidos e, quando compreendidos, as partes neles envolvidas têm a possibilidade de desenvolver e transformar a sua vida, logo, como são elementos constituintes da vida humana, não podem ser concebidos como exceção, mas sim como mecanismos oriundos da coexistência em sociedade que permite o amadurecimento dos envolvidos e, por vezes, a alteração da ótica para analisar as situações adversas a que são submetidos. Conceber o conflito como uma aberração social é contrariar a própria essência do convívio em sociedade, no qual indivíduos complexos, com entendimentos e posturas variadas e plurais, em convívio contínuo, tendem a apresentar interesses opostos, os quais, inevitavelmente, entram em rota de colisão.

É imperiosa a ressignificação do vocábulo "conflito", adequando-o à realidade contemporânea, de modo que não seja empregado apenas em um sentido negativo, mas sim dotado de aspecto positivo, permitindo aos envolvidos o desenvolvimento de uma análise madura e sóbria da questão, de modo a enfrentar o dissenso como algo corriqueiro e integrante da vida em sociedade e não como uma exceção a ser combatida. Ressignificar o conflito, neste cenário, é extrair a moldura tradicional que desencadeia a incessante busca dos envolvidos em determinar o culpado e demonizá-lo, mas sim assegurar que haja o tratamento dos motivos e causas que desencadeiam os dissensos, propiciando a estruturação cultural de uma nova visão do tema.

2. Os métodos extrajudiciais de tratamento[3] de conflitos na pauta do dia

Ao partir da necessidade de mudança de paradigmas no tocante ao tratamento dispensado ao conflito, é possível, utilizando a definição apresentada por Roberto Portugal Bacellar (2003, p. 174), que mediação consiste em uma técnica lato senso que tem como assento a aproximação das pessoas interessadas no tratamento de um conflito, induzindo-as a encontrar, por meio do estabelecimento de um diálogo, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas. Em mesmo sentido, Vasconcelos (2012, p. 42) descreve mediação como "um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, em ambiente seguro e ambiência de serenidade, com a colaboração de um terceiro [...], expõem o problema, são escutadas e questionadas", estabelecendo um diálogo construtivo e identificando interesses em comuns, opções e, de maneira eventual, estabelecer um consenso.

Distintamente do sistema adversarial processual que vigora, a mediação busca a estruturação de uma mudança cultural, especialmente no que se refere ao poder dos indivíduos de tomar às decisões que influenciam a realidade em que se encontram inseridos. Conforme Waltrich e Spengler (2013, p. 172) apontam, a mediação, na condição de espécie do gênero justiça consensual, permite uma acepção ecológica de tratamento dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o escopo de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada proveniente de uma sanção legal. A mediação possibilita um tratamento igualitário entre os envolvidos, na condição de seres humanos, observando as características de cada indivíduo, não comportando qualquer forma de julgamento, mas sim fomentando uma compreensão recíproca e uma responsabilidade compartilhada.

Desconstrói-se a figura da vítima e do agressor, do autor e do réu, erigindo, em seu lugar, os "mediandos", em situação de igualdade e, a partir da edificação de diálogos e responsabilização compartilhada, amadurecidos para promover, culturalmente, a mudança de paradigmas no enfrentamento do conflito, de modo que não há uma busca sedenta pelo estabelecimento do culpado, mas sim na construção de um consenso proveniente da vontade dos envolvidos. Assim, opondo-se à dogmática processualista tradicional, que busca a eliminação do conflito por meio da simples emissão de um pronunciamento do Estado-juiz, a mediação, alçado a método transformador de uma cultura adversarial, objetiva o enaltecimento da dimensão afetivo-conflituosa, tratando

[3] No presente, será empregada a expressão "tratamento" ao invés de "resolução" de conflitos, perfilhando ao entendimento apresentado por Fabiana Spengler (2010, p. 26), no qual os conflitos sociais não são passiveis de serem "solucionados" pelo Poder Judiciário na acepção de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou mesmo esclarecê-los. Tal fato deriva do princípio que a supressão dos conflitos é algo relativamente raro. É rara, também, na ótica adotada, a plena resolução das causas, das tensões e dos contrastes que originam os conflitos. Deste modo, a expressão "tratamento" apresenta-se mais adequada na condição de ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, objetivando uma resposta satisfatória.

as origens, as causas e as consequências advindas do conflito.

A visão transformativa propiciada pela mediação, consoante Foley (2011, p. 247), permite que o conflito seja encarado como uma oportunidade dúplice, na qual, concomitantemente, há o desenvolvimento e exercício da autodeterminação, consistente no empoderamento dos mediandos, e na confiança mútua, por meio do fomento à reciprocidade entre os envolvidos no conflito. A resposta ideal ao conflito não consiste em buscas desenfreadas e beligerantes de extirpá-lo para promover a resolução do problema; ao contrário, o conflito reclama uma gestão madura, a fim de materializar um processo de transformação dos indivíduos nele envolvidos. A mudança paradigmática do tratamento do conflito é responsável por alterar o comportamento dos mediandos diante do dissenso, fomentando a responsabilidade compartilhada e solidarizada, de modo a não estabelecer polos antagonistas, mas sim partes complementares.

Warat (2001, p. 80-81) já se posicionou no sentido que a mediação não está cingida a somente o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos, alheia à moldura factual que enquadra o dissenso entre os envolvidos. A mediação, na condição de método extrajudicial de tratamento de conflitos, não busca como única finalidade a obtenção de um acordo que, corriqueiramente, não reflete substancialmente a vontade das partes nem permite a responsabilização solidária dos envolvidos. Ao reverso, o fito maior é ajudar os interessados a redimensionar o conflito, compreendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que foram responsáveis por causar a colisão entre as atitudes e os interesses no relacionamento de pessoas envolvidas. A perspectiva valorada não está assentada no ideário puramente acordista, que concebe o acordo como o fim último do processo, o qual transmite o ideário mascarado de tratamento do conflito, colocando fim em mais um número que tramita nos sistemas de gerenciamento de dados dos Tribunais de Justiça. Ao reverso, a ótica privilegiada está calcada na construção paulatina e imprescindível do consenso, no qual o mediador atua na construção de uma relação alicerçada no diálogo, possibilitando o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia e empoderamento dos indivíduos.

É necessário colocar em destaque, também, que a mediação, na condição de método de tratamento extrajudicial de conflitos, combate a escalada de desentendimentos decorrentes do moroso e litigioso procedimento adotado no cenário jurídico vigente, não permitindo que as partes alcancem o conflito extremo, permitido pelo sistema adversarial. "A ideologia ganhador-perdedor vigente no sistema tradicional judiciário é substituída por uma nova abordagem baseada na cooperação entre as partes envolvidas e não na competição" (SANTA CATARINA, 2004, p. 04). Deste modo, a mediação apresenta-se como forma inovadora, no território nacional, de abordagem jurídica e também como alternativa ao sistema tradicional judiciário adotado para tratar os conflitos, nos quais se valoram a cooperação e a disponibilidade em promover a solução, destacando-se, via de consequência, como elementos imprescindíveis para a construção de um consenso entre os mediandos.

É plenamente perceptível que a mediação exige terreno próprio para atuação, em decorrência dos aspectos a que se propõe, notadamente a mudança cultural no tocante ao enfrentamento do conflito, já que suas bases se pautam na busca de um consenso qualitativo que só pode ser alcançado com o tempo e com a mudança cultural das partes que preferencialmente esperam ouvir, atender uma ordem do Estado a tomar uma decisão por si. Sobre tal assunto, Dierle José Coelho Nunes (2011, p. 174) afirma "que existem situações em que os acordos são impostos, mesmo quando sejam inexequíveis para permitir a pronta "resolução do caso", com a adequação à lógica neoliberal de produtividade", e isso, por óbvio, não é o que se espera da mediação de conflitos. A mediação propõe a responsabilização dos envolvidos para tratarem o conflito, de maneira que consenso seja resultante da conjunção de esforços e reflita as vontades dos mediandos, não se traduzindo, via de consequência, em um pronunciamento emanando por um terceiro (Estado-juiz), alheio às nuances e particularidades que emolduram o dissenso.

3. A comunidade como espaço do diálogo

A comunidade seria aquilo ao qual o indivíduo está ligado e aquilo que o liga e outros indivíduos. Como Spengler (2012, p. 154) assinala, a comunidade é também aquilo que engole o indivíduo, tornando-o "apenas mais um", que faz indistinta a identidade, uma vez que inclui no mesmo espaço no qual os demais indivíduos estão incluídos e isso, corriqueiramente, pode significar perder a subjetividade, a individualidade, a autonomia e a subjetividade. Essa complexidade e fragmentação da realidade social são os traços característicos da contemporaneidade, impressos nas esferas mundial e local. Os grupamentos humanos unidos por diversas identidades, dentre elas a territorial, que confere à comunidade o status de *locus* propício para o desenvolvimento de mecanismos que possibilitem a transformação social. "Onde há coesão social, há identidade compartilhada, cuja criação depende da mobilização social e do envolvimento com os problemas e soluções locais" (BRASIL, 2008, p. 26).

Assim, "tudo aquilo que puder ser feito pela própria sociedade deve ser feito por ela, quando ela não puder fazer, o Estado interfere, mas não se trata de um Estado mínimo ou máximo, mas sim do Estado necessário" (MONTORO, 2002). Essas palavras, proferidas por Montoro, em Seminário sobre o "Federalismo e o fortalecimento do poder local", expressam o coração do tema ora posto em reflexão: a perspectiva de um Estado mediador, que se encontra em um *meio termo* (nem absenteísta, nem interventor) e abraça um povo que se coloca como ator e responsável pela realidade que o cerca. Sinaliza-se para o fenômeno do fortalecimento da sociedade civil, consolidando sua responsabilidade na realização do *bem comum*, tendo por meta a efetivação de uma democracia possível, com a concretização do primado da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento de valores como a solidariedade e a participação popular.

É possível destacar que as comunidades periféricas, que florescem à margem dos

centros urbanos oficiais, tais como assentamentos e favelas, permitem aos seus moradores a consolidação de uma identidade comunitária, na qual "têm voz e vez podem colocar em ação suas iniciativas, desenvolvem sua criatividade, mas seu ser não se esgota nelas mesmas: elas se completam na medida em que se tornam um 'ser para'" (GUARESCHI, 2009, p. 96), exercitando sua plena vocação de animal político e social. Ainda que seja experimentado viver em um tempo de *judicialização da política* e de *ativismo judicial*, no qual o magistrado não é simplesmente *la bouche de la loi*, agindo ativamente ante as mazelas e falhas das instituições, é forçoso reconhecer que esse ativismo (igualmente foco de críticas) não é capaz de dar vazão a todas as necessidades e emergências que surgem a cada dia na realidade de cada comunidade.

Na atualidade, o Brasil verifica um acentuado quadro de conflitos sociais que se estender por distintos segmentos. Trata-se de uma generalização de conflitos que se desenvolve fomentado pelo estresse da contemporaneidade, conjugado com a ausência de mecanismos eficientes na resolução de conflitos, de maneira extrajudicial e que permita a manutenção das relações continuadas. "Áreas urbanas e rurais, bairros de diferentes classes e também escolas estão sendo palco de agressões físicas e psicológicas quase diárias, gerando uma sensação de insegurança e revolta na população do país" (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 282). Tal fato decorre, em especial, devido à erosão das instituições sociais que são responsáveis pelo desenvolvimento dos cidadãos e pela segurança dos indivíduos. Comumente destaca-se que a família, a escola e os órgãos de segurança pública, entre outros, estão falhando no cumprimento de suas funções sociais. Denota-se que nas últimas décadas houve um progressivo esfacelamento da estrutura que sustenta a sociedade brasileira, agravo robustamente em decorrência da distorção de valores e costumes, bem como influenciado pelo ritmo frenético que caracteriza a vida contemporânea, em especial nos grandes centros.

Em decorrência da contínua judicialização dos conflitos e o ativismo propiciado à população, acarretam o engessamento do Poder Judiciário que, em razão do vultoso número de demandas ajuizadas diariamente, assim como ausência de recursos humanos suficiente e um sistema processualista desarmonioso com a realidade em que está inserido, não logra êxito em uma de suas funções estruturantes, qual seja: a pacificação social. Morais e Spengler (2008, p. 54) destacam que "o conflito transforma o individuo, seja em sua relação um com o outro, ou na relação consigo mesmo, demonstrando que traz consequências desfiguradas e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras". Em razão deste caótico cenário, no qual o desgaste das partes e o agravamento do conflito se tornam uma constante, conjugado com a necessidade de desenvolvimento de uma cultura pautada no diálogo entre os indivíduos, em especial nas comunidades, observam-se, em especial nas últimas três décadas, o desenvolvimento e a implantação de projeto que buscam a mediação de conflitos, sendo empregado como instrumento que "objetiva não apenas auxiliar a boa resolução de litígios entre as partes envolvidas, mas bem administrar as relações existentes, para que as pessoas mantenham seus vínculos afetivos e possam construir uma sociedade fundada numa cultura de paz" (SALES;

ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 290).

Uma sociedade democrática é caracterizada pela existência de cidadãos capazes de solucionar, com habilidade, os problemas e embates sociais, decorrentes do convívio com outros indivíduos, em especial quando o fenômeno judicializante que vigora no Brasil obsta a pacificação social e a manutenção dos laços de convivência contínua, estando voltado para o julgamento mecânico das lides e atendimento de metas. "Participação e cidadania são conceitos interligados e referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática do seu próprio destino" (NASCIMENTO, 2010). É verificável que ambos estão umbilicalmente atrelados, porquanto a cidadania só é substancializada na presença de uma participação social entendida enquanto ação coletiva e o seu exercício consciente, voluntário e conquistado. A construção de uma vivência democrática transparente reclama uma gestão que se alicerce na inclusão da comunidade em geral, assegurando a igualdade de participação, tal como possibilite a expressão das ideias que possam ser discutidas em momento de deliberação coletiva.

É imprescindível o exercício da comunicação, eis que quando os indivíduos passam a ter oportunidade plena de interagir, debater e deliberar a respeito dos problemas concretos que a comunidade apresenta diariamente, é desenvolvido a capacidade de lidar com estes problemas, bem como convergir esforços para a sua resolução. Não se pode esquecer que em um procedimento tão livre e autocorretivo de intercomunicação, o surgimento de conflitos entre os indivíduos é algo inevitável, principalmente que cada um tem seu modo de encarar as necessidades, fins e consequências, tal como tolerar níveis de desgaste. A solução para tais conflitos está ligada à cooperação amigável, logo, as controvérsias são convertidas em espaços cooperativos, em que as partes aprendem possibilidades de se expressar. A gestão democrática e participativa de conflitos requer o desenvolvimento de um olhar de cada espaço como um elo de resolução das pendências e colisões de interesses interpelando os envolvidos e os demais integrantes da comunidade à participação e ao envolvimento nesse procedimento.

A mediação comunitária, nesta faceta, retira do conflito o seu aspecto negativo, conferindo-lhe um significado positivo, natural e imprescindível para a lapidação das relações, tal como a sua boa administração representa o percurso para o entendimento e para o restabelecimento da pacificação entre as partes. Foley (2011, p. 252) salienta que "quando a prática da mediação ocorre na esfera comunitária, pode haver uma integração das estratégias de fortalecimento da comunidade: o acesso à informação, a inclusão e a participação, a corresponsabilidade, o compromisso e a capacidade de organização local". Em decorrência de seus aspectos característicos, a mediação se revela como um mecanismo de solução adequado a conflitos que abordem relações continuadas, aquelas que são mantidas apesar do problema existente. Tal fato deriva da premissa que nessa espécie de conflitos se encontra as maiores dificuldades para a manutenção do diálogo e da comunicação, em razão da intensidade dos sentimentos envolvidos e da proximidade

existente entre as partes, configurando verdadeiro obstáculo a reflexão. "A mediação conduz a um determinado grau de democratização, equivalente à realização de cidadania plena alcançada por quem dela participa, ao passo em que gere cidadãos ativos que compartilham efetivamente da vida social de sua comunidade", como bem evidencia Nascimento (2010, s.p.).

A mediação comunitária representa a coesão e a solidariedade sociais desejando a efetividade das chamadas *democracias de alta intensidade*. A mediação comunitária aglomera as comunidades mais carentes em busca da solução e prevenção dos seus conflitos, almejando a paz social, com base na solidariedade humana. Sendo essa mediação realizada em comunidades periferias, onde o desrespeito aos direitos constitucionais é flagrante, representa um meio ainda mais efetivo de transformação da realidade. A mediação comunitária é um processo democrático de solução de conflitos, na medida em que possibilita o acesso à justiça (resolução dos conflitos) à maior parte da população de baixa renda. Além de possibilitar essa resolução, oferece aos cidadãos o sentimento de inclusão social. A base do processo de mediação é o princípio da solidariedade social. A busca de soluções adequadas para casos, pelas próprias partes, incentiva a conscientização das mesmas para a necessidade da convivência em paz.

Conforme sublinha Sales (2004, p. 136), a mediação comunitária estimula o indivíduo a participar ativamente da vida política da comunidade em dois sentidos: "quando possui a responsabilidade de resolver e prevenir conflitos (mediador) e ainda quando se tem a certeza de que existe um local, próprio da comunidade, direcionado a resolver as controvérsias que apareçam (mediados)". A mediação comunitária viabiliza a construção de uma identidade política comum, ou melhor, a construção de um senso de pertencimento físico e espiritual com relação a uma dada localidade, privilegiando a comunidade como o *locus* fértil para o exercício de tal método de tratamento de conflitos. Ao promover a capacidade para a autogestão dos conflitos, empodera a comunidade sob uma perspectiva relacional, afixando um poder comunitário expressado no "poder com o outro"; na horizontalidade da conquista compartilhada e no resgate da consciência de que cada ser humano, num contexto coletivo, identifica-se como ator social, protagonista de destinos.

4. Mediação na comunidade e a democracia participativa

O fomento ao empoderamento dos indivíduos propicia um processo transformativo aberto e externado pela participação cidadã, culminando na autonomia de tratamento de conflitos, ao tempo em que fortalece o desenvolvimento comunitário. Ao lado disso, os objetivos ambicionados pela mediação em comento consistem no desenvolvimento entre a população de valores, conhecimentos e comportamentos que conduzam ao fortalecimento de uma cultura de paz. Há um caminho para o exercício da cidadania participativa, consistente na possibilidade da busca conjunta, consciente e amadurecida das partes envolvidas em prol do tratamento do conflito existente. Vezzula

(2010, p. 56) salienta que "a mediação, recuperando os conceitos de participação responsável da comunidade na abordagem e na resolução dos conflitos entre seus integrantes, foi fortalecendo a sua identidade e, com isso, consolidou a capacidade de protagonismo dos moradores".

"A mediação nas comunidades traduz o exercício de cidadania e de democracia, pois permite que os cidadãos, até então socialmente excluídos, resolvam por si mesmos seus conflitos com o auxílio de um mediador" (CARVALHO, s.d., p. 05). Por estar calcada em uma mudança de cultura, a mediação possibilita aos indivíduos, até então, marginalizados a possibilidade de terem responsabilidade sobre suas vidas e serem incluídos socialmente, reafirmando o preceito basilar de empoderamento dos envolvidos. Mais que simplesmente dialogar (conversar), a abordagem do conflito, a partir de uma perspectiva pautada na responsabilidade solidária e compartilhada, assegura aos mediandos a construção de um consenso decorrente da confluência de vontades, no qual se deteriora a ideologia de *ganhador-perdedor*, edificando, em seu lugar, uma doutrina em que ambas as partes são exitosas ao final. Há uma participação direta dos envolvidos na tomada de decisão, de maneira que o consenso atingido reflete a vontade livre, consciente e amadurecida dos envolvidos, exercendo uma democracia participativa plena, sem mitigações ou obstáculos, o que repercutirá diretamente na qualidade de vida.

Convém destacar que "a mediação desenvolvida em bairros das cidades (mediação comunitária) propicia o diálogo entre as pessoas que convivem diariamente, auxiliando na solução dos seus conflitos e contribuindo para a construção da paz social" (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 292). Ora, como a prática da mediação estabelece a reclamação ativa dos envolvidos no tratamento de conflitos, passa-se a não apenas a debater sobre questões de feição individual, mas também questões de aspecto coletivo. As experiências brasileiras em mediação, especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornaram-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas, refletindo a conjunção de esforços entre os envolvidos, compartilhando a responsabilidade em relação ao tratamento do conflito. É possível, assim, observar que a mediação, ao fomentar o empoderamento dos indivíduos, na construção dos consensos e responsabilidade compartilhada, também alimenta a participação do cidadão na tomada de decisões, conscientizando-o não apenas acerca das questões individuais, mas também sobre as questões coletivas e seus desdobramentos.

5. Considerações finais

Diante do cenário apresentado, é possível pontuar que, conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também nomeada de "Constituição Cidadã", assegurar, formalmente, o acesso à justiça, há que se salientar que o Poder Judiciário, em decorrência do pragmatismo existente e da visão processual adotada, diariamente,

frustra a promoção de tal direito. Na realidade, a busca insaciável por diminuição de processos, com emissões de pronunciamentos do Estado-juiz, pautado, corriqueiramente, na distorcida visão do acordo como elemento de satisfação das partes, apenas atende o aspecto quantitativo de índices e dados que buscam demonstrar que o Judiciário, como zeloso e sensível Poder constituído, trava uma batalha pela materialização do princípio da duração razoável do processo. Ora, a falaciosa cultura acordista, adotada no modelo nacional, não trata o conflito nem as causas que o desencadeiam; ao reverso, fomenta apenas o tradicionalismo adversarial arraigado que, imperiosamente, agrupa os envolvidos em polos conflitantes que, uma vez infantilizados pelo monopólio na solução dos litígios, transferem ao terceiro, Estado-juiz, a capacidade de gerir o dissenso e determinar, a partir do arcabouço jurídico posto, qual dos envolvidos é detentor do direito pleiteado ou mesmo quem ganha e quem perde.

A cultura de empoderamento dos indivíduos possibilita que seja desenvolvida uma autonomia participativa que refletirá diretamente na construção dos consensos formados, eis que derivarão da conjunção de esforços e anseios dos envolvidos. Neste cenário, o consenso é fruto da vontade dos envolvidos que, uma vez empoderados, logram êxito na gestão do conflito e no melhor mecanismo para tratá-lo, distinguindo-se, via de consequência, do pronunciamento estatal que, corriqueiramente, é imposto pelo julgado, alheio às nuances e aspectos caracterizadores dos envolvidos, estando atrelado apenas ao arcabouço jurídico.

A mediação desenvolvida em comunidades se apresenta como robusto instrumento de empoderamento dos envolvidos, eis que possibilita o desenvolvimento de uma cultura participativa, na qual os indivíduos passam a gozar de autonomia e amadurecimento necessário para tratar os dissensos, sem que haja a necessária intervenção do Estado-juiz e todo o aparato processual enrijecido que o sustenta. Em especial nas comunidades que florescem à margem das cidades oficiais, que padecem da atuação ativa do Estado, sendo, por vezes, governada por um poder paralelo, decorrente do poderio do tráfico de drogas, necessário se faz a estruturação de mecanismos que permitam a preservação dos cidadãos, o fortalecimentos de uma mentalidade que busque o restabelecimento da pacificação social e manutenção das relações contínuas.

Assim, diante cenário no qual as pessoas são desassistidas em seus direito individuais e sociais, na tentativa de melhorar a qualidade de vida através da pacificação e participação social. É possibilitada uma valoração dos aspectos compartilhados pelas comunidades e não apenas um saber técnico-jurídico, por vezes, estranho àquelas, tendente a edificar barreiras que obstam o diálogo e tão somente hierarquiza os envolvidos. É o cidadão quem orienta a gestão do conflito, promovendo o diálogo e a mudança cultural, retirando do Estado o monopólio tal tarefa. Em tom de arremate, mediação, mais que um conjunto de técnicas e métodos extrajudiciais que tratam o conflito, é sinônimo de autonomia e exercício de democracia participativa, permitindo que o indivíduo seja capaz de construir consensos, superar as divergências e promover uma cultura de paz.

Referências

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BEZERRA, Tício. A Mediação enquanto instrumento de Emancipação da Cidadania e de Democratização da Justiça e do Direito. *Revista Direito & Sensibilidade*, 2011, p. 211-226. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/issue/current>. Acesso 03 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. *O que é Justiça Comunitária?* Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Brasília, 2008, 123p. Acesso 03 mar. 2018.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. *Mediação Comunitária: Um Caminho para a práxis cidadã e democrática?* Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/mediacao.comunitaria.caminho.para.a.praxis.cidada.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018.

CEARÁ (ESTADO). *Ministério Público do Estado do Ceará*. Disponível em: <www.mpce.mp.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

FALCÃO, Joaquim. *Balcão de Direitos*. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Balcao-de-direitos.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A Justiça Comunitária para Emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César (org.). *Justiça Restaurativa e Mediação: Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos Sociais*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

_____. *Justiça comunitária, por uma justiça de emancipação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; VERDAN, Tauã Lima. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições *Civil Law* e *Common Law*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; *et all*. (org.). *Mediação Judicial e Garantias Constitucionais*. Niterói: Editora do PPGSD, 2013.

GUARESCHI, P. A. Pressupostos epistemológicos implícitos no conceito de Liberação. In: GUZZO, R.S.L.; JUNIOR, F. L. (Org.). *Psicologia Social para a América Latina: o resgate da Psicologia da Libertação***.** Campinas: Editora Alínea, 2009.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Mediação Comunitária. In: *Seminário de Mediação e Conciliação do TJDFT: Reflexões e Desafios*, 2012, Brasília-DF. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/revista-mediacao-conciliacao-2012>. Acesso em 03 mar. 2018.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *Mediação Comunitária. Uma Ferramenta de*

Acesso à Justiça? Mestrado (Dissertação). Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

MONTORO, André Franco. *Federalismo e o fortalecimento do poder local no Brasil e na Alemanha***.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. *Mediação e Democracia: uma abordagem contemporânea da resolução de conflito*. Mestrado (Dissertação). Universidade de Fortaleza. Fundação Edson Queiroz: Fortaleza, 2007.

NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho Nunes. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

RIOS, Paula Lucas. Mediação Familiar: Estudo Preliminar para uma Regulamentação Legal da Mediação Familiar em Portugal. *Verbo Jurídico*, v. 2, 2005. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com >. Acesso em 03 mar. 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

_____; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública. *Revista Sequência*, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

_____; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre. A Mediação como Meio Democrático de Acesso à Justiça, Inclusão e Pacificação Social – A Experiência do Projeto Casa de Mediação Comunitária da Parangaba. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, *ANAIS...,* 2008, Brasília, 20-22 nov., p. 707-729. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_182.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018.

SANTA CATARINA (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Mediação Familiar: Formação de Base*. Florianópolis: 2004, 98p. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em 03 mar. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos Tribunais e a democratização da justiça. *In*: _____. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1985.

SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de Conflitos Ambientais: Um novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?*. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura*

no tratamento de conflitos. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

_____. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.

TOCQUEVILLE, Aléxis. *Democracia na América*. Paris: s.n, 1963.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. A Mediação Comunitária: Desafios e Perspectivas. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter,* 2010, p. 47-60. Disponível em: <http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/460/284>. Acesso em 03 mar. 2018.

WALTRICH, Dhieimy Quelem; SPENGLER, Fabiana Marion. Reflexões acerca da Mediação Comunitária como Estratégia Prática de Cidadania Participativa. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, a. 17, n. 25, 2013, p. 161-181. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/546>. Acesso em 03 mar. 2018.

WARAT, Luis Alberto.*O oficio do mediador*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

O EMPREGO DA CONVENÇÃO DA APOSTILA DE HAIA NOS CONTRATOS AGRONEGOCIAIS FIRMADOS COM ESTRANGEIROS PARA EXPLORAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

Carolina Merida[1]
Marília de Abreu Oliveira[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo de integração brasileira na Convenção da Apostila de Haia. 3. Breve comparativo entre os procedimentos de legalização consular e apostilamento. 4. Aspectos relevantes acerca da aplicação da Convenção da Apostila de Haia às relações de produção agropecuária entre brasileiros e estrangeiros. 5. Considerações finais

1. Introdução

As burocracias teóricas e práticas exigidas anteriormente para a legalização de documentos estrangeiros fez com que surgisse, no plano internacional, uma ideia que simplificasse e agilizasse tal procedimento. Desse modo, no bojo da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado, de 15 de julho de 1955, alguns de seus Estados-partes, em linha com o propósito de trabalhar pela unificação das normas de direito internacional privado estabelecido no Artigo 1º de seu Estatuto, deram inicio às negociações para formalização da Convenção da Apostila[3].

É sabido que a Convenção da Apostila é um tratado internacional que o Brasil recentemente internalizou em seu ordenamento jurídico, com o intuito de facilitar e desburocratizar o tramite de documentos públicos internacionais em território brasileiro e vice-versa, permitindo maior integração entre os países signatários devido à autenticidade que se confere à origem de tais documentos, além da comodidade e facilidade que o procedimento pode conferir aos Estados aderentes.

Não restam dúvidas de que este procedimento pode de fato facilitar o ato de legalização e consequentemente o reconhecimento mútuo de documentos públicos emitidos pelos Estados-partes. No Brasil, a Resolução n.º 228, de 22 de Junho de 2016, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estabeleceu os Cartórios Extrajudiciais

---

[1] Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desemvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV e Procuradora do Município de Rio Verde, Goiás.

[2] Acadêmica de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV, integrante do programa de iniciação científica da mesma Instituição.

[3] Assinada em Haia, na Holanda, aos 5 de outubro de 1961.

como autoridades competentes ao processamento do apostilamento.

Atualmente, o referido serviço já está disponibilizado em algumas serventias das Capitais brasileiras, beneficiando diversas pessoas que buscam pelo serviço de legalização, em razão da efetividade e relativo baixo custo do apostilamento.

Nesta perspectiva, um dos principais segmentos da economia brasileira que pode se beneficiar com a facilitação trazida pela Apostila de Haia é o do agronegócio[4]. A relevância do setor agroindustrial para o balanço comercial do País fica patente ao analisarmos o atual cenário da economia brasileira, que no ano de 2016 registrou um recuo de 3,6% do Produto Interno Bruto, mesmo período em que o agronegócio manteve uma taxa de crescimento de 4,48%[5]. Ademais, dados recém divulgados pelo governo brasileiro atribuem 70% (setenta por cento) do crescimento do PIB do país em 2017 às safras recordes de grãos e demais *commodities* agropecuárias.

A discussão sobre a aplicabilidade do processo de apostilamento às transações relacionadas ao agronegócio é fundamental, posto que na maioria dos casos, tais relações se estabelecem entre sujeitos de nacionalidades distintas e que por vezes se domiciliam e se encontram em países diferentes, o que pode dificultar e retardar a conclusão desses negócios, materializados por meio de contratos internacionais.

Importante frisar que este estudo não cuida da comercialização das mercadorias provindas do agronegócio (que abrangeria o direito aduaneiro ou comercial), e sim do processamento e da produção das mesmas, e para que haja a produção, o sujeito estrangeiro interessado precisa ultrapassar algumas barreiras impostas pela Lei 5.709, de 7 de outubro de 1971, que cuida da aquisição de imóveis rurais brasileiros por estrangeiros, abrangendo inclusive o regime de arrendamento, e outras particularidades.

No entanto, não se pode olvidar que a aludida Lei Federal não mais regula totalmente o uso da terra por estrangeiros, tendo em vista o surgimento de outras normativas e regulamentos surgidos posteriormente à sua publicação, e que, consequentemente, não são abrangidos pela referida lei, abrindo ala à exploração (ou apropriação) estrangeira de imóveis rurais brasileiros, tema que será tratado no decorrer deste artigo.

2. O processo de integração brasileira na Convenção da Apostila de Haia

No plano do Direito Internacional, em decorrência da soberania estatal, os

[4] Segundo Buranello e Terashima, o agronegócio "é um marco conceitual que delimita os sistemas integrados de produção de alimentos, fibras e biomassa." (2015, p. 674).

[5] Dados extraídos do Relatório PIBAgro-Brasil, elaborado entre o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA) da Esalq/USP, e a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

Estados-nação não podem ser compelidos a se submeter a uma ordem internacional. Entretanto, a partir do momento que o Estado manifesta a sua vontade no sentido de sujeitar-se às normas internacionais, aplica-se o princípio da *pacta sunt servanda*[6], pelo qual o acordo faz lei entre as partes. Portanto, somente a partir do momento em que o Estado se vincula a um tratado, fica obrigado a cumpri-lo.

Consoante se extrai do conceito de tratado insculpido no artigo 2, alínea "a" da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969, a terminologia de cada tratado em si não altera a substância e a finalidade do ato, qual seja, instituir uma nova norma de direito internacional.

Todavia, em que pese não haja distinção normativa quanto às denominações utilizadas para a designação dos tratados, cabe mencionar que parte majoritária da doutrina publicista defende que cada termo utilizado para designar os acordos celebrados pelos Estados no âmbito internacional significa uma espécie de tratado utilizado em situações diferentes, como o termo Convenção. Segundo Portela (2015, p. 86):

> O termo convenção é normalmente empregado para acordos multilaterais que visam a estabelecer normas gerais de Direito Internacional em temas de grande interesse mundial, como no caso dos tratados de direitos humanos. É também frequentemente utilizado como sinônimo de tratado.

Já no que tange ao procedimento de formação dos tratados internacionais e, mais especificamente, no ciclo exigido para internalização dos acordos internacionais celebrados pelo Brasil, são necessárias, como regra, a conclusão de quatro fases distintas, a saber: negociações preliminares, adoção do texto e assinatura (fase 1), aprovação parlamentar ou referendo do Congresso Nacional (fase 2), ratificação (fase 3) e promulgação (fase 4). Sendo que a fase 1 e a fase 3 são internacionais, sendo a aprovação parlamentar e a promulgação fases internas brasileiras (MAZZUOLI, 2012).

Convém destacar, outrossim, que nem todos os acordos internacionais são elaborados consoante essas quatro etapas, posto que, excepcionalmente, poderão ser celebrados tratados de forma simplificada (os denominados *Executive Agreements*), nos termos do artigo 12 da supramencionada Convenção de Viena de 1969. Ademais, as formalidade exigidas para a conclusão dos tratados internacionais pode variar de acordo com o ordenamento jurídico interno de cada país celebrante.

Contudo, o objeto do presente estudo aborda outra forma de ingresso, visto que o Estado Brasileiro se vinculou à Convenção da Apostila por meio da chamada "Adesão", que também comporta a maioria das formalidades acima descritas.

A Convenção da Apostila foi firmada em Haia, Holanda, aos 05 de outubro de

[6] Artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969.

1961, data em que, conforme entendimento doutrinário, a convenção ainda não teria força vinculante para gerar efeitos jurídicos dentro do Estado que a assinasse, visto que esta etapa consiste apenas em uma forma de encerrar as negociações e confirmar o texto do tratado.

No Brasil, os tratados internacionais, após a fase da assinatura ainda estão sujeitos à aprovação ou referendo do Congresso Nacional[7], que versa sobre a segunda etapa de elaboração dos tratados, tendo como documento hábil à materialização de sua aprovação o decreto legislativo assinado pelo Presidente do Senado.

O Brasil iniciou o seu processo de integração da citada Convenção por meio do referendo congressional (Decreto Legislativo n.º 148/2015). É de se frisar que, apesar de o país não ter participado da etapa inicial de elaboração e adoção do texto da Convenção da Apostila, sua posterior adesão fora admitida em razão de se tratar de uma Convenção ser do tipo "aberta"[8].

No caso Brasileiro, a aprovação do Senado é imprescindível caso o país queira aderir a qualquer tratado internacional, por força do disposto no Art. 84, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Aprovado pelo Congresso, é mister ainda que o Estado o ratifique, tal importância se dá pelo fato de garantir vigência internacional ao tratado, pois é neste momento em que o estado se vincula ao próprio tratado obrigando-se a cumprir os seus termos. De acordo com a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli (2012), o Estado, a partir deste momento, fica inclusive obrigado a adaptar sua legislação interna ao teor do tratado.

Conforme a tabela dos membros da Convenção da Apostila, o Brasil ratificou a Convenção da Apostila de Haia aos 02 de dezembro de 2015, depositando seu instrumento de adesão junto ao Ministério das Relações Exteriores dos Países Baixos, do modo como estabelece a própria Convenção, em seus artigos 10 e 12.

Ocorre que, pelo referido artigo 12, a ratificação só produziria efeitos se nos seis meses seguintes à notificação do Ministério das Relações Exteriores aos Estados acordantes, estes não impusessem objeções à adesão brasileira. Neste meio tempo, o Brasil promulgou o Decreto Executivo n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016, dando publicidade à Convenção dentro de seu próprio território e internalizando os seus respectivos efeitos.

3. Breve comparativo entre os procedimentos de legalização consular e

7 Conforme art. 49, inciso I da Constituição Federal de 1988.

8 As convenções de tipo aberto são aquelas que permitem adesão após a adoção do texto e ratificação pelos demais signatários.

apostilamento

Antes da adesão do país à Convenção da Apostila de Haia, o procedimento de legalização de documentos brasileiros para que surtissem seus efeitos no exterior era totalmente disciplinado pela Portaria n.º 656, de 29 de novembro de 2013, do Ministério das Relações Exteriores (MRE). Em suma, para que os documentos brasileiros tivessem validade em qualquer outro país fazia-se necessário que se realizasse, no Brasil, uma série de exigências burocráticas, longas e com custos bastante elevados.

O primeiro obstáculo seria se deslocar até o Setor de Legalização e Rede Consular Estrangeira, situado em Brasília, ou até um escritório de Representação do Ministério das Relações Exteriores situados apenas em alguns estados da federação. Feito isso, o documento levado à legalização, que deve ser original ou cópia autenticada, entraria em análise para verificação do procedimento a ser tomado, considerando que existem as ressalvas de documentos que não podem ser legalizados e, ainda, que para cada tipo de documento podem inclusive existir procedimentos específicos – o que demandaria mais tempo, desgaste e dinheiro, embora nesta primeira etapa o serviço de legalização oferecido pelo Setor seja gratuito. (BRASIL, 2013)

Após o Setor de Legalização certificar a origem do documento com a aposição de seus carimbos, etiquetas e assinatura do funcionário competente, não desconsiderando a necessidade de alguns documentos passarem pela tradução juramentada, o documento deve ser encaminhado ao Consulado do país onde será utilizado, para a tomada dos demais procedimentos, fato que também demandaria mais tempo, desgaste, e pagamento de custas aos Consulados. (BRASIL, 2013)

Por seu turno, a Convenção da Apostila de Haia, com o objetivo de simplificar os mencionados procedimentos e burocracias, estabelece que o ato de legalização pode ser efetivado por um simples apostilamento. Em outras palavras, os atos de legalização de documentos antes efetuados exclusivamente pelas Embaixadas e Consulados foram substituídos pela aposição da apostila, procedimento realizado por um ato único, mediante o recolhimento de uma única taxa junto às autoridades competentes designadas por cada Estado signatário. No Brasil, como já mencionado introdutoriamente, as autoridades que foram designadas pelo CNJ (responsável pela regulamentação da Apostila) foram os Cartórios Extrajudiciais.

Por certo que se o documento for de origem ou destino de Estados que não são signatários da Convenção da Apostila, o procedimento a ser adotado continua sendo o disciplinado pela Portaria n.º 656/2013 do Ministério das Relações Exteriores, conforme dispõe o artigo 5º da Resolução n.º 228/2016 do CNJ.

Por oportuno, convém ressalvar que, cotejando-se o procedimento de legalização consular com o procedimento de apostilamento introduzido pela Convenção da Apostila de Haia, é preciso pontuar algumas diferenças, que implicam na necessidade, em determinadas situações práticas, da adoção da legalização consular em detrimento ao

procedimento simplificado do apostilamento.

De fato, em que pese a agilidade e a redução de custos propiciados pelo apostilamento, existem alguns pontos não contemplados pela Convenção de Haia, tais como: o conteúdo do documento não é certificado, somente a sua origem; a proibição de legalização de documentos que consubstanciem ato jurídico contrário à legislação brasileira ou documentos já emitidos por autoridades consulares brasileiras no exterior; o fato de a legalização ser feita somente no país onde o documento for emitido; a necessidade de reconhecimento de firma em documentos particulares; dentre outros.

4. Aspectos relevantes acerca da aplicação da Convenção da Apostila de Haia às relações de produção agropecuária entre brasileiros e estrangeiros

Após discorrermos sobre o processo de integração brasileira na Convenção da Apostila de Haia, bem como acerca dos procedimentos de legalização consular e apostilamento, passa-se a tratar do ponto central do presente estudo, qual seja, a possibilidade de aplicação da Convenção da Apostila de Haia às relações do agronegócio entabuladas entre brasileiros e estrangeiros.

Não se pode negar que a globalização acarretou maior abertura comercial entre os países "e, por conseguinte, na necessidade de articulação de instrumentos jurídicos capazes de viabilizar as transações entabuladas entre contratantes situados em países submetidos e vinculados a legislações distintas" (MERIDA e MONTEIRO, 2017, p. 265).

Nesse passo, sabe-se que o Direito do Agronegócio regula diversas atividades que provêm do uso da terra, podendo os contratos resultantes da atividade agropecuária e agroindustrial ser efetivados entre sujeitos que se situam em diferentes Estados-nação.

Destaca-se que neste estudo, as relações provenientes do direito aduaneiro ou comercial não são o enfoque, e sim aquelas relativas à produção, ao processamento e à armazenagem dos produtos e subprodutos derivados da atividade agrícola ou agropecuária. Também não adentraremos na etapa de comercialização/exportação dos produtos oriundos do campo, temática já explorada em trabalho anteriormente publicado pelas autoras[9].

De outro lado, é cediço que a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros no Brasil é parcialmente proibida, posto que, conforme estabelecido pela Lei Federal n.º 5.709/1971, o estrangeiro – pessoa física ou jurídica, só está habilitado a adquirir ou

[9] Sobre a discusão acerca da possibilidade de utilização do procedimento de apostilamento com relação aos documentos provenientes da comercialização/exportação de *commodities* agropecuárias consultar o trabalho intitulado "Aplicação da convenção da apostila de Haia no âmbito do agronegócio: uma análise crítica com perspectivas favoráveis." Disponível em: http://www.eventosfesurv.com.br/fckfiles/files/XI%20Cicurv_2017.pdf.

arrendar imóveis rurais no Brasil se aqui tiver residência, ficando ainda sujeito aos limites ditados naquela norma[10].

Outrossim, segundo alerta Zanchim (2016, p. 40): "O artigo 23 da Lei n.º 8.629/1993 estendeu ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros previstos na Lei nº 5.709/71". Inclui-se, ainda, nesta proibição, a empresa brasileira "da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.[11]" (BRASIL, 1971).

Em virtude do incremento das relações entre brasileiros e estrangeiros e em razão do clima favorável e da qualidade da terra brasileira para produção agrícola e pecuária, não se pode ignorar o fato de que os imóveis rurais brasileiros já estão sendo explorados há algum tempo por estrangeiros (fenômeno que ficou conhecido por *land grabbing*)[12] em razão das diversas possibilidades não abarcadas pela lei supracitada.

Nesse sentido, Zanchim (2016) aduz que a Lei 5.709/71, por restringir o direito fundamental de propriedade, deve ser interpretada de modo restritivo, ou seja, de forma a abranger as menores possibilidades possíveis. A partir dessa premissa hermenêutica, o referido autor elenca algumas das alternativas ou lacunas deixadas pela Lei , destacando situações que não estariam abrangidas pela mencionada vedação legal de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros, entre elas o direito de superfície, previsto no Código Civil Brasileiro, e delimitado pela doutrina do seguinte modo:

> Pelo direito de superfície, uma pessoa (superficiário) pode, durante um tempo, construir ou plantar em terreno pertencente a outra (concedente ou proprietário). Pela perspectiva do primeiro, o instituto destina-se a garantir, de modo mais acentuado, o direito de exploração econômica de imóvel não construído (COELHO, 2012, p. 394).

---

[10] "Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinqüenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1º - Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independendo de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º - O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinqüenta) módulos de exploração indefinida. (Vide Lei nº 8.629, de 1993)

§ 3º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.)" (BRASIL, 1971).

11 Consoante dispõe o art.1º, § 1º, da Lei 5.709/1971.

[12] Nos termos de Sassen (2012, p. 27), a "[...] terra, entendida em sentido amplo, se tornou uma das maiores necessidades do capitalismo avançado – para alimentos e cultivos industriais, lençóis subterrâneos de água, para formas tradicionais e novas de mineração".

Já no que diz respeito à restrição de aquisição e/ou arrendamento de imóveis rurais por empresas brasileiras das quais participem pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras que detenham a maioria de seu capital social, Zanchim (2016) assevera que somente atingirá as companhias que tenham controle estrangeiro, conforme elucida-se a seguir:

> (...) a participação do sócio estrangeiro no capital social da empresa brasileira poderá ser organizada de forma que este não seja enquadrado como controlador, ou seja, de modo que a relação entre a quantidade de ações preferenciais e ordinárias não o assegure de forma cumulativa (i) a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e (ii) e poder de eleger a maioria dos administradores. (ZANCHIM, 2016, p. 44-45)

Outra possibilidade de transação não abrangida pela vedação legal de aquisição de imóveis rurais por estrangeiros refere-se aos denominados "Contratos de Parceria", sendo que neste tipo de negócio tanto os lucros quanto os riscos são repartidos às partes contratantes, presentes os requisitos do artigo 96, § 1º, I, II e III, da Lei 4.504 de 1964[13], que dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências.

Os Contratos de Parcerias, de acordo com o supracitado dispositivo legal, podem ter como objeto atividades agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa (BRASIL, 1964). Benedito Ferreira Marques (2015) afirma que tais modelos contratuais, por possuirem natureza onerosa, têm como principal peculiaridade a quota de participação do parceiro-outorgante, demarcadas pelo inciso VI do artigo 96 do Estatuto da Terra. Assim, gradativamente, quanto maior a participação do parceiro-outorgante na atividade que será realizada, maior sua quota final na divisão dos lucros.

Outras características próprias das Parcerias se referem ao exercício dos direitos concedidos, e para tanto, tal abrangência inclui somente o uso (com exclusão do gozo) do imóvel rural pelo parceiro-outorgado pelo prazo mínimo de três anos, além de se aplicar analogicamente as regras concernentes aos contratos de sociedade e de arrendamento rural (MARQUES, 2015).

---

[13] "§1º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos: (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

I - caso fortuito e de força maior do empreendimento rural; (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

II - dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais estabelecidos no inciso VI do caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.443, de 2007).

III - variações de preço dos frutos obtidos na exploração do empreendimento rural." (BRASIL, 1964)

Note-se que tanto para a efetivação desses contratos de parcerias entre brasileiros e estrangeiros, quanto para as demais consequências jurídicas que advierem do referido contrato, contempla-se a utilidade do apostilamento.

Tem-se, ainda, a facilidade trazida pela Convenção nos casos em que o empreendedor estrangeiro constitua um mandatário no Brasil para gerir seus negócios, uma vez que este instrumento procuratório deverá estar devidamente legalizado/apostilado para que surta seus efeitos no Brasil.

Outrossim, podemos citar a hipótese em que se fizer necessário o ajuizamento deste título contratual em outro foro que não seja aquele em que o contrato fora firmado, ou até mesmo uma notificação enviada via postal, já devidamente apostilada, que por si só já reduz consideravelmente outros procedimentos que deveriam ser tomados na ausência da Convenção.

Desse modo, mesmo que a Convenção da Apostila estabeleça a supressão do procedimento de legalização quanto a atos públicos estrangeiros[14], o procedimento de apostilamento por ela estabelecido equipara-se ao sinal público, haja vista que decorre de uma mera certificação da assinatura do tabelião ou autoridade que reconheceu as assinaturas das partes, ou até mesmo, a certificação/apostilamento de uma cópia autenticada do contrato.

Cabe ainda mencionar, para os fins pretendidos por este trabalho, o Projeto de Lei n.º 4059/2012, cujo teor se ocupa em flexibilizar a aquisição de imóveis rurais situados em território brasileiro por estrangeiros, incluindo o regime de arrendamento de imóveis rurais brasileiros por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras. No entanto, seu maior diferencial refere-se ao fato de não haver restrição com relação à residência ou

---

[14] "*Artigo 1.º* A presente Convenção aplica-se aos actos públicos lavrados no território de um dos Estados contratantes e que devam ser apresentados no território de outro Estado contratante.

São considerados como atos públicos para os efeitos da presente Convenção:

a) Os documentos provenientes de uma autoridade ou de um funcionário dependentes de qualquer jurisdição do Estado, compreendidos os provenientes do Ministério Público, de um escrivão de direito ou de um oficial de diligências;

b) Os documentos administrativos;

c) Os atos notariais;

d) As declarações oficiais tais como menções de registo, vistos para data determinada e reconhecimento de assinatura, inseridos em actos de natureza privada.

Todavia, a presente Convenção não se aplica:

a) Aos documentos elaborados pelos agentes diplomáticos ou consulares;

b) Aos documentos administrativos relacionados directamente com uma operação comercial ou aduaneira." (BRASIL, 2016). (sem grifos no original)

constituição de tais empreendedores, além de por termo à discussão que recai sobre a restrição de aquisição/arrendamento por pessoas jurídicas brasileiras que são constituídas ou controladas por sócios estrangeiros, diversamente do que dispõe a Lei 5.709/1971.

Consoante o aludido Projeto de Lei, o empreendedor estrangeiro que tenha residência em seu país de origem, bem como a empresa brasileira constituída ou controlada por estrangeiros, ficariam aptos a adquirir ou arrendar imóveis rurais brasileiros.

5. Considerações finais

Diante do estudo aqui exposto, conclui-se que o procedimento de legalização previsto na Convenção da Apostila de Haia, o denominado apostilamento, pode ser empregado aos documentos oriundos de transações agronegociais firmadas com estrangeiros para exploração de imóveis rurais no Brasil.

Quanto à vedação prevista na Lei n.º 5.709/1971 relativamente à aquisição de imóveis rurais brasileiros por estrangeiros, demonstrou-se que não impede que outros negócios jurídicos possam ser firmados entre os interessados – tais como a cessão do direito de superfície e os contratos de parceria rural, e é neste contexto que a utilização da apostila é aplicável, isto é, no momento em que tais contratos devam surtir plenamente seus efeitos, seja no país do contratante ou do contratado, conforme for o caso.

Adicionalmente, conforme mencionado, encontra-se em andamento na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 4059/2012 que, caso seja aprovado, ampliará as hipóteses de aplicação do procedimento simplificado de legalização e apostilamento, em razão das perspectivas futuras de alteração legal da vedação referente à aquisição e arrendamento de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

Ocorre que, se de um lado, vislumbra-se que a facilitação do trâmite de legalização dos documentos provenientes da exploração de imóveis rurais no Brasil poderá ser um fator de incentivo aos investidores estrangeiros no setor agroindustrial brasileiro, impulsionando a produção e o progresso do agronegócio; de outro lado, a aludida agilidade no procedimento de legalização de documentos estrangeiros associada às lacunas contidas na Lei n.º 5.709/1971 (ou ao teor do Projeto de Lei n.º 4059/2012, se aprovado) poderão significar a facilitação do processo de apropriação de terras brasileiras por estrangeiros (*land grabbing*) e, com ela, a apropriação dos recursos naturais de nosso país.

Portanto, fica o seguinte convite à reflexão: qual o preço que o Brasil está disposto a pagar em troca do investimento estrangeiro no país?

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. Ministério das Relações Exteriores. **Portaria nº 656, de 29 de Novembro de 2013**. Dispõe sobre a atividade de legalização de atos notariais e documentos brasileiros, destinados a produzir efeitos no exterior, para tramitação junto a Embaixadas e Repartições Consulares estrangeiras no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF, 29 de nov. de 2013. Não paginado. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25148228_PORTARIA_N_656_DE_29_DE_NOVEMBRO_DE_2013.aspx> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 228, de 22 de Junho de 2016.** Regulamenta a aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, da Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, celebrada na Haia, em 5 de outubro de 1961 (Convenção da Apostila). Brasília, DF, 22 de jun. de 2016. Não paginado. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3139> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. **Decreto nº 3.832, de 1 de Junho de 2001.** Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Brasília, DF, 1 de jun. de 2001. Não paginado. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. **Lei nº 4.504, de 30 de Novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, DF, 30 de Novembro de 1964. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. **Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.** Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. Brasília, DF, 7 de outubro de 1971. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. **Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF, 14 de dez. de 2009. Não paginado.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. **Decreto nº 8.660, de 29 de Janeiro de 2016.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961. Brasília, DF, 29 de jan. de 2016. Não Paginado. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8660.htm> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4059 de 2012**. Regulamenta o art. 190, da Constituição Federal, altera o art. 1º, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e o art. 6º Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de junho de 2012. 5 p. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2241DED370B8C4F9314B5212F1C1924A.proposicoesWebExterno2?codteor=1001609&filename=PL+4059/2012> Acesso em: 05 de Maio de 2017.

BURANELLO, Renato M.; TERASHIMA, Eduardo Ono. **Comércio internacional de commodities agrícolas e a Convenção de Viena**. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono. A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** Direito das Coisas e Direito Autoral. São Paulo: Saraiva, 2012.

CEPEA. Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada da Universidade de São Paulo. **Relatório PIBAgro-Brasil.** Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Relatorio%20PIBAGRO%20Brasil_DEZEMBRO.pdf> Acesso em: 16 de Maio de 2017.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público:** Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MERIDA, Carolina; MONTEIRO, Renata de Almeida. **Contrato de Pagamento Antecipado de Exportação como Instrumento de Financiamento do Agronegócio e seus Aspectos Tributários no Brasil**. In: PORTELA, Irene Maria; GONÇALVES, Miranda Rúben; VEIGA, Fábio da Silva (Coord.). Paradigmas do Direito Constitucional Atual. 1ed. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017, v. 1, p. 265-276.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador:

Editora Juspodivm, 2015.

SASSEN, Saskia. **Land Grabs today:** Feeding the disassembling of national territory. Globalizations. Vol. 10, nº 1, 2013, p. 25-46.

ZANCHIN, Kleber Luiz. **Aquisição de Imóveis Rurais Por Estrangeiros no Brasil**. In: ZANCHIN, K. L. (Org.) Direito Empresarial e Agronegócio. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016. p. 39-48.

TECNOLOGIA, CRISE E REFORMA TRABALHISTA: O CASE BRASILEIRO

Denise Fincato[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Crise: bases teórico-filosóficas necessárias ao estudo; 3. Globalização, tecnologia e trabalho: afetações ao direito do trabalho; 4. Reforma trabalhista no Brasil: um pouco de história; 5. Projeto de lei nº 6.787/2016: a proposta governista; 6. Do plc nº 38/2017 à lei nº 13.467/2017: pontos importantes; 7. Conclusão

1. Introdução

As crises econômicas em Estados e continentes até então tidos como estáveis e seguros quebraram diversos paradigmas e fizeram ali descontruir-se o Direito do Trabalho clássico, eminentemente social, para erigir-se um novo modelo, pautado na sustentabilidade e na flexisegurança. Além disto, fenômenos como a automação, robotização e Inteligência Artificial têm influenciado os espaços produtivos, transformando os métodos de prestação de serviços e, sobretudo, reduzindo postos de trabalho subordinado. Países desenvolvidos têm constante adaptação de suas legislações trabalhistas, especialmente alterando seu foco de proteção, antes o trabalhador, para, agora, o trabalho.

Globalização, Tecnologia e Crise Econômica têm sido apontados como os grandes vetores das reformas trabalhistas de países como Espanha, França, Itália, Portugal e Inglaterra. No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é documento legislativo datado de 1943 mas, desde então, não se operaram grandes alterações em sua lógica e estrutura, o que ultimamente requeria verdadeiros malabarismos interpretativos a juristas e habilidades técnico-jurídicas aos empregadores.

No Brasil, foi recentemente aprovada a Lei nº 13.467/2017, que reforma a legislação trabalhista ordinária, especialmente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Seu projeto teve origem em proposta do Governo Federal e a exposição de motivos do projeto original (PL nº 6.787/2016) indica a intenção de alinhar o país ao cenário internacional no tocante à regulamentação e funcionamento das relações de trabalho (individuais e coletivas), constituindo-se parte importante do documento.

A metodologia empregada no presente estudo é, quanto à abordagem, dedutiva; quanto ao procedimento, histórico, comparativo, estruturalista e funcionalista e, por fim,

---

[1] Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (2017). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (2001). Professora Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Advogada trabalhista, sócia de Souto Correa, Cesa, Lumertz e Amaral Advogados. E-mail: dpfincato1@gmail.com

quanto à interpretação, adota-se linha sociológico-sistemática.

Com o a seguir articulado, não se esgota o assunto da Reforma Trabalhista no Brasil, ao revés, inicia-se debate que deve prosseguir verticalizado em outras delimitações temáticas, especialmente acompanhando a aplicação da nova lei às relações de trabalho.

2. Crise: bases teórico-filosóficas necessárias ao estudo

No Brasil atual, o termo "crise" ganhou as ruas, as capas dos periódicos, os minutos nobres dos telejornais. Entretanto, poucos são os que realmente dominam seu complexo significado, até mesmo porque, em verdade, múltiplas são as crises que o país vivencia e multifatorial e multifacetada cada uma delas poderá se apresentar. Em realidade, a crise brasileira tem fundo político-estrutural e reflexos diversos.

No cenário político institucional, é bastante comum o surgimento concomitante ou encadeado de crises políticas, financeiras, econômicas e sociais e, dependendo da relevância (especialmente econômica) do país que entra em tal estado de colapso, sua situação pode ocasionar reflexos para o restante do mundo, sem possibilidade de previsão de suas proporções. Nesse aspecto, vale lembrar as recentes crises econômicas ocorridas nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, especialmente a partir do ano de 2008 e seu reflexo global, sentido até os presentes dias. Nos países de regime capitalista[2] as crises mais comuns são as de ordem política, financeira e econômica[3].

[2] Modo de produção de mercadorias (bens e serviços) que assenta na separação entre o capital, que detém a propriedade dos meios de produção (máquinas, sistemas de gestão e de informação, tecnologias e matérias-primas) e força de trabalho, que mobiliza esses meios para produzir riqueza. A remuneração da força de trabalho fica sempre aquém do valor que cria e, nessa diferença ou excedente consiste o lucro do empresário e a consequente exploração do trabalhador. SANTOS, Boaventura de Sousa. Capitalismo. In: CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS. **Dicionário das Crises e Alternativas**. Coimbra: Almedina, 2012, p, 42-3.

[3] "A crise política inicia por uma série de divergências entre setores políticos, que na maioria das vezes, se contrapõem aos atuais governantes. Associado a isto, normalmente há um depauperamento do sistema de administração pública, que não atende às necessidades básicas da população, embora siga recolhendo parcela considerável de sua renda, via impostos. Tal quadro pode, inclusive, desencadear golpes militares, revoltas populares ou outras reações extremistas. A crise política gera instabilidade, descrédito, revolta e/ou paradoxal apatia popular. O governo geralmente perde apoio nas casas legislativas, acarretando ingovernabilidade. Já a crise financeira se caracteriza por uma situação de ruptura que enfraquece e desacredita os mercados financeiros e os agentes que neles atuam. As crises financeiras se diferenciam das crises econômicas, pois resultam da própria forma de operação dos mercados financeiros liberalizados e sem um sistema de regulação adequado. Dificilmente uma crise no mercado financeiro não acarretará oscilação na economia de um país. Por crise econômica, compreende-se um grave e súbito distúrbio no equilíbrio econômico de um país. Há uma instabilidade no equilíbrio oferta-procura de produtos/serviços e de oferta-procura de capital, que culmina na oscilação de preços ou custos. A crise econômica é considerada como uma

Pois bem, o termo "crise", em si, contém uma carga de negatividade intrínseca. Entretanto, os momentos de desagregação e impermanência são inerentes à evolução humana[45]. A crise não é mais que um momento de transição em que o velho, por não se adequar às estruturas vigentes, deve substituir-se pelo novo, em um movimento natural de renovação[6].

Portanto, ciclicamente, desde os primórdios do Direito do Trabalho, com maior ou menor agudez, as crises (especialmente as econômicas) o têm afetado. Como crises significam mudanças, entendeu o legislador brasileiro que era tempo de realizar alterações significativas na legislação trabalhista e, assim, foi aprovada a Lei nº 13.467/2017 - que passou a vigorar a partir de 13/11/2017, acerca da qual até o momento do fechamento deste artigo ainda pende a MP nº 880/2017 - e que constitui parte da reação brasileira à "crise" econômica - mas também política - por que passa o país,

---

das fases do ciclo econômico problemático, juntamente com a superprodução, recessão e depressão[3]. A superprodução ocorre quando as empresas produzem bens e serviços em número superior ao consumido, de modo que encontram dificuldades de estocar sua produção. Na recessão, empresas em dificuldades financeiras apresentam quadros comuns de dispensas (normalmente coletivas) e requerimentos de recuperação judicial. Na depressão, a crise está instaurada e há uma retração geral na atividade econômica, com aumento do desemprego, queda na renda familiar, aumento nos índices inflacionários e no número de empresas em status falimentar. Diante de crises econômicas, há a natural retração nas vagas de trabalho, o aumento dos índices de desemprego e a redução no consumo. Tem-se percebido nos países em crise econômica (ou que passaram por ela) a implantação de formas flexíveis de contratação laboral, como maneira de fomento ao trabalho remunerado, subordinado ou não" (COSTA, O. T. da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica.** São Paulo: LTr, 1991, p. 31-2)

[4] Cíclicos, desejados e esperados, quando se tem o crescimento como meta. Holisticamente, a crise é um momento natural no movimento de renovação, revela os erros cometidos e as dificuldades ou obstáculos nos caminhos percorridos - individual ou coletivamente. A crise é a oportunidade para revisar atitudes, motivações e desejos, para emergir do adormecimento em que se cai após um período de relativo êxito e tranquilidade

[5] RAFHAEL, Suleyman. O significado profundo da crise segundo os ensinamentos de Gurdjeff. In: FINCATO, D.P. **La Enseñanza Jurídica en Brasil y en España: un problema aporético?** [tesis doctoral]. Universidad de Burgos/España: 2001, p. 379 e ss.

[6] Santos, sobre o cenário de crise, caos e renovação, aprofunda: "Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projetos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico, onde ordem e desordem misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão frequentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica." (SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 2000).

especialmente desde meados de 2014. A Reforma Trabalhista brasileira tem sido alcunhada de "modernização da legislação trabalhista" e nela podem-se observar as grandes vertentes reformistas internacionais - valorização da negociação coletiva e flexibilidade contratual -, entretanto, pouco se identifica com relação a normas para trabalho tecnológico e transnacionalização (globalização) o que, de fato, parece ser o grande elemento de impacto do cenário produtivo brasileiro nos últimos 200 anos.

Este motivo nos leva a refletir sobre a transnacionalização do trabalho e a inclusão da tecnologia no cenário produtivo, buscando identificar se houve uma opção ou esquecimento de parte do legislador.

3. Globalização, tecnologia e trabalho: afetações ao direito do trabalho

Ao expandir territorialmente a análise da intersecção trabalho-tecnologia, inevitavelmente, passa-se pelo estudo da globalização e seus reflexos. Ao buscar o elo que conecta trabalho e tecnologia, inevitavelmente passa-se pelo questionamento acerca do trabalho em si e de sua razão em face do ser humano. Historicamente, pode-se dizer que o trabalho foi naturalmente desenvolvido pelo ser humano, que com ele buscava apenas atender suas necessidades essenciais. Em largos saltos históricos, notoriamente quando seu produto passa a ser destinado a terceiro (que retribui o tempo e a energia do trabalhador com algum bem e, sobre isso, aufere algum ganho), o trabalho passa a ter interpretações sociais, econômicas, religiosas e políticas.

A globalização, que não é fenômeno moderno, ganha corpo, principalmente com sua vocação pela busca de novos mercados (quebra de fronteiras), com a redistribuição (ou concentração em novos cenários) de capitais (livre circulação de bens, produtos e serviços) e o impulso de tecnologias de informação e comunicação (internet). Justamente pelos impactos que gera, a globalização tem sido alvo de considerações divergentes, via de regra porque atreladas a convicções ideológicas.

Se no início o Estado era ausente das relações de trabalho, a partir da construção de princípios jurídicos universais como os reforçados pela Revolução Francesa e em razão do que se testemunhou na Revolução Industrial, paulatinamente, passou-se a interferir na relação particular de prestação de serviços subordinados, notoriamente com intenção de proteção ao trabalhador, entendido como figura com hipossuficiência. Nesse aspecto, impossível deixar de fazer referência à construção internacional dos marcos de Direitos Humanos, especialmente os focados no ser humano trabalhador (ex. *Rerum Novarum*, 1891) e, *a posteriori*, aos fluxos de internalização de tais documentos, em que os Estados demonstraram esforços em constitucionalizar os direitos essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana trabalhadora (como a Constituição do México de 1917, a da Alemanha de 1919 e até mesmo a Constituição do Brasil de 1934). Na esteira dos destaques, merece registro a Constituição brasileira de 1988, que foi erigida com eixo no ser humano e em seus direitos fundamentais, dentre os quais os sociais. Este foco humanizado decorre do fato de que após o alargamento das fronteiras

econômicas e culturais, foi necessário um repensar jurídico sobre as conquistas e consolidações humanas, o que repercutiu no aprofundamento da importância do indivíduo nos textos legislativos e na proteção de todos os direitos que cercam e ainda hoje garantem sua dignidade.

Entretanto, é cediço que o direito codificado não consegue responder às rápidas mudanças da chamada pós-modernidade. Nas palavras de Rüdiger[7], vive-se uma época caracterizada pela constante revolução dos costumes.

Assim, se por um lado observa-se o desfazimento das instituições tradicionais e a transmutação da economia e da vida privada pela crescente inserção da tecnologia informacional e comunicacional, vive-se por outro, a intensificação das conexões, a consolidação da sociedade em rede, a instabilidade de valores sociais.

Sem dúvidas, é via tecnologia que os grandes saltos e rupturas do desenvolvimento se processam. Basta que se mencionem as grandes invenções (escrita, eletricidade, telefone) e se observe o que lhes sobreveio no campo do trabalho. Historicamente, no âmbito do trabalho, a evolução tecnológica traz consigo a necessidade e o implemento de novos processos produtivos e a necessidade de mais especialização e/ou capacitação de parte dos trabalhadores, alterando as lógicas e processos: se na cultura manufatureira o conhecimento da produção pertencia inteiramente ao trabalhador, com a cultura industrial, o conhecimento passa a pertencer ao empregador, dono do capital (das máquinas, dos projetos), que fraciona o trabalho em tarefas estanques e permite ao prestador do serviço a compreensão apenas de seu conjunto de tarefas.

As tecnologias da comunicação e informação permitem a fluidificação da relação de trabalho, uma vez que a matéria-prima passa a ser o próprio conhecimento, que não trafega mais em esteiras rolantes, mas sim, na rede mundial de computadores, que está conectada "pelo ar". As plataformas e o trabalho em nuvem tornam o trabalho humano uma relação para além de líquida, "vaporosa".

A mobilização coletiva, grande virtude do trabalho urbano, na infoera torna-se complexa: embora a conexão esteja potencialmente mais simplificada, em razão da popularização do uso das redes sociais digitais, o grau de compromisso com as causas metaindividuais trabalhistas esvazia-se a cada dia[8]. *A lattere* disto, como fatos sociais e

[7] "As fronteiras entre o passado, o presente e o futuro se desfazem [...]. Transgressões entre a realidade e a virtualidade, entre o sonho e o cotidiano, entre masculino e o feminino, entre o ser humano e o ser androide, são temas de filmes [...]" RÜDIGER, D.S. Relações de Trabalho e política empresarial: uma questão global. In: LEAL, M.C.H; CECATO, M.A.B; RÜDIGER, D.S. (orgs). **Trabalho, Constituição e Cidadania: Reflexões acerca do papel do Constitucionalismo na Ordem Democrática**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 129-147.

[8] Nesse aspecto, não se pode descuidar dos reflexos que a chamada Industria 4.0. Vide SCHWAB, K. **La cuarta revolución industrial**. Barcelona: Debate, 2016, p.21

econômicos, novas atividades e profissões surgem da tecnologia e não são juridicamente reconhecidas (e protegidas). Outras tantas, embora não mais exercidas (como a dos datilógrafos) seguem, ao menos para os fins legais, existentes e alvos da proteção estatal. Dispositivos genéricos como o art. 6º da CLT ou a mera aplicação por analogia de normas forjadas à luz de outra cultura e realidade não se revelam eficazes a garantir a proteção do trabalhador e a segurança do empregador nos chamados trabalhos tecnológicos ou em relações transnacionais.

Na Reforma Trabalhista brasileira, afora a inserção dos artigos 75-A e seguintes (que regem o contrato de Teletrabalho) nada mais se observa de cuidado atual e prospectivo sobre o trabalho tecnológico[9]. Trata-se, portanto, de omissão e/ou miopia legislativa[10].

Por oportuno, registre-se que em países como o Brasil, o trabalho manual e tecnológico convivem. Daí o desafio para construir uma codificação laboral multifacetária: há que se pensar no porvir, sem tirar o olho do atual e do (que se pensa ser) o pretérito. Com este mote, passa-se ao tópico seguinte no qual se descreverá o processo de elaboração da Lei nº 13.467/2017, denominada Lei da Reforma Trabalhista.

4. Reforma trabalhista no Brasil: um pouco de história

Em 2015, os números do Brasil em 2015 não eram nada animadores. O país, que experimentou anos seguidos de euforia econômico-social, se deparou com o aumento do desemprego[11] e o retorno da inflação[12]. No Poder Judiciário, especialmente na Justiça

[9] Não é possível identificar a ausência de dispositivos sobre trabalho tecnológico como opção filosófica ou política do legislador, tal qual se faria se se admitisse que a tecnologia, em médio ou longo prazo, seria tão corriqueira que não mereceria a inserção legislativa, quanto mais para fins de caracterização e regulamentação de tipo contratual especial

[10] Já se afirmou em estudo anterior: "O tempo, na atualidade, corre com outra velocidade (obviamente mais acelerado). E se já é clássica a ideia de que após a ocorrência do fato há sua valoração social e só então o surgimento da norma, gerando sensação de descompasso e, porque não, certo desamparo, em dias atuais o intervalo entre o fato e a norma aumenta, eis que a valoração do fato é demasiadamente complexa e controversa. Sabe-se, portanto, que o tempo da lei é outro e, diante desta premissa, as negociações coletivas [...] revelam-se espaços democráticos, dinâmicos e flexíveis para a regulamentação essencial de que se ressente o meio laboral de determinadas sociedades ante o avanço das tecnologias." (FINCATO, D.P. Trabalho e Tecnologia: reflexões. In: FINCATO, D.P; GUIMARES, C.; MATTE, M. In: **Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto Alegre: do Advogado, 2014, p. 16)

[11] PNAD IBGE (taxa de desocupação no Brasil): out-dez 2013: **6,2%**; out-dez 2015: **9,0%;** out-dez 2016: **12,0%**. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default_novos_indicadores.shtm

[12] São diversos os índices que compõem as medidas de inflação no Brasil, tais como o Índice de

Especializada do Trabalho, o número de ações individuais estava em escala ascendente, em números tão continentais quanto o próprio país[13]. O contexto era propício a propostas reformistas e, na área trabalhista, as premissas do Programa "Ponte para o Futuro"[14] foram: (i) prevalência do negociado sobre o legislado e (ii) flexibilidade dos contratos individuais.

Passado o processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff[15] e assumindo a Presidência, Michel Temer anunciou que faria as reformas trabalhista e previdenciária. No mês de dezembro de 2016, o governo federal enviou à Câmara dos Deputados o PL nº 6.787/2016[16], enviado à Câmara dos Deputados em 26/12/2016, originalmente com

---

Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), a inflação oficial que abrange as famílias com rendimentos mensais entre 1 e 40 salários mínimos, qualquer que seja a fonte de rendimentos) e o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), que abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 e 6 salários mínimos), ambos são medidos pelo IBGE. Há ainda o Índice Geral de Preços (IGP) calculado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Índice de Preços ao Consumidor (IPC), medido pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe). Tomando por base o IPCA, seus índices (anuais) foram: 2013: **5,91%**; 2015: **10,67%** e 2016: **6,29%.** Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultseriesHist.shtm

[13] Relatório do CNJ de 2014 (ano base 2013): tramitaram 7,9 milhões de ações, 4 milhões foram casos novos e 4 milhões vinham dos anos anteriores. Relatório do CNJ de 2015 (ano base 2014): tramitaram 8,4 milhões de ações, sendo 4 milhões de casos novos e 4,4 milhões de processos dos anos anteriores. Relatório do CNJ de 2016 (ano base 2015): tramitaram 9,1 milhões de ações, destas 4,1 milhões foram casos novos e 5 milhões de demandas dos anos anteriores. Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros

[14] Anunciado pelo então vice-presidente da República Michel Temer, como presidente de seu partido – o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) – que, na perspectiva de seus correligionários e simpatizantes, poderia "reconstituir um estado moderno, próspero, democrático e justo".

[15] O afastamento compulsório da Presidente Dilma Rousseff ocorreu em 31 de agosto de 2016, resultado de um processo que tramitou desde 02 de dezembro de 2015.

[16] Não sem antes tentar articular uma Medida Provisória - Medida Provisória (MP) tem suas normas de edição previstas no artigo 62 da Constituição Federal e é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência. Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposição em sessão extraordinária. Ao chegar ao Congresso Nacional, é criada uma comissão mista, formada por deputados e senadores, para aprovar um parecer sobre a Medida Provisória. Depois, o texto segue para o Plenário da Câmara e, em seguida, para o Plenário do Senado. Se a Câmara ou o Senado rejeitar a MP ou se ela perder a eficácia, os parlamentares têm que editar um decreto legislativo para disciplinar os efeitos jurídicos gerados durante sua vigência. Se o conteúdo de uma Medida Provisória for alterado, ela passa a tramitar como projeto de lei de conversão. Depois de aprovada na Câmara e no Senado, a Medida Provisória - ou o projeto de lei de conversão - é enviada à Presidência da República para sanção. O presidente tem a prerrogativa de vetar o texto parcial ou integralmente, caso discorde de eventuais alterações feitas no Congresso. É vedada a reedição, na mesma

19 artigos, algumas alterações à legislação trabalhista. Uma Comissão Especial foi criada por ato da Presidência da Câmara[17] que se dedicou a discutir a temática da Reforma Trabalhista desde sua instalação (09/02/2017) até a entrega do relatório final em Plenário (26/04/2017). As atividades da comissão constam minuciosamente dos registros do sistema informatizado da Câmara dos Deputados[18]. A atividade desta comissão foi "transformadora": o Projeto de Lei, outrora com 19 artigos, passou a contar com mais de uma centena de dispositivos. Na data de 27 de abril de 2017, a proposta legislativa foi encaminhada ao Senado da República, para continuidade da tramitação, agora sob nova designação: PLC nº 38/2017. No Senado, o projeto passou pela análise de três comissões especializadas (Assuntos Econômicos, Assuntos Sociais e Constituição e Justiça), além do Plenário. Não obteve aprovação na Comissão de Assuntos Sociais e foi votada em Plenário do Senado Federal no dia 11/07/2017, quando foi aprovada por 50 votos favoráveis, 26 contrários e 1 abstenção. Em 13/07/2017 foi sancionada pelo Presidente da República, sem vetos ou alterações, mas com a promessa política de solucionar temas delicados via MP posterior, contando com *vacatio legis* de 120 dias. Em 14/11/2017 foi publicada a Medida Provisória nº 880, que "altera dispositivos da CLT"[19]. Esta MP, até o fechamento do artigo, não havia sido convolada em Lei e já havia sido prorrogada uma vez. Destaque-se que a Reforma Trabalhista, desde sua tramitação e especialmente após sua promulgação, vem enfrentando forte resistência do Poder

sessão legislativa, de MP que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/comunicacao/assessoria-de-imprensa/medida-provisoria - que teria o objetivo de reformar a legislação trabalhista no Brasil, recuando logo a seguir para apresentar estratégia mista: parte das via MP e outra parte por Projeto de Lei – PL de iniciativa do governo. Assim, via MP nº 763/2016, o governo federal liberou os saques das contas inativas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) - Lei 8036/90 – Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm - (Destaque-se que apenas as contas inativas até 31/12/2015 foram liberadas) - e definiu a distribuição de 50% do resultado obtido no último exercício financeiro com a aplicação dos recursos do FGTS em financiamentos de programas de habitação, saneamento básico e infraestrutura urbana. A MP foi convertida na Lei nº 13.446 (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13446.htm) na data de 23/05/2017.

[17] Nos termos do art. 34 do Regimento Interno daquela casa na data de 03 de fevereiro de 2017, esta Comissão foi composta por Deputados Federais indicados pelas lideranças das bancadas, de forma a representar os diversos estados da federação brasileira e os diversos matizes políticos partidários.

[18] E vão aqui resumidas: 18 audiências públicas sobre grandes temáticas da reforma, com centrais sindicais, ministros do trabalho, procuradores do trabalho, confederações patronais, professores universitários, desembargadores do trabalho, juízes do trabalho, sindicatos, políticos, servidores públicos, advogados, empresários, sociedades civis diversas; 7 seminários estaduais sobre a reforma trabalhista; 40 audiências públicas, reuniões de trabalho e *workshops* sobre a reforma trabalhista; 850 emendas ao projeto foram apresentadas, 8 delas retiradas de pauta por seus autores, após debates.

[19] O texto da Medida Provisória pode ser obtido no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm.

Judiciário Trabalhista que, inclusive, em abstrato (fora da atividade jurisdicional) e institucionalmente, já produziu material em face de seu teor[20].

O tema da reforma trabalhista movimenta diversos atores sociais, jurídicos e econômicos no Brasil, no entanto, em que pese alguma resistência, verifica-se ser tendência em diversos países, especialmente nos de Cartas Trabalhistas de mesma origem e configuração que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Para os fins deste estudo, é relevante resgatar o conteúdo do Projeto de Lei que teve origem no Governo Federal (Ministério do Trabalho e Emprego), evoluindo em sua análise à proposta aprovada.

5. Projeto de lei nº 6.787/2016: a proposta governista

O Projeto de Lei nº 6.787/2016 teve iniciativa no Governo Federal[21] e gravitava ao redor de sete (7) grandes matérias: aumento das multas por contratação irregular de empregados; contratação subordinada em tempo parcial; eleição de representantes de empregados nas empresas; previsão das matérias disponíveis ou vetadas para Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho; prevalência da autonomia da vontade coletiva nas interpretações judiciais, restringindo a operação do intérprete judicial; contagem dos prazos processuais em dias úteis; ampliação das hipóteses de utilização do contrato de trabalho subordinado temporário.

Mais relevante do que o próprio conteúdo do Projeto de Lei originário era a sua exposição de motivos que revelava uma espécie de cansaço, uma falta de paciência com a ineficiência sindical, com o engessamento do contrato de trabalho subordinado, com as desmedidas interferências e "criatividade processual" de alguns membros do Poder Judiciário, enfim, uma desacomodação com o cenário trabalhista brasileiro, defasado, polarizado, estagnado, desordenado. Dito texto destacava que categorias profissionais e econômicas que se tornaram fortes e expressivas há tempos já prescindiam do Estado para regrar suas relações, embora tivessem suas normas coletivas frequentemente questionadas e, por vezes, até anuladas judicialmente, em que pese a inequívoca vontade

[20] 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho – 9 e 10 de Outubro de 2017 – Brasília/DF – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho- ANAMATRA – Disponível em: http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados.asp. Acessado em 05/03/2018.

[21] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (grifou-se)

coletiva em negociar, além da ausência de vícios materiais ou formais no ato negociado[22] [23].

Alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 seguem sem regulamentação e inoperantes até os presentes dias. Assim, pela proposta, o artigo 11 da Carta Magna[24] seria regulamentado e a exposição de motivos cita a experiência em países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido. Pois, em tais países, de fato, os representantes dos trabalhadores nas empresas constituem-se em figuras que sequer vinculadas às entidades sindicais precisam ser, exercem papel preponderante no destensionamento das relações, participam do processo gestor, de negociações diversas e até mesmo do relacionamento com o sindicato (!). Por oportuno, registre-se que a convergência de interesses, compromisso com os representados e maturidade é o que guia o relacionamento de trabalho nos países apontados como paradigma na proposta, quando se fala da representação de trabalhadores nas empresas.

A ausência de canais eficazes de resolução de controvérsias e dúvidas quanto ao pagamento de verbas trabalhistas são responsáveis pelo grande volume de demandas trabalhistas no Brasil isto, claro, associado ao perfil litigioso do povo brasileiro. Sindicatos fortes e eficientes, representantes de empregados atuantes e com credibilidade, sistemas extrajudiciais de prevenção e resolução de conflitos que sejam ágeis, seguros e eficazes podem compor um sistema em que todos ganham, evitando ou reduzindo o número de lides e de passivos trabalhistas.

Do panorama internacional[25], pode-se apontar, reiterando o já dito, que os países

---

[22] A exposição de motivos da reforma trabalhista, assinada pelo Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira, ainda citava o paradigma da ação RE nº 590415/SC BESC/BB (Plano de Dispensa Coletiva), ao analisar a questão da autonomia da vontade individual e coletiva, utilizando-se das palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso que em seu voto, na oportunidade do julgamento de referida causa, sustentou que "[...] no âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual."

[23] Atribuir a prevalência do negociado sobre o legislado, no entender do governo federal, portanto e nesse contexto, seria "valorizar a negociação coletiva" e "dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores". É bem verdade, no entanto, que a estrutura sindical brasileira, num todo, não era (e ainda não é) madura e operante como as categorias destacadas pelo Ministro do Trabalho. Políticas Públicas ou alterações legislativas, quiçá, seriam necessárias a alterar o quadro e forçar o desenvolvimento do sindicalismo nacional, o que é conteúdo para outro estudo (o problema do sindicalismo no Brasil).

[24] Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

[25] Assim Espanha, Portugal, França e Itália, paradigmas comparativos possíveis ao Brasil em razão da proximidade de sistemas jurídicos e de legislações trabalhistas.

que fizeram reformas movimentaram-se sobre mesmos eixos: negociação coletiva e flexibilidade contratual. Mais: nenhum destes países possui o padrão brasileiro (quanti e qualitativo) de judiciarização de conflitos individuais trabalhistas, alguns, inclusive, sequer justiça especializada do trabalho possuem (não, ao menos, em todas as instâncias, como é a realidade brasileira).

6. Do plc nº 38/2017 à lei nº 13.467/2017: pontos importantes

O Projeto de origem na Câmara dos Deputados, PLC nº 38/2017, tramitou no Senado da República desde 27 de abril de 2017 e tinha por intenção alterar um número considerável de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da Lei nº 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário). Em termos qualitativos, as alterações afetam as relações individuais e coletivas de trabalho, o direito processual do trabalho e, ainda, condicionam as relações institucionais especialmente pretendendo conter o excesso de litigiosidade. Quantitativamente, dos 19 artigos do originário PL nº 6.787/2016, passou-se a uma centena no PLC nº 38/2017[26], aproximadamente 90 deles (sem considerar os incisos, parágrafos e alíneas acrescidos) alterariam a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 4 afetariam a Lei do Trabalho Temporário (6.019/74). O projeto fazia menções, ainda, às leis 8.036/901 (Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS) e 8.212/91 (Lei do Custeio da Seguridade Social), sem grande impacto às mesmas, no entanto. Em grandes eixos, pode-se dizer que o PLC nº 38/2017 propôs:

- Quanto às relações individuais: reconhecer a autonomia individual da vontade em algumas hipóteses concretamente delimitadas (distratos em relações de "hipersuficientes", composição de jornadas, etc); criação de um modelo regulatório da terceirização; ampliação do tempo e do uso dos contratos temporários (com geração de empregos).
- Quanto às relações coletivas: garantir a eficácia dos acordos e convenções coletivas em face do texto legal (casos enunciados, limitações legais); a reforma sindical, por via reflexa, uma vez que propõe a eliminação da obrigatoriedade do imposto sindical (registre-se que a reforma não ultrapassa as garantias mínimas do artigo 7º da Constituição Federal, mesmo ao admitir a prevalência do negociado sobre o legislado).
- Quanto ao Processo do Trabalho: dinamização da tramitação, redução

[26] Sem dúvidas, tratou-se de uma alteração de relevo, não sem parâmetros para o Brasil, que já realizou atualizações, legislativas de fôlego em sua história quando, por exemplo, em 2002, promulgou o novo Código Civil (substituindo grande parte do texto de 1916) ou em 2015 editou o novo Código de Processo Civil (substituindo muitos dos dispositivos do diploma de 1973), sempre precedendo tais momentos por grandes debates e períodos de apreensão.

da litigiosidade e dos traços excessivamente protetivos na operação judicial.

São muitas as alterações propostas na "reforma trabalhista" recém ingressa em vigor e já alvo de uma Medida Provisória de ajustes. Alguns temas, no entanto, despertam mais polêmica, quer por serem mais sensíveis, quer por virem a público de forma distorcida ou exagerada.

7. Conclusão

Ao final do estudo, é preciso resgatar o que, para o trabalho, tomou-se como conceito de crise: oportunidade(s) de crescimento e transformação, de adaptação das velhas estruturas e modelos aos novos cenários, protagonistas e funções. No meio trabalhista, é imprescindível observar os efeitos da potencial ausência de limites territoriais (transnacionalização do trabalho) imposta pela globalização e a dinamicidade das transformações ditada pelo irrefreável incremento tecnológico, especialmente pela inserção das tecnologias da comunicação e informação no setor dos serviços. Impossível, ainda, não apreciar o fato de que a globalização potencializa os efeitos das crises.

A Modernização do Direito do Trabalho, portanto, deve atender ao Novo Trabalho, um trabalho Transnacional e Tecnológico, por contingência e evolução. De outro lado, o que se observa, é que as reformas, em verdade, respondem às crises econômicas e ajustam os contratos aos fluxos, pouco importando os fenômenos retro apontados. Este mesmo cenário levou outros países (como Espanha, Portugal, Itália e França, p.ex.) a apressarem suas reformas e, até, a tornarem-nas mais agudas e rotineiras. Destarte, acredita-se que novas e sucessivas propostas reformistas surgirão no Brasil nos próximos anos e a experiência vivida entre os anos de 2016 e 2017 terá sido valiosa ao debate e amadurecimento dos envolvidos, sejam integrantes do Estado (executivo, legislativo ou judiciário), representantes de trabalhadores ou de empregadores, quiçá preparando-os para o necessário diálogo social, único caminho para convergências e pacificação de ânimos.

Por certo que a conduta de acomodação e não-atualização da legislação no Brasil leva à sensação de grande impacto nos momentos de reforma, igualmente ao que ocorreu diante de outras grandes alterações legislativas deste país, retardadas demasiadamente, geradoras de grande abalo e perda momentânea de referências quando apresentadas à sociedade.

De se destacar igualmente que a hiperatividade do Poder Judiciário em seu ramo especializado do Trabalho, especialmente nos últimos anos, gerou reações especialmente voltadas a frear a superprodução de verbetes de Súmulas, Orientações e Precedentes, assim como a fazer ponderar sua intervenção em negócios jurídicos coletivos legalmente formalizados.

São tempos tumultuados em território brasileiro: vive-se uma crise política sem

precedentes e visualiza-se corrupção em todos os níveis de poder, o que, somado à reforma trabalhista e previdenciária (ainda em proposta), traz ao povo a sensação (legítima) de que pagará a conta sozinho.

A resolução deveria ser sistêmica. Mas operar sistemicamente é demasiado complexo em países latinos, com o perdão da generalização. Este é o custo do mau momento da reforma, que deveria servir à revisão e modernização das estruturas da legislação trabalhista e não a jogos de poder ou singela geração de economia, no sentido de mera redução de custos. Esta, assim como a consequente melhor distribuição das riquezas geradas de tal austeridade, deve ser resultado de ajustes gerais ou pontuais, mas dinâmicos e constantes em diversas áreas, não apenas na trabalhista.

No entanto, no tocante às Reformas Trabalhistas, demonizar ou endeusar uma ou outra proposta não parece ser a saída. Comportamentos neste sentido (regra na atualidade brasileira) apenas acirram os ânimos, impedindo as racionalizações necessárias, tornando míopes visões que carecem de amplitude.

Se reformar por reformar não é adequado, também não o é impedir a reforma por comportamento reacionário. De fato a Lei º 13.467/2017 não é dos melhores textos legais, mas há tempos a CLT de 1943 também deixou de sê-lo. Um grande pacto nacional em prol do diálogo e da convergência seria o melhor dos mundos mas, este, não é habitado por coléricos, corruptos e atécnicos.

De tudo e por fim, um último registro: o Direito (especialmente em sua ramificação laboral) não vive sem a economia, mesmo sendo o trabalho um fenômeno social. Enquanto polarizações seguirem buscando fazer valer o viés econômico desvinculado do social e vice-versa, a sociedade não chegará ao ponto de equilíbrio em que haverá suficiente maturidade para flexibilizar relações, na medida do interesse dos grupos ou das pessoas, tomando por lastro protetivo inarredável os direitos fundamentais sociais – base principiológico-jurídica de Estados democráticos.

Referências

BELTRAMETTI, L.; et al. **La fabbrica conessa. La manifattura italiana (attra)verso Industria 4.0.** Milano: Guerini, 2017.

BLANCHARD, O. **Macroeconomia**. 5 ed. Trad. Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011

CASTELLS, Manuel. **La era de la información**: **la sociedad red**.2 ed. vol. 1. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

COSTA, O. T. da. **Direito coletivo do trabalho e crise econômica.** São Paulo: LTr, 1991, p. 31-32.

FINCATO, D.P. **La Enseñanza Jurídica en Brasil y en España: un problema aporético?** [tesis doctoral]. Universidad de Burgos/España: 2001, p. 379 e ss.

FINCATO, D.P. Trabalho e Tecnologia: reflexões. In: FINCATO, D.P; GUIMARES, C.; MATTE, M. In: **Direito e Tecnologia: reflexões sociojurídicas**. Porto Alegre: do Advogado, 2014, p. 16.

FINCATO, D.P. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, v. 1, p. 365, 2016.

FINCATO, D.P. Trabalho e Tecnologia: reflexões. In: FINCATO, Denise; GUIMARÃES, C. MATTE, M. (Orgs). **Direito e Tecnologia**: reflexões sociojurídicas. Porto Alegre: do Advogado, 2014 p. 7-17

FINCATO, D.; PORTELA, V. Dispensa coletiva e o direito fundamental à greve: um case espanhol como paradigma ao direito comparado. **Justiça do Trabalho**, v. 394, p. 31, 2016.

FRIEDMAN, Tomas L. **O mundo é plano**. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

MASI, D. de. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

MASI, D. de. **Lavorare Gratis, Lavorare Titti. Perché il futuro è dei disocupati**. Milano: Rizzoli: 2017.

PEREZ INFANTE, José Ignacio. *Las reformas laborales en la crisis económica: su impacto económico*. **Ekonomiaz.** N.º 87, 1.º semestre, 2015.

RÜDIGER, D.S. Relações de Trabalho e política empresarial: uma questão global. In: LEAL, M.C.H; CECATO, M.A.B; RÜDIGER, D.S. (orgs). **Trabalho, Constituição e Cidadania: Reflexões acerca do papel do Constitucionalismo na Ordem Democrática**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais do Direito Sindical**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 2000, p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Capitalismo. In: CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS. **Dicionário das Crises e Alternativas**. Coimbra: Almedina, 2012, p, 42-3.

SCHWAB, K. **La cuarta revolución industrial**. Barcelona: Debate, 2016, p.21

SEMPERE NAVARRO, Antonio; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. **Teletrabajo**. **Claves Prácticas**. Francis Lefebvre. Madrid: Lefebvre, 2013.

SILVA, Eduardo Sá. **Dicionário de gestão**. Porto: Editorial Vida Econômica, 2013, p. 84.

STURMER, Gilberto. **A Liberdade Sindical na Constituição da República**

Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: do Advogado, 2007.

THALER, Mathias. Crise. In: CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS. **Dicionário das Crises e das Alternativas**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 68-9

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). **Cuatro años de reforma laboral:** evolución del empleo, la contratación, los despidos, la negociación colectiva y los salários. Madrid: SECRETARÍA DE ACCIÓN SINDICAL -COORDINACIÓN ÁREA EXTERNA - GABINETE TÉCNICO CONFEDERAL, 2016.

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN ESPAÑA. UNA PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA

Santiago Santana Trujillo[1]

Sumario: 1. Introducción; 2. Discriminación contra la mujer; 3. Discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género; 4. Discriminación por razón de edad; 5. Discriminación por razón de discapacidad; 6. Discriminación por razón de origen racial, étnico o nacional; 7. La pérdida de una oportunidad. La non nata Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación

1. Introducción

Antes de llevar a cabo un análisis de conjunto sobre este tema, es necesario delimitar convenientemente la diferencia entre el concepto de discriminación y el de exclusión. Y lo haremos definiendo la exclusión como el "proceso mediante el cual los individuos o grupos son total o parcialmente excluidos de una participación plena en la sociedad en la que viven", y la discriminación como "cualquier trato diferenciado menos favorable hacia personas, colectivos u organizaciones, basado en motivos ilegítimos"[2]. Se trata de una distinción fundamental, a la hora de afrontar dicho análisis, ya que, si bien una persona en exclusión no tiene que estar siendo, necesariamente, discriminada, lo cierto es que tiene más posibilidades de sufrir una situación discriminatoria. Por este motivo, las políticas sociales plantean formas de lucha contra la exclusión con objeto de contribuir a corregir la discriminación, y viceversa. Esto supone que, necesariamente, la lucha contra la discriminación no podrá desarrollarse en un ámbito exclusivamente jurídico, sino que es imprescindible un enfoque intersectorial, que incluya la participación de distintos agentes. Siendo conscientes de esto, y dada la materia y la finalidad de este estudio, nosotros nos centraremos en el aspecto jurídico, debiendo completarse nuestro enfoque con un desarrollo de política social que garantice esta defensa desde un punto de vista intersectorial.

---

[1] Santiago Santana Trujillo es licenciado en Derecho por la Universidad Pontificia de Comillas, Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Grado en Enfermería por la Universidad Fernando Pessoa Canarias. Es profesor de varias asignaturas de derecho en la Universidad Fernando Pessoa Canarias, donde ostenta el cargo académico de Decano de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales.

[2] Propuesta metodológica para el trabajo contra la discriminación en el ámbito local. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales E Igualdad. Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Dirección General para la Igualdad de Oportunidades. Federación Española de Municipios y Provincias. Madrid. p. 35.

2. Discriminación contra la mujer

En cuanto a la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, redactó el informe A/67/227 sobre las mujeres discapacitadas, centrando su atención en el fenómeno de la doble discriminación, para los casos de las mujeres con discapacidad. En dicho informe se aprecia que la mayoría de los Estados no cuenta con una normativa específica que prevea este hecho de doble discriminación, como tampoco existen políticas o programas para las mujeres discapacitadas en particular. España es un ejemplo claro, y ello, a pesar de que el género es el motivo de discriminación más desarrollado en términos de normativa y políticas públicas[3]. Por su parte, en el informe A/HRC/11/6 de 18 Mayo de 2009, la Relatora Especial viene a referirse a los efectos negativos para la lucha contra la discriminación contra la mujer, por motivo de la crisis económica, proponiendo a los Estados miembros una visión positiva al respecto, toda vez que esta situación ha generado una "oportunidad crucial para los gobiernos y las organizaciones internacionales e instituciones para invertir en servicios públicos e infraestructuras para crear empleos, mejorar la productividad y reactivar la demanda económica"[4], y ello, por medio de la inclusión en la normativa nacional de derechos económicos y sociales, que incluyan garantías para el nivel mínimo de ingresos, alimentación o salud, al tiempo que lleve a cabo una evaluación desde una perspectiva de género, de todas las políticas de los gobiernos y de las instituciones financieras internacionales, teniendo como guía el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.

Todo ello, en aras de prevenir las consecuencias negativas para la mujer de los ajustes estructurales y financieros que están sufriendo los Estados. Se trata, en esencia, de un enfoque legislativo y político global de la realidad de la mujer en el seno de la crisis económica, que la provea de una mayor protección frente a la discriminación por razón de género, dados los cambios estructurales que están sufriendo los Estados, incluida España, y que han hecho que la vulnerabilidad de la mujer aumente. Así mismo, en su informe A/HRC/11/6/Add.5, de 27 Mayo de 2009, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer defiende la necesidad de aplicar un enfoque intersectorial para abordar los múltiples efectos de la discriminación en esta materia, en lugar de abordar cada forma de discriminación por separado, y ello por cuanto no hacerlo así hace aumentar los

[3] SOLA BARLEYCORN, I., *Foro 2011 para la Igualdad y la No Discriminación - Informe de conclusiones, aprendizajes y recomendaciones de futuro,* Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012, p. 38.

[4] Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Political economy of women's human rights.* A/HRC/11/6, de 18 Mayo de 2009, pp. 27-30.

riesgos y la vulnerabilidad de la violencia[5]. Por este motivo se hace necesario un desarrollo legal integral que aúne la tipología y las causas de la discriminación en su conjunto, de manera intersectorial y holística, con el fin de poder dar solución al problema desde un enfoque completo, considerando a todos los agentes involucrados, y a todas las formas de discriminación en su conjunto.

Por otro lado, tal y como vimos anteriormente, el impacto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que vino a transponer las Directivas 2002/73/CE, de 23 de septiembre; 97/80/CE, de 15 de diciembre; y, 2004/113/CE, de 13 de diciembre, ha sido, hasta el día de la fecha, tímido. La violencia de género sigue siendo una rémora social que azota a las mujeres, lo que supone la mayor manifestación de la discriminación por motivo de género. Lo que nos hace pensar que el enfoque que se ha dado a la violencia de género en España no es suficiente. Al fin y al cabo, la aprobación de esta Ley debe entenderse únicamente como una parte de la solución del problema, pero aún se echa en falta un enfoque integral real del problema. En relación a este asunto, en el informe A/HRC/23/49 de 14 Mayo de 2013, la Relatora Especial hace una consideración de gran importancia, al recordar que el Estado tiene la obligación de investigar todos los actos de violencia contra la mujer, y ello implica que incluso la propia investigación de la violación de los derechos de la mujer debe llevarse a cabo con un enfoque o perspectiva de género, que tenga en cuenta las vulnerabilidades especiales de la víctima. Y ello con un doble objetivo: por un lado, el de prevenir que los hechos no se repitan en el futuro; y, por el otro, proporcionar una tutela efectiva en el caso individual.

Pero para poder obtener el resultado pretendido, es necesario una implicación conjunta de la estructura estatal y de la actuación de los funcionarios públicos involucrados en cada caso concreto. Por ello es necesario que, de una parte, exista una coherencia normativa, no solo a nivel Estatal, sino a todos los niveles de la estructura general del Estado, y, además, un trabajo imparcial, serio y exhaustivo de los funcionarios públicos, cuya función debe estar garantizada por la posible exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias o, incluso, penales. Además, prevé la necesidad de reconocer el derecho de la víctima al acceso a la información sobre el estado de la investigación, sobre todo en los casos de violencia de género, en los que el hecho de la convivencia entre el agresor y la víctima exige que se potencie la interrelación entre el sistema sancionador contra las agresiones pasadas y la prevención de las futuras agresiones de naturaleza similar. Es necesario, entonces, que el Estado articule normas que integren todos los ámbitos de la violencia contra la mujer, imponiendo medidas

[5] Naciones Unidas. RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Informe A/HRC/11/6/Add.5, de 27 Mayo de 2009, *promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development.15 years of the united nations special rapporteur on violence against women, its causes and consequences (1994-2009) - a critical review*, p. 55.

disuasorias y medidas preventivas y en ello los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia, desde sus órganos legislativos como judiciales. Por lo que, estos últimos deben tener las herramientas necesarias para poder llevar a cabo de manera diligente la protección de los derechos de las víctimas. Sin embargo, esta diligencia obliga, al mismo tiempo, a dar soluciones factibles al problema, y no puede entenderse como tal la devolución de la víctima al mismo entorno agresivo del que proviene. Es necesario reforzar los recursos disponibles para revertir la situación de base y evitar, así, que los patrones preexistentes de subordinación se mantengan. Por este motivo, se hace necesario hablar de un derecho a la reparación, con la finalidad de desplegar efectos tanto individuales como sociales que incluyan la justicia correctiva, la disuasión, la retribución y la justicia restaurativa, debiendo incluir, necesariamente, una perspectiva de género, en especial, en las esferas de la satisfacción, la rehabilitación, las garantías de no repetición y la indemnización. Y todo ello, con un análisis permanente tras el tamiz de los derechos humanos, con voluntad de detectar cualquier violación de los principios que los informan, en la propia conducta del Estado en la defensa de las mujeres[6].

Así mismo, el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades entiende, en este sentido, que es necesaria la cooperación y la coordinación interdepartamental, lo que hace que sea fundamental que los métodos para la integración de la igualdad en las políticas generales se deban "adaptar al funcionamiento general de las administraciones públicas", por medio de la reglamentación[7], y ello, a pesar del tenor del artículo 76 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que prevé la creación de la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres, con la finalidad de coordinar las políticas y medidas adoptadas por los departamentos ministeriales y garantizar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, promoviendo su efectividad, lo que nos hace pensar que la estructura administrativa diseñada es mejorable a este respecto. En esta misma línea, la sensibilización social -tanto en términos generales como en relación con los agentes implicados en los procesos- sigue siendo una tarea que, aunque ha mejorado de manera considerable, continúa siendo deficiente[8]. Como también los es, en la esfera doméstica, la protección del Estado en materia laboral de las mujeres inmigrantes que trabajan en domicilios particulares. Se hace preciso, a este respecto, proponer medidas legislativas que obliguen a la Inspección de Trabajo a llevar a cabo inspecciones en el interior de las

[6] Naciones Unidas. RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Informe A/HRC/23/49. De 14 Mayo de 2013. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, p. 19-21.

[7] SOLETO, M. L., *Buenas prácticas de las administraciones públicas en materia de Mainstreaming de género,* Instituto de la Mujer, Observatorio 8, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, Madrid, 2007, p. 84.

[8] *Ibídem,* p. 85.

familias, así como ampliar la garantía y la protección de los sindicatos a estas trabajadoras[9].

Todo ello concuerda con el *Informe Sombra 2008-2013 sobre la aplicación en España de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres* (CEDAW) desarrollado por el Comité de igual nombre. En él se hace hincapié en que la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG) solamente prevé como violencia de género la ejercida contra las mujeres en las relaciones de pareja (o ex-pareja), dejando fuera otras formas de violencia como la sexual, los feminicidios fuera de las relaciones de pareja y las prácticas perjudiciales como la mutilación genital o el matrimonio forzado. Esta situación ha generado en España una disposición de recursos a las víctimas de estas formas de violencia que es escasa y desigual, acrecentada además por la inexistencia de una especialización del sistema judicial penal para los casos en que surja violencia contra la mujer de estas características[10].

Por otra parte, entendemos que es también criticable la descoordinación interterritorial que genera el hecho de que las competencias en esta materia hayan sido delegadas a las Comunidades Autónomas, aumentada por efectos de la crisis económica, sobretodo a partir del año 2011. Además, por este mismo motivo, se han llevado a cabo recortes que han provocado el cierre de varias Oficinas de Atención a las Víctimas de delitos, en lugares como la Comunidad Autónoma de Baleares, o la casa de acogida para mujeres en especiales dificultades de Málaga, entre otras. Igualmente, la merma que se ha producido en la calidad de los servicios entre los años 2011 y 2014, generada por una disminución del personal, ha provocado una reducción de las horas de atención y, por ende, una saturación de los servicios públicos en varias zonas de España, como Madrid o Cataluña. En relación a las mujeres susceptibles de sufrir una doble o múltiple discriminación, como es el caso de las migrantes, las de etnia gitana o las mujeres con discapacidad, es alarmante la indebida diligencia en el análisis de la problemática por parte del Estado Español, el cual, a pesar de las recomendaciones hechas por el Comité, no ha recopilado datos sobre las necesidades específicas de las mujeres gitanas frente a la violencia de género, entre otras[11]. De igual forma, el informe de la CEDAW es

---

[9] DE VILLOTA P. (Directora); FERRARI HERRERO, I; VÁZQUEZ CUPEIRO, S., *Impacto de la crisis económica en el trabajo doméstico remunerado domiciliario y propuesta de medidas de políticas fiscal, social y laboral para estimular su formalización y profesionalización*, Observatorio de la Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales E Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad - Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Instituto de la Mujer, Madrid, 2011, p. 181.

[10] COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES (CEDAW), *Informe Sombra 2008-2013 sobre la aplicación en España de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres* (CEDAW), 61ª Sesión del Comité CEDAW-Naciones Unidas, 2014.

[11] *Ibídem*.

especialmente explícito a la hora de valorar el informe presentado por el Gobierno de España en el año 2008 denominado: *Evaluación aplicación LO 1/2004 de 28 de diciembre. Informe a 3 años, Ministerio de Igualdad, Gobierno de España, 2008,* el cual no realizaba evaluación de impacto alguna. Ni tampoco fue acertada la gestión llevada a cabo por la subcomisión parlamentaria creada en el año 2009 y que tenía como finalidad analizar la implementación normativa incluyendo a organizaciones de mujeres y expertos, ya que no se ha determinado ningún tipo de metodología de evaluación del impacto con la participación de los supervivientes. Como tampoco ha habido una evaluación con las organizaciones de mujeres, del impacto de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (JVM), en relación a los que se ha constatado un aumento de renuncias por parte de las mujeres víctimas, a los procesos penales denunciados por ellas, el incremento de los archivos judiciales de este tipo de procedimientos y la denegación creciente de las órdenes de protección solicitadas a los juzgados. En materia educativa, es alarmante, también, el incumplimiento de la observación 18 del informe 2009, puesto que España no ha revisado los libros de texto ni los contenidos curriculares, lo que provoca que la figura de la mujer sufra de invisibilidad en todos los campos del conocimiento. Así como tampoco existe en la nueva Ley de educación (LOMCE) mención alguna al fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer, ni en la prevención de la violencia de género, en su exposición de motivos, limitándose a una tímida modificación del punto I, art. 1, para la prevención de la violencia de género en los fines de la ley. Y ello, potenciado por la eliminación de la asignatura de *Educación para la Ciudadanía*, que sí incluía contenidos que favorecían la igualdad entre la mujer y el hombre. En materia de comunicación social, en España no existen medidas sancionadoras de la utilización de estereotipos relacionados con la mujer, ni políticas de fomento de la presencia de la mujer en los medios, lo que provoca una jerarquización de la figura del hombre como protagonista de la información económica, y deportiva. En materia de publicidad, no se reportan igualmente sanciones de los casos de sexismo, como, por ejemplo, en la sección de "contactos" de los grandes periódicos de tirada nacional, tras los que se esconden, de hecho, redes de trata de mujeres[12].

Es de especial importancia la ausencia en España de un abordaje integral y coherente contra la trata de mujeres y niñas, y que debería abarcar tanto la legislación, como las medidas y los tratamientos. En cuanto a la esfera normativa, desde el año 2008 hasta el año 2013 se han llevado a cabo avances legislativos de escaso impacto, y se han aprobado medidas reglamentarias y legislativas municipales y autonómicas contradictorias entre sí[13], produciéndose situaciones paradójicas en las que, a pesar de la ratificación de los convenios internacionales por parte del Estado Español, estos conviven con medidas de política municipal y autonómica que los contradicen. En el caso

[12] *Ibídem*.

[13] *Ibídem*.

de la prostitución, por ejemplo, no se trata solamente de sancionar tanto a hombres -por consumir- como a las mujeres -por ofrecer el servicio-, sino que es prioritario encontrar un enfoque integral para la solución del problema que abarque todos los ámbitos.

Por último, es preocupante el protagonismo en España de la mujer en la precariedad en el empleo, en materia salarial[14], la desigualdad entre sexos en la conjugación del ámbito familiar y laboral, y la vulnerabilidad de algunos colectivos de mujeres como el de las inmigrantes y trabajadoras del servicio doméstico/empleadas de hogar, las mujeres con diversidad funcional, las mujeres de etnia gitana, o las mujeres con función monoparental. Así mismo, en materia laboral, las medidas tomadas para paliar los efectos de la crisis han tenido una incidencia negativa en el empleo de las mujeres, ya que están orientadas, fundamentalmente, a sectores masculinizados, eliminando las medidas de acción positiva para la inserción o la permanencia de las mujeres, aumentando la precariedad de las condiciones socio-laborales, disminuyendo la cobertura de prestaciones sociales, debilitando las medidas de negociación colectiva -lo que ha generado una merma en los mecanismos específicos de promoción de la igualdad de oportunidades-[15]. Todo ello adquiere mayor gravedad, si tenemos en cuenta de que en España el número de mujeres empleadas es inferior al 40%, y de ellas, en torno al 20% están contratadas por un contrato a tiempo parcial, lo que supone una de las causas de las diferencias salariales entre ambos sexos[16].

En materia educativa, España ha sufrido un retroceso en relación con la lucha contra la discriminación y la desigualdad, ya que si bien la LOGSE supuso una herramienta efectiva para convertir la educación en un instrumento para avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad, hoy en día se ha hecho patente una pérdida paulatina de esta eficacia, en relación con los discursos basados en la igualdad de oportunidades[17]. Así mismo, dada la estructura territorial y el desplazamiento competencial hacia las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, existe un desarrollo legislativo desigual en relación con las funciones de las administraciones

[14] En 2010 la diferencia salarial se situaba en un 22,55%, que alcanza hasta el 27,56% si se tienen en consideración los complementos salariales. Cfr. Comité para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Informe Sombra 2008-2013 sobre la aplicación en España de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). 61ª Sesión del Comité CEDAW-Naciones Unidas.

[15] Comité para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Informe Sombra 2008-2013 sobre la aplicación en España de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). 61ª Sesión del Comité CEDAW-Naciones Unidas.

[16] PRIETO MORERA, M. R., "El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Luces y sombras", en *Revista Humanismo y Trabajo Social*, 2012, pp. 53 y 58-59.

[17] INSTITUTO DE LA MUJER, *La Situación actual de la educación para la igualdad en España*. Observatorio 5, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 51.

públicas en diversos niveles institucionales, y ello, a pesar de la existencia de los Programas de Acción Comunitarios, como planes estratégicos para la implantación de las Políticas de Igualdad[18]. Así mismo, en relación al marco legal, asistimos a un escenario en el cual coexisten directivas y recomendaciones comunitarias con escasa dimensión legislativa en el ámbito de la igualdad de género, con regulaciones europeas de carácter no vinculante como los Programas de Acción Comunitarios, y, en la esfera nacional, encontramos medidas adaptativas referidas mayoritariamente al ámbito productivo. En dicho escenario, abundan programas o proyectos puntuales, fundamentalmente municipales, siendo escasa la incidencia en las políticas para la coeducación. Pero a más, dicha distribución normativa en varios ámbitos también ofrece un escenario fragmentado que no beneficia al avance en favor de las políticas igualitarias, ya que a nivel estatal encontramos un grupo de normas referidas a la igualdad de oportunidades en general; en segundo lugar -ámbito autonómico-, un paquete de políticas de descentralización asimétrica y desacompasado (ni al mismo tiempo, ni en todo el territorio nacional); y, por último, un desarrollo legislativo de políticas de igualdad de género con un desarrollo muy superior al resto, pero con la fragmentación de roles a nivel central, autonómico y local[19].

3. Discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género

Por su parte, en materia de la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género, la normativa internacional pone un importante énfasis en el uso de la formación, la educación y los programas sociales, con objeto de despertar la conciencia en torno a la igualdad. Por lo que en España deberían de poder habilitarse medidas legislativas que prevean la educación y la sensibilización con la finalidad de despertar la conciencia de las personas en relación a la igualdad por esta razón. No debemos olvidar que la educación ha sido catalogada como uno de los pilares básicos para superar las limitaciones en el disfrute de los derechos fundamentales por aquellas personas que se ven afectadas por este tipo de discriminación. Pero no solo deberá tenerse en cuenta en los planes de estudios, sino que, además, deberá de proveerse de recursos necesarios para poder generar el respeto y la comprensión de las diversas orientaciones sexuales y de la identidad de género. Sin embargo, como acabamos de ver, los planes de estudio vigentes no son el instrumento idóneo para generar la conciencia en relación a la no discriminación. Las modificaciones legislativas, entonces, deberían ir en la línea de implantar, de manera estable y duradera, planes formativos que potencien el desarrollo educativo en torno a la igualdad.

Sin embargo, el mayor reto que entendemos que tiene el ordenamiento jurídico

[18] *Ibídem,* p. 52.

[19] *Ibídem*, p. 54.

en relación a la discriminación por orientación sexual e identidad de género radica en el desarrollo de una normativa específica que proteja a las personas afectadas por este tipo de discriminación. Lo cierto es que no existe dicha herramienta legal ni a nivel internacional, ni a nivel europeo ni a nivel nacional, basándose la defensa de los derechos de las personas afectadas en la protección general que otorga la Declaración Universal de Derechos Humanos, y su adaptación y concreción en torno a esta materia llevada a cabo por los Principios de Yogyakarta. Por este motivo, es necesario articular un cuerpo legal que de cobertura específica a este respecto. Y más teniendo en cuenta que, como hemos visto, la regulación en el ámbito nacional de la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género debemos encontrarla desperdigada en normas del ordenamiento jurídico español, y avaladas por una disposición específica -una modificación de los artículos 66, 67, 1.323, 1.344, 1.348, 1.351, 1.361, 1.404 y 1.458 del código civil- que propone la transversalidad de dicha modificación a cuantas normas cuelguen jerárquicamente de ella. No podemos compartir la validez de esta solución, dado su carácter fragmentario y provisionalista, por lo que, entendemos que debería llevarse a cabo un desarrollo normativo específico y una reforma en profundidad, aunque sea paulatina, del ordenamiento jurídico en su conjunto en todas aquellas disposiciones que puedan resultar ser discriminatorias, no solamente en cuanto al fondo, sino, además, en la forma.

4. Discriminación por razón de edad

Anteriormente nos referimos al efecto de la crisis económica en relación con la discriminación entre el hombre y la mujer. Ahora bien, la crisis también ha hecho mella en relación a la Igualdad y no discriminación por razón de edad, ya que una de las principales manifestaciones de la crisis económica la encontramos reflejada en el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, denominado Informe Cora, y que tuvo la misión de desarrollar una reforma sustancial para corregir los desequilibrios que frenaban el crecimiento económico, y levantar "un nuevo ciclo de prosperidad económica y empleo para los españoles"[20]. En dicho informe, se proponía la supresión del Consejo de la Juventud de España. Lo cierto es que la supresión del Consejo de la Juventud podría haber supuesto el enmudecimiento del colectivo joven, el cual podría quedar sin representación para la defensa de sus derechos y sus intereses Sin embargo, tras un proceso de audiencias y negociaciones políticas, se decidió que pasara de ser una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, a ser una entidad corporativa de base privada, cuya finalidad ha quedado manifiestamente empobrecida.

[20] COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS, *Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas,* Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Secretaria de Estado de Administraciones Públicas, Gobierno de España, Madrid, 2013, p. 11.

5. Discriminación por razón de discapacidad

Por su parte, en relación con la discriminación por discapacidad, una de las apuestas fundamentales de las Normas Uniformes sobre Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad radica en la información y en la formación en materia de discapacidad. Es un reclamo recurrente, no solamente en este tipo de discriminación, sino también en otros como hemos visto en relación con la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género, por ejemplo. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, es necesario articular vías para fomentar la información sobre los programas y los servicios disponibles para las personas con discapacidad y su entorno, al tiempo que se articulen también al público en general, para potenciar la participación plena y la toma de conciencia. Para esto último, la mejor herramienta para desarrollar cambios estables y perdurables la encontramos en el ámbito educativo, desarrollando contenidos no solamente para los niños con discapacidad, sino para aquellos que no las tienen, en aras de normalizar la situación y fomentar la inclusión social.

Al mismo tiempo, existe también una labor legislativa pendiente fundamental en relación a los medios de comunicación social, lo cuales deberían desarrollar contenidos que aporten una imagen positiva de las personas con discapacidad. Además, se hace necesario desarrollar herramientas legales en materia de acceso universal que incluyan las medidas urbanística, arquitectónica, de acceso a los medios de transporte y de prestación de servicios de interpretación para que las personas con discapacidad relacionados con los órganos sensoriales, como con las capacidades comunicativas en general, puedan ser tratados y tener igual acceso a los servicios públicos y privados que el resto de las personas. Sin embargo, creemos que es necesario que estas medidas no sean sectoriales, sino que aporten un enfoque integral y homogéneo en todo el territorio nacional, por medio de leyes estatales de contenido mínimo, para posibilitar dicho acceso universal.

6. Discriminación por razón de origen racial, étnico o nacional

Una de las principales carencias que hemos podido detectar a lo largo de este estudio ha sido en materia de Igualdad y no discriminación por razón de origen racial, étnico o nacional, ya que las normas sectoriales antidiscriminatorias existentes en esta materia están, por lo común, relacionadas con la extranjería o los procesos migratorios de toda índole. Y ello incluye tanto a la persona extranjera con permiso de residencial legal en España como a la persona extranjera sin permiso de residencia, al refugiado, y al protegido subsidiariamente. Visto de otra manera, la normativa española parece no querer aceptar que su población esté configurada por personas de diversas razas y étnicas, sin que, por ello, deban tener un origen extranjero inmediato, lo que deja fuera de mención a colectivos como el gitano. Los avances en relación a la diversidad cultural y étnica en España han ido por el buen camino, sin embargo, estimamos que ceñir la mayor parte de las normas y disposiciones en esta materia a la población migrante debe

ser interpretado como un pobre avance en materia de no discriminación por estas razones. No cabe duda de que es necesario, como hemos nombrado en otros epígrafes, que se lleve a cabo una labor legislativa en materia de educación, para dar cumplimiento efectivo a lo preceptuado en el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, con objeto de permitir la participación efectiva de todas las personas en una sociedad libre, favoreciendo la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos. De manera que la inclusión social de estas personas susceptibles de sufrir algún tipo de acto discriminatorio relacionado con este motivo, permita "proyectar la máxima realización posible de sus derechos"[21], y de esta manera lograr que la paz sea un fin más cercano y alcanzable.

Además, la normativa relacionada con este tipo de discriminación tal y como sucede con la inmensa mayoría del resto de normativas específicas en torno a los otros motivos de discriminación, está difuminada en el seno del ordenamiento jurídico en su conjunto. Las disposiciones de referencia en esta materia se insertan en la Capítulo IV denominado *De las medidas antidiscriminatorias,* del Título I de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, así como varios preceptos del Código Penal, y del Estatuto de los Trabajadores, entre otras, no existiendo una normativa específica en España relacionada con la lucha contra la discriminación por razón de origen racial, étnico o nacional. De hecho, las transposiciones de las Directivas Europeas y de las Convenciones internacionales a este respecto, se han hecho añadiendo artículos o modificando leyes de contenido más generalista, lo que ha provocado una situación de desorden y falta de cohesión normativa, que debería ser enmendada. Para evitar este desorden normativo sería no aventurado proponer la meta-garantía que supondría exigir una reserva de código, de tal manera que no pudiera introducirse ninguna norma en materia de igualdad y no discriminación si no fuera por medio de una modificación o una integración en el texto de un eventual código de igualdad y no discriminación, pero no es necesario llegar a esto, para conseguir compendiar en un solo texto legal las disposiciones generales en esta materia, previendo su posterior desarrollo por medio de normas de rango inferior.

7. La pérdida de una oportunidad. La non nata Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ahora bien, uno de los avances más interesantes que se han dado en relación con la igualdad en el ámbito legislativo lo protagonizó el proyecto de Ley Integral para la

[21] ESTER SÁNCHEZ, A.T., "Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante", Revista de Derecho UNED, nº 17, 2015, p. 699.

igualdad de trato y la no discriminación, que nunca llegó a dar el siguiente paso. Era un proyecto ambicioso que pretendía nacer con la "vocación de convertirse en el mínimo común denominador normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español" albergando, al mismo tiempo, sus garantías básicas y procurando una defensa real y efectiva de las víctimas contra la discriminación. Según establece en su exposición de motivos, es necesario consolidar legislativamente la igualdad, siguiendo la estela de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para conseguir culminar el proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación. Por este motivo, el fundamento principal del proyecto se establecía: "crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que ésta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos"[22]. Dentro de sus propósitos principales se encontraba el de transponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, tarea que considera parcialmente hecha con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Transposición que fue criticada en su día por los colectivos de defensa de los derechos humanos y por la Comisión Europea, siendo además insuficiente para acometer los problemas relativos a la igualdad y la no discriminación en España. Los principios sobre los que se basaba eran el establecer un marco legal adecuado "para la prevención, la atención y la eliminación de todas las formas de discriminación"[23], así como el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes Administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada". En otras palabras, este proyecto pretendía dar cobertura a todas las necesidades y solución a todos los problemas con que se encuentra la aplicación de las acciones antidiscriminatorias en la práctica. Y ello, con el objetivo de prevenir cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas, de tal manera que pretendía un equilibrio entre la función preventiva y la reparadora.

En su artículo 1 establecía que el objeto de la ley era el de "garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución"[24], quedando protegidos por su ámbito subjetivo de aplicación todas las personas, pues establecía que "nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquier otra condición o

[22] España. Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de 10 de junio de 2011, BOCG, núm. 130, Exposición de Motivos.

[23] *Ibídem,* Exposición de Motivos.

[24] *Ibídem,* art. 1.

circunstancia personal o social"[25]. Sin embargo su principal aporte al ordenamiento jurídico español pretendía ser el de configurarse como una ley general para cualquier tipo de discriminación, huyendo así de la sectorización normativa existente en la materia. Además, partiendo de los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa europea, es decir, sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual; añadía dos más: enfermedad y orientación o identidad sexual.

El texto se distribuía en un Título preliminar y 4 Títulos de desarrollo. El Título preliminar estaba destinado a definir el objeto y los ámbitos de aplicación de la ley, incluyendo los artículos 1 a 3. En cuanto a los ámbitos de aplicación, también preveía la cobertura de los siguientes: empleo, trabajo, educación, sanidad, servicios sociales, acceso a bienes y servicios -incluida la vivienda-, participación social o política y la publicidad o medios de comunicación[26]. El Título I, sobre el Derecho a la igualdad de trato y no discriminación, estaba dividido, a su vez en dos Capítulos enumerados con el I y el II. De ellos, el primero abarcaba los artículos 4 a 11. De esta manera, en su artículo 4 venía a prohibir cualquier tipo de discriminación, fuera directa o indirecta, simple o múltiple, por asociación y por error, y además, también la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, el orden o instrucción de discriminar, la represalias y el incumplimiento de las medidas de acción positivas. De los artículos 5 a 11 ofrecía sendas definiciones de los conceptos de discriminación directa e indirecta; por asociación y por error; múltiple; acoso discriminatorio; inducción, orden o instrucción de discriminar; represalias; y medidas de acción positiva. El Capítulo II de este mismo Título, versaba sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, abarcando los artículos 11 a 22. Estos artículos desarrollaban en concreto los ámbitos de aplicación objetiva y que incluyen el derecho a la igualdad de trato y no discriminación: en el empleo y el trabajo por cuenta ajena (art. 12); en el trabajo por cuenta propia (art. 14); en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico (art. 15); en la educación (art. 16); en la atención sanitaria (Art. 17); en la prestación de los servicios sociales (art. 18); en la oferta pública de bienes y servicios (art. 19); en el acceso a la vivienda (art. 20); en establecimientos y espacios abiertos al público (art. 21). Además, su artículo 13 estaba destinado a la negociación colectiva, y su artículo 22 a los medios de comunicación social y publicidad.

Por su parte, el Título II, denominado Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, estaba compuesto por dos Capítulos, de forma que trataba, en el primer capítulo, las medidas de lucha contra la discriminación por medio de la garantía de los derechos, y en segundo capítulo las medidas de promoción del derecho a la igualdad. De esta forma, el primero de ellos, sobre las garantías del derecho

[25] *Ibídem,* art. 2.

[26] *Ibídem,* art. 3.

a la igualdad de trato y no discriminación, abarcaba los artículos 23 a 30, y regulaba los siguientes aspectos: medidas de protección frente a la discriminación (art. 23); nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o negocios jurídicos discriminatorios (art. 24); atribución de la responsabilidad patrimonial (art. 25); tutela judicial del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 26); legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 27); la carga de la prueba (art. 28); la actuación contra la discriminación (art. 29); y, Ministerio fiscal (art. 30). Mientras que el Capítulo II denominado Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva, comprendía los artículos 31 a 36 y trataba materias como la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de manera específica, así como otras entre las que se encontraban la formación, las subvenciones públicas, o la colaboración entre las administraciones públicas.

El Título III preveía la creación de un organismo específico de control denominado la Autoridad para la igualdad de Trato y la No Discriminación, configurado como un organismo independiente, público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada[27] con funciones como la de prestar apoyo a las personas víctimas de discriminación, por las causas mencionadas anteriormente, a la hora de tramitar sus quejas y reclamaciones; llevar a cabo funciones de mediación o conciliación en casos de violaciones de derecho a la igualdad de trato y no discriminación -excepto aquellas que tuviesen contenido penal o laboral-; llevar a cabo investigaciones sobre la existencia de posibles situaciones discriminatorias; ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la Ley y denunciar ante el Ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser constitutivos de delito, entre otras.

Por último, el Capítulo IV preveía el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación, estableciendo una graduación de las infracciones en leves, graves o muy graves, con sus respectivas sanciones, que iban desde los 300 hasta los 500.000 euros. Tras esta regulación, se sucedía un total de cinco disposiciones adicionales, de las cuales es meritorio nombrar la cuarta, que establecía que lo dispuesto en esta Ley no debería afectar a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Y cerraba el texto una única Disposición Transitoria y una Disposición derogatoria. Esta última venía a derogar los artículos 27 a 33 y 35 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, así como el artículo 2 bis de la Ley 16/1983, de 24 de octubre, de Creación del Instituto de la Mujer, y todas aquellas que, siendo de igual o menor rango, se opusieran a lo dispuesto en ella. Por último, se sucedían una serie de disposiciones finales que venían a modificar diversa normativa existente, dado por necesidad de la transversalidad

[27] *Ibídem,* art. 38.1.

del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Realmente nos encontramos ante una de las apuestas más valientes de cuantas han habido en el ordenamiento jurídico español, que diseñaba una estructura legal piramidal y suponía la instauración de un sistema legal garantista de la igualdad y la no discriminación, adaptando los principios y las exigencias internacionales de manera contundente y aportando un enfoque integral de la misma. Sin embargo, es sabido que este proyecto no llegó a aprobarse, por lo que aún queda pendiente en el ordenamiento jurídico español una normativa en esta línea que procure considerar a la igualdad y no discriminación en sí misma, y no como un cúmulo de apéndices de múltiples normativas, que se refieran a ella, sin estructura ni cohesión.

Bibliografía

COMISIÓN PARA LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS, *Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas,* Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Secretaria de Estado de Administraciones Públicas, Gobierno de España, Madrid, 2013.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES (CEDAW), Informe Sombra 2008-2013 sobre la aplicación en España de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), 61ª Sesión del Comité CEDAW-Naciones Unidas, 2014.

DE VILLOTA P. (Directora); FERRARI HERRERO, I; VÁZQUEZ CUPEIRO, S., *Impacto de la crisis económica en el trabajo doméstico remunerado domiciliario y propuesta de medidas de políticas fiscal, social y laboral para estimular su formalización y profesionalización*, Observatorio de la Igualdad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales E Igualdad, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad - Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Instituto de la Mujer, Madrid, 2011.

España. Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de 10 de junio de 2011. BOCG, núm. 130.

ESTER SÁNCHEZ, A.T., "Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante", Revista de Derecho UNED, nº 17, 2015.

FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, *Propuesta metodológica para el trabajo contra la discriminación en el ámbito local,* Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Área de igualdad, Madrid, 2012.

INSTITUTO DE LA MUJER, *La Situación actual de la educación para la igualdad en*

España. Observatorio 5, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

Naciones Unidas. RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER, *Informe A/HRC/11/6 de 18 Mayo de 2009 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. Political economy of women's human rights*.

Naciones Unidas. RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. *Informe A/HRC/11/6/Add.5, de 27 Mayo de 2009, promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development.15 years of the united nations special rapporteur on violence against women, its causes and consequences (1994-2009) - a critical review*.

Naciones Unidas. RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. Informe A/HRC/23/49. De 14 Mayo de 2013. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*.

PRIETO MORERA, M. R., "El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea. Luces y sombras"*,* en *Revista Humanismo y Trabajo Social*, 2012.

SOLA BARLEYCORN, I., *Foro 2011 para la Igualdad y la No Discriminación - Informe de conclusiones, aprendizajes y recomendaciones de futuro*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2012.

SOLETO, M. L., *Buenas prácticas de las administraciones públicas en materia de Mainstreaming de género,* Instituto de la Mujer, Observatorio 8, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, Madrid, 2007.

EL ALQUILER PARA USO VACACIONAL EN CANARIAS. CUANDO LAS RAZONES IMPERIOSAS DE INTERES GENERAL PUEDEN LIMITAR EL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

Maddalena Colao[1]

Sumario: 1. Introducción; 2. Antecedentes jurídicos; 3. Regulación actual de la vivienda vacacional en Canarias. El Decreto 113/2015; 4. El interés general: Una visión de conjunto; 5. Introducción al interés general como límite al derecho a la propiedad privada; 6. Interés general en la regulación de las viviendas vacacionales; 7. Interés general en la legislación turística canaria; 8. Entropía jurídica de la futura regulación de viviendas vacacionales I: El principio de unidad de explotación; 9. Entropía jurídica de la futura regulación de viviendas vacacionales II: La prohibición de residir en suelo turístico y el deber de atenerse a los usos urbanísticos; 10. Intereses generales y problemática sociojurídica; a) La cuestión de la residencialización en las zonas turísticas canarias; b) La perspectiva civilista: El conflicto de competencias; c) la cuestión de la compatibilización entre turistas y residentes; d) El asunto de la pérdida de rentabilidad; e) El menoscabo de la imagen y calidad turística; f) El asunto de la competencia desleal; g) La cuestión del encarecimiento del arrendamiento permanente; 11. Derecho comparado; 12. Conclusiones

1. Introducción

El auge de la vivienda vacacional en el marco de la economía colaborativa propiciada por los canales de intermediación en Internet encuentra su origen en una reacción al hiperconsumismo de las últimas décadas, junto con la desaceleración económica, con una tendencia a disminuir la posesión optando por el uso bajo demanda, todo esto en inevitable vinculación con la posibilidad de crear contacto y confianza impensables sin Internet y las tecnologías de la información[2]. Esta revolución del sector turístico de nuestro país ha suscitado un amplio debate sobre los muchos problemas jurídicos que plantea su incidencia, evidenciando la necesidad de crearles un marco jurídico adecuado, pues una vez excluidos este tipo de arrendamientos para uso turístico del ámbito de regulación de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante

---

[1] Máster en Abogacía por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

[2] *"Ahora vivimos en un mundo global donde podemos imitar los intercambios que antes tenían lugar cara a cara, pero a una escala y de una manera que nunca habían sido posibles. La eficiencia de Internet, combinada con la capacidad crear confianza entre extraños ha creado un mercado de intercambios eficientes entre productor y consumidor, prestador y prestatario, y entre vecino y vecino, sin intermediarios".* BOTSMAN R. Y ROGERS R. (2010) "What's Mine Is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live". Harper Business.

LAU), se abre la veda a la creación de dispares y complejas legislaciones autonómicas que en algunos casos pueden poner en entredicho la protección de los límites del derecho constitucional a la propiedad privada.

2. Antecedentes jurídicos

En el marco de la competencia autonómica en materia de turismo concedida por la Constitución Española, la Comunidad Autónoma de Canarias ha configurado el epicentro de toda su producción normativa en materia de turismo mediante la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, la cual no hace mención alguna a la vivienda vacacional en particular, pero añade como requisito obligatorio para el ejercicio de la actividad turística el concepto de unidad de explotación, que supone la obligación de concentrar las plazas alojativas en una única titularidad empresarial que controle, al menos, la mitad más una de las unidades de cada establecimiento o complejo turístico y disponga del título habitante para que los propietarios cedan el derecho de gestión de las zonas comunes, con el establecimiento de un régimen sancionador para su incumplimiento, incluyendo el derecho preferente de adquisición, por parte de los titulares de las unidades en explotación, de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística[3].

Hasta 2013, las viviendas que se quisieran dedicar al alquiler turístico o por temporada podían acogerse a lo establecido por la LAU, en base al art. 3.1 relativo a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda y supletoriamente por el Código Civil. Sin embargo, a partir de 2013 la LAU sufrió una importante modificación, excluyendo expresamente de la norma los alquileres temporales y vacacionales y derivando su regulación a la normativa sectorial.

3. Regulación actual de la vivienda vacacional en Canarias: El Decreto 113/2015[4]

El Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante RVVCAC), resultó ineficaz para dar respuesta a los interrogantes que sobre las viviendas

[3] Ley 5/1999, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias. Publicado en BOIC núm. 48 de 19 de Abril de 1995 y BOE núm. 122 de 23 de Mayo de 1995.

[4] Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Presidencia del Gobierno. Publicado en el BOC Nº 101. Jueves 28 de Mayo de 2015.

vacacionales había dejado la última reforma de la LAU. En su artículo 3.2, relativo a su ámbito de aplicación, se excluyen específicamente las edificaciones ubicadas en suelos turísticos en zonas o urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o mixtas residenciales y turísticas, por lo que se produce en último término la paradoja legislativa de la vivienda vacacional, como resultado de un rodeo normativo que excluye la posibilidad de su cabida reglada en el ordenamiento canario.

El RVVCAC fue impugnado por ASCAV[5] y por La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por restringir la competencia efectiva y favorecer a los operadores ya establecidos ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. El art. 3.2 fue finalmente anulado por el TSJC en sentencia de 21 de marzo de 2017[6], así como el subapartado tercero del apartado IV del Anexo II del Decreto, que supeditaba la obtención de declaración responsable para el ejercicio de la actividad a que la vivienda no se encontrara en zona turística, urbanización turística o en urbanización mixta residencial turística. El TSJC determinó que que el RVVCAC infringe la libertad de empresa y de prestación de servicios con arreglo a la Directiva Bolkestein[7] sin justificación suficiente y que la Ley de Turismo de Canarias no faculta al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que solo pueda ser desarrollada fuera de las zonas turísticas, por lo que la exclusión del ámbito de aplicación de la ley de las viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas, urbanización turística o en urbanización mixta residencial turística se refiere en realidad a los servicios alojativos en ellas ofertados y equivale a su prohibición. El Tribunal considera que la prohibición que pretende el Gobierno de Canarias es una *"falacia, puesto que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales"* y pone en duda que la misma Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias se ajuste a la realidad. El Tribunal anula también el art. 12.1 del Decreto, que exigía la cesión total (y no por habitaciones) de la vivienda vacacional al usuario, por considerar que vulnera la libertad de servicio. Igual suerte sufrió el art. 13.3 (declaración responsable de inicio de actividad), anulada por considerar el Tribunal que su procedimiento de concesión (quince días hábiles) priva a la declaración responsable de la capacidad de habilitar la actividad desde el mismo día de su presentación, contraviniendo lo establecido por el art. 71 bis de la Ley 30/1992.

[5] Asociación Canaria de Alquiler Vacacional.

[6] En el mismo sentido se pronuncia el TSJC en las sentencias de 25/05/2017 127/2017 y 128/2017.

[7] Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 (DOCE 27.12.06)

4. El interés general. Una visión de conjunto.

El concepto de interés general puede definirse como el fin último de la actividad de la Administración Pública, que justifica sus potestades exorbitantes. En nuestro ordenamiento jurídico se menciona el "interés general" en hasta doce ocasiones[8], sin definirlo en ningún momento. Si tratáramos de acotar la definición de "interés general" sensu contrario, llegaríamos a la conclusión de que de ninguna manera puede ser el interés general el interés de la mayoría, pues a pesar de que según las corrientes utilitaristas se trataría de "la mayor felicidad para el mayor número[9]", sería inconcebible hoy en día pensar en actuaciones públicas de interés general que no tuvieran en consideración las necesidades e intereses de las minorías. Tampoco es viable que el interés general sea la suma de las diferentes voluntades subjetivas de los individuos, pues desvirtuaría el fin último del propio concepto. Respecto a su finalidad, no podríamos afirmar que el interés general posee siempre una utilidad material, desde el punto de vista económico, pues en varias ocasiones la actuación de la Administración Pública en pos de la consecución del interés general, visto como bienestar social, no siempre supone la opción más rentable desde el punto de vista económico. Podemos por ello afirmar que el interés general supone en muchos casos en las actuaciones de servicio público la sustitución de la mayor rentabilidad económica por la mayor rentabilidad social, al bien común del individuo integrado en la sociedad. Paradójicamente es conveniente observar cómo, a pesar de que en la práctica el ejercicio del poder público en la búsqueda del interés general pueda aparecer en contradicción con el interés particular para satisfacer el interés general, las perspectivas políticas y jurídicas de los intereses generales no pueden ser incompatibles, porque en ese caso cualquier actuación pública contraria a nuestro ordenamiento -con la Constitución a la cabeza- quedaría automáticamente anulada por vicios insalvables.

> "no es de la benevolencia del carnicero, cervecero o panadero de donde obtendremos nuestra cena, sino de su preocupación por sus propios intereses" [10].

5. Introducción al interés general como límite al derecho a la propiedad privada

El artículo 33 de nuestra Constitución garantiza el derecho a la propiedad privada y proclama la función social de la propiedad y la prohibición de ser privado de ella excepto por cuestiones de utilidad pública o interés social, a través de la correspondiente

[8] Constitución Española (1978), arts. 30.3, 34.1, 44.2, 47, 128.1, 128.2, 149.1.20ª, 149.124ª, 150.3, 155.1, 103.1.

[9] BENTHAM, J. (1779) "Introducción a los Principios de Moral y Legislación".

[10] SMITH A. (1776) "La riqueza de las naciones".

indemnización y al amparo de las leyes. Este derecho es uno de los más antiguos y a la vez uno de los que más han evolucionado desde el punto de vista de su metasignificado jurídico, pasando de ser derecho subjetivo indiscutible a institución jurídica de carácter objetivo, acotada por las limitaciones que su función social imponga. El Tribunal Constitucional ha concretado dicha función social del derecho a la propiedad privada en estrecha conexión con el derecho urbanístico, confirmando la *"configuración estatutaria de la propiedad urbanística en atención a la función social que la propiedad -del suelo- ha de cumplir"* (STSC 14/2007, de 18 de enero), por lo que la dimensión tradicional de la propiedad privada desaparece al disociarla del suelo afectado por un proceso urbanizador[11].

6. Aproximación al interés general en la regulación de las viviendas vacacionales

Si analizamos los intereses generales de la legislación turística autonómica y local podemos identificar algunos de los siguientes fines últimos o intereses generales:

a) La protección del turismo como principal motor de la economía de las Islas.
b) La protección del medio ambiente y la sostenibilidad de las actuaciones.

A priori la nueva regulación que el Gobierno de Canarias se propone ofrecer en 2018 en materia de viviendas vacacionales debería ajustarse a las premisas de los intereses generales arriba mencionadas, ofreciendo un marco legal para el desarrollo de la actividad de las viviendas vacacionales con el fin de incluir esta modalidad para ampliar la oferta turística canaria de manera sostenible aprovechando las unidades alojativas ya existentes. Sin embargo, al margen de las futuras decisiones políticas sobre cuáles serán los intereses generales a satisfacer en la futura propuesta legislativa en materia de vivienda vacacional, en el propio ordenamiento jurídico autonómico existen obstáculos a esta futura regulación que no deben escaparse a la visión de conjunto y que imposibilitan la viabilidad real de una gran mayoría de las viviendas vacacionales existentes a día de hoy. Dichos escollos son el principio de unidad de explotación y la actual planificación del suelo.

7. El interés general en las legislaciones turísticas canarias

El Preámbulo de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de

[11] El art. 33 de la Constitución se ve por tanto afectado por la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobada por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre y por la Ley 8/1999, de 6 de abril de Propiedad Horizontal, así como tangencialmente por la Ley de Expropiación Forzosa de 17 de diciembre de 1954.

Canarias señala como finalidad de interés general la necesidad de promocionar y ordenar el turismo como motor de la economía canaria, así como el territorio en cuanto escenario de la actividad turística. Las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias de 2003 (BOC Nº 073. 15 de abril de 2003) exponen que la diferenciación de la oferta turística ha de basarse en elementos vinculados a valores autóctonos y a los nuevos requerimientos del mercado, con la necesidad de evitar la ulterior ampliación de las plazas alojativas a favor de la calificación y diversificación de las existentes, "estableciendo alternativas opcionales para los titulares de los suelos turísticos que cuenten con la consolidación de sus aprovechamientos". Las directrices europeas para la supresión del intervencionismo en pos de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, se materializaron en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en las que se destaca que solo razones imperiosas de interés general relacionadas con el territorio y la conservación y sostenibilidad medioambiental, pueden condicionar el sometimiento a autorización administrativa.

8. Entropía jurídica de la futura regulación de las viviendas vacacionales I: El principio de unidad de explotación.

La gran mayoría de las viviendas vacacionales que se encuentra hoy en día en actividad en Canarias están ubicadas en complejos o comunidades en zona turística y por lo tanto sujetas al principio de unidad de explotación anteriormente mencionado, por lo que allí donde ya existe explotación turística no se permite al propietario de un inmueble el arrendamiento por temporada, bajo pena de sanción. La problemática que se deriva es que algunos propietarios de estos inmuebles o bien explotan personalmente sus viviendas con fines turísticos y se exponen a la sanción, o bien se ven obligados a aceptar las condiciones -en muchos casos poco rentables y no negociables- de las compañías explotadoras existentes que poseen una capacidad de negociación aventajada por el hecho de no tener competencia en el mismo complejo.

9. Entropía jurídica de la futura regulación de las viviendas vacacionales II: La prohibición de residir en suelo turístico y el deber de atenerse a los usos urbanísticos.

El segundo escollo para la regulación de la vivienda vacacional en Canarias es la planificación territorial, desde la Ley 2/2013 de Renovación y Modernización Turística de Canarias anteriormente citada, a la notoria Ley 7/2015 del Suelo y Rehabilitación y los planes de ordenación territoriales derivados, que reafirmaban la naturaleza y usos turísticos -y prohibían el uso residencial- de la casi totalidad de los suelos en los que se asientan la mayoría de las viviendas vacacionales hoy en día. El artículo 23 de la Ley 2/2013 contempla el *"deber de atenerse al uso turístico"*, y el artículo 24 establece que *"Cuando se haya producido un cambio de uso no autorizado o cuando no permanezcan en explotación turística más del 50% de las unidades"* se podrá proceder a la sustitución

del propietario[12].

La creciente residencialización de Canarias en todas sus zonas turísticas, por causas que van desde la especulación inmobiliaria, la obsolescencia de alojamientos que han salido del mercado, a la mala gestión de las empresas explotadoras o la escasa conservación por parte de las comunidades de propietarios, ha supuesto que esta legislación redunde no solo en la limitación del uso de la propiedad, sino también una devaluación del valor de mercado de los inmuebles -hasta límites equiparables con los años de la crisis de 2011- y la consiguiente lluvia de ofertas de las empresas explotadoras u "operadores buitres" que intentaban aprovechar el momento de rebaja inmobiliaria para ampliar mercado.

10. Intereses generales y problemática sociojurídica

Los intereses generales establecidos por el legislador en la normativa canaria en materia de turismo se han en ocasiones malinterpretado y desvirtuado para satisfacer los subjetivos de algunos sectores -quizás por la falta de concreción de dichos intereses generales así como por la falta de control legislativo sobre la producción jurídica- dando lugar a un rígido ordenamiento no exento de contradicciones, lagunas e indefiniciones, el cual ha creado una inseguridad jurídica que se irradia a más sectores de los que las normas pretendían regular a priori.

a) La cuestión de la residencialización en las zonas turísticas canarias

La progresiva residencialización comportaría un coste de oportunidad al dejar percibirse ingresos turísticos, además de generar otros costes asociados a la residencialidad que son relativos a los servicios básicos que la comunidad de residentes necesita (centros médicos, parques, plazas de aparcamiento, transportes públicos).

El Defensor del Pueblo llevó a cabo en 2015 al respecto una recomendación[13] a la Administración solicitando la compatibilización de los usos residencial y turístico y la supresión del principio de unidad de explotación, con el fin de que los propietarios de inmuebles situados en zonas turísticas pudieran residir en ellos o alquilarlos con fines vacacionales, denunciando que dichas obligaciones, junto con el procedimiento administrativo -iniciado mediante denuncia de tercero- de transmisión forzosa en caso de incumplimiento de los deberes que la ley impone al propietario atentan contra el

[12] Decreto 85/2015, de 14 de mayo. Publicado en BOIC núm. 98 de 25 de Mayo de 2015, establece los términos de los dispuesto por la Ley 2/2013.

[13] DEFENSOR DEL PUEBLO (1 de marzo de 2016) "Canarias sustituye el uso residencial de las viviendas por el uso turístico". En *El blog del defensor del pueblo*. Recuperado de https://www.defensordelpueblo.es/dpblog/vivienda/canarias-pretende-sustituir-el-uso-residencial-de-las-viviendas-por-el-uso-turistico/

derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa.

b) La perspectiva civilista, la cuestión del conflicto de competencia

En el marco de la competencia exclusiva en materia de turismo otorgada a la Comunidad Autónoma de Canarias por la Constitución, el legislador autonómico corre el riesgo de excederse de sus márgenes competenciales e invadir las competencias exclusivas del Estado[14]. A diferencia de otras comunidades que sí ostentan competencias forales y que por lo tanto pueden regular sobre el contrato de alojamiento vacacional, Canarias puede legislar sobre regulación turística, pero no tiene competencia sobre aspectos de contratación civil. La consecuencia es que el contrato de cesión de vivienda turística, tras su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se vuelve a difuminar en un limbo jurídico. En el mismo ámbito del conflicto competencial se puede situar la intención del RVVCAC de prohibir la cesión de uso de las unidades alojativas ubicadas sobre suelo turístico por vía reglamentaria, sin respetar la reserva de ley impuesta por la Constitución, afectando al derecho a la propiedad privada consagrado en el art. 33 "sin atender a su función social y a las facultades de los titulares de dichos bienes". Lo mismo ocurre con la cesión temporal de habitaciones, que se prohiben por vía reglamentaria en contra de lo permitido por la regulación estatal en la LAU y Código Civil.

c) La cuestión de la compatibilidad entre turistas y residentes en las zonas turísticas y el menoscabo de la imagen turística

La supuesta incompatibilidad de la coexistencia entre turistas y residentes en las zonas turísticas estaría estrechamente ligada con la cuestión del menoscabo de la imagen como destino. A pesar de ello parece que los estudios sobre la población residente[15] muestran como el porcentaje de impactos negativos por el deterioro de la convivencia es muy bajo[16], por lo que parece que los posibles problemas podrían ser atajados a través de la existente Ley de Propiedad Horizontal, que establece que serán los Estatutos de la Comunidad -y por ende por acuerdo de los propietarios- la que determine la viabilidad o no de los arrendamientos turísticos, así como las normas de comportamiento comunitario a observar, como los propios mecanismos de solución de problemas derivados de la convivencia. Lo mismo ocurre con el supuesto menoscabo de la imagen del destino, difícilmente cuantificable, y que se basa en la hipótesis según la cual la atomización de propietarios en zonas turísticas obstaculiza la gestión, conservación y

[14] Véase STC 28/2012, de 1 de marzo, sobre cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1ª Instancia n.7 de San Bartolomé de Tirajana.

[15] GUTIÉRREZ TAÑO, D., DÍAZ ARMAS, R. Y GARCÍA RODRÍGUEZ, F. (junio 2016) "Contexto del alquiler vacacional en los espacios turísticos: satisfacción de la demanda y actitud del residente". En SIMANCAS CRUZ M. y MAÑOSO VALDERRAMA J. (coord.) "*La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*".

[16] OCU (2015) Conclusiones del II Foro de Alquiler Vacacional realizado en Canarias.

renovación de los establecimientos a efectos de calidad de la imagen turística, problemática que más bien pertenece al ámbito de los mecanismos de la propiedad horizontal o de la disciplina urbanística.

d) El asunto de la pérdida de rentabilidad

Se ha criticado a la vivienda vacacional, tanto en su versión "reglada" como en su desarrollo alegal, la consiguiente pérdida de rentabilidad principalmente por el uso primario residencial de dichas unidades alojativas ubicadas en su mayoría en zonas turísticas, que se traduciría en un coste de oportunidad por dejar de percibir los ingresos derivados del turismo. La creencia de que el cliente de vivienda vacacional persigue un precio más barato ha sido por otro lado desmontada por los diferentes informes[17] presentados en los últimos años, que evidencian que el precio no es la variable principal a la hora de optar por el alquiler vacacional y que el viajero de vivienda vacacional gasta más en el comercio y servicios locales, con la consiguiente revitalización del tejido económico y social que se ha visto empobrecido por la fórmula del "todo incluido" o por la oferta complementaria de los hoteles. La supuesta salida de Canarias de los beneficios del turismo, debido a la residencialización y alquiler vacacional por parte de muchos propietarios no residentes, parece encontrar su alter ego actual en la domiciliación foránea de la propiedad de los hoteles y compañías explotadoras. Por otra parte, hay que considerar que la actividad transversal del turista de vivienda vacacional, quien no tiene contratado régimen alimenticio ni de transporte además del alojamiento y repercute en mayor medida en el entramado económico local, podría ser clave en la redistribución de los beneficios derivados del turista entre la población canaria. Situación similar ocurre con la hipótesis de la posible destrucción de empleos turísticos provocada por la existencia de la vivienda vacacional.

e) El asunto de la competencia desleal

Las viviendas vacacionales aparecen como un competidor aventajado con respecto al sector alojativo tradicional por no estar obligadas a priori a cumplir los mismos requisitos que los establecimientos hoteleros tradicionales. Las menores cargas fiscales permiten ofrecer menores precios de alquiler, provocando una situación de competencia desleal en el mercado. Con todo, las condiciones actuales no son óptimas por carecer de regulación para el desenvolvimiento de la actividad del alquiler vacacional, por lo que resulta imprescindible configurar una legislación turística que paradójicamente no excluya una actividad y al mismo tiempo la califique como competencia desleal.

[17] Exceltur (2015), Homeway (2014 y 2015).

f) La cuestión del encarecimiento del arrendamiento permanente

Es evidente que el auge del alquiler vacacional ha provocado la inflación descontrolada del precio del alquiler tradicional, que perjudica directamente la situación ya agravada por la insuficiencia alojativa y la escasa capacidad de ahorro. La mayor rentabilidad de las viviendas arrendadas por fines vacacionales ha provocado un encarecimiento del arrendamiento no temporal, fenómeno que se agudiza normalmente en las ciudades, aunque en el caso de las Islas Canarias más bien se manifiesta en las zonas turísticas. Paralelamente se registra un notable impulso de la compraventa de inmuebles de segunda mano, impulso que se achaca a las expectativas del mercado de la vivienda vacacional.

11. Derecho comparado

En España la mayoría de las Comunidades han regulado la actividad de alquiler vacacional por lo general de manera mucho más restrictiva que la norma estatal, aunque la legislación siga incompleta o de difícil aplicación. En la práctica el escenario legislativo es altamente heterogéneo[18], como variadas son las problemáticas e intereses generales de cada región, lo que redunda en una mayor inseguridad jurídica de los usuarios. Es importante destacar que la mayoría de las Comunidades no incluyen la vivienda vacacional en su planificación y ordenación turísticas.

Algunos países han optado por dar cabida en sus dinámicas socioeconómicas a las llamadas economías colaborativas, diseñando nuevos instrumentos adaptables a estas nuevas modalidades de prestación de servicios, con el objeto de mantener la competitividad en un escenario económico en transformación. En el Reino Unido el alquiler de la primera vivienda es libre sin necesidad de solicitar un permiso local, hasta un máximo de 90 días al año y se pretenden implementar diversos proyectos pilotos para evaluar el comportamiento de este modelo económico en otros ámbitos como el transporte, espacios públicos y salud. Ciudades como Amsterdam y París, así como San Francisco, San José (California) y Washington DC han regulado el alquiler vacacional *p2p* llegando a un acuerdo con la plataforma Airbnb para recaudar el impuesto turístico junto con el precio abonado. En Hamburgo la ley permite el alquiler vacacional de la primera vivienda en su totalidad (durante las ausencias de los propietarios) sin ningún tipo de licencia o autorización administrativa. En Italia los alquileres de duración inferior a un mes estarán sujetos a la tributación del 21%, cuya recaudación corresponderá obligatoriamente al agente que comercialice, directa o indirectamente el alquiler vacacional.

El caso más singular quizás es el de Suecia, que recientemente aprovechó el tirón

[18] A partir de datos del estudio GOBIERNO DE CANARIAS (2015) "*Comparación de la normativa sobre alquiler vacacional en las Comunidades Autónomas del Estado español*" realizado por Deloitte Consulting y de HOMEWAY "Regulación del Alquiler Vacacional".

comercial de las plataformas de alquiler vacacional colaborativo y promocionó en Airbnb el uso y disfrute de todos sus espacios naturales a título gratuito. Y es que uno de los orgullos del planeamiento sueco, plasmado en su Constitución, es el *Allemanrätten o* derecho de todos a "vagabundear", a transitar, dormir, comer y beber en cualquier área del país, "comer bayas o recoger setas" sin permiso de ningún tipo, con el único requisito de respetar el medio ambiente. El gobierno sueco catalogó 405.000 hectáreas de terreno público e iniciado un acuerdo con Airbnb para promocionar la tierra estatal y ponerla a disposición de los usuarios de la plataforma.

12. Conclusiones:

PRIMERA. El auge de la vivienda vacacional en el marco de la economía colaborativa propiciada por los canales de intermediación *p2p* en Internet encuentra su origen en una reacción al hiperconsumismo de las últimas décadas, junto con los efectos de la crisis, con una tendencia a disminuir la posesión optando por el uso bajo demanda, todo esto en inevitable vinculación con la posibilidad de crear contacto y confianza impensables sin Internet y las tecnologías de la información. La magnitud de este fenómeno se manifiesta en que sólo en Canarias existían en 2016 más de 29.000 viviendas vacacionales para un total de casi 130.000 camas y más de 1,29 millones de visitantes a las Islas utilizaron esta modalidad alojativa, un 8,61% de los turistas anuales, con un impacto económico de más de 1,37 millones de euros.

SEGUNDA. Dentro de la competencia exclusiva de Canarias en materia de turismo, el ordenamiento jurídico autonómico existente se presenta como ineficaz para dar cabida a la vivienda vacacional. Esto es debido principalmente a que los intereses generales -promoción del turismo como principal motor de la economía de las Islas, protección de la fragilidad y escasez de recursos del territorio del archipiélago y la necesidad de diversificar la oferta de acuerdo a los valores autóctonos- no se han definido correctamente y han conducido a la configuración de un sistema jurídico cosido a medida del sector hotelero de las grandes inversiones. De esta manera, la rigidez de las normas sectoriales en materia de turismo junto con los planes territoriales han ido diseñando un escenario lleno de obstáculos jurídicos que dificultan y a menudo blindan la entrada en el mercado a todo agente -pequeños hoteleros, *bed and breakfasts*, vivienda vacacional, residentes permanentes, iniciativas de protección del litoral- que pudiera afectar a la principal fuente de riqueza del archipiélago.

TERCERA. Tras su exclusión específica de la Ley de Arrendamientos Urbanos a favor de su regulación por parte de la legislación autonómica, la normativización de la vivienda vacacional pasa a corresponder a la Comunidad Autónoma. La respuesta legislativa demandada por la situación llegó con el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que se ha revelado totalmente ineficaz para regular el objeto de su redacción, partiendo de la exclusión de su ámbito de aplicación de todas aquellas

viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas -la mayoría de ellas-, o la prohibición de la cesión de uso parcial (por habitaciones) preceptos que han sido recientemente anulados por el Tribunal Superior de Justicia, tras recursos particulares, de asociaciones de afectados y de la Comisión Nacional de Mercado y Valores por atentar el decreto contra el derecho a la propiedad y la libertad de empresa.

CUARTA. La ineficacia de la legislación canaria actual en materia de vivienda vacacional es debida a una entropía jurídica del sistema autonómico que se ha venido plasmando durante décadas y que se resume principalmente en tres factores: En primer lugar el peligro del conflicto de competencias, pues la Comunidad Autónoma tiene encomendada la planificación y ordenación administrativa del turismo, y pretender regular aspectos propios de la contratación entre particulares, especialmente mediante decreto, supondría una invasión de las competencias exclusivas del Estado en materia de Derecho Civil. En segundo lugar, la futura regulación de la vivienda vacacional se encuentra en Canarias con dos escollos difíciles de sortear: el principio de unidad de explotación en zonas turísticas (donde se ubican la mayoría de viviendas vacacionales) que obliga a concentrar las plazas de alojamiento en una única persona jurídica que gestione por lo menos el 50% más uno de las unidades alojativas de cada establecimiento, con sanciones que contemplan la sustitución de propietario en caso de su incumplimiento; el tercer escollo es el representado por la planificación territorial, pues la citada Ley 2/2013, la Ley del Suelo y los planes de ordenación territorial derivados establecen la naturaleza turística de la casi totalidad del suelo que ocupa el sur de la isla (en el caso de Gran Canaria), así como el deber de atenerse al uso turístico -y por lo tanto a la unidad de explotación- con la prohibición de establecer en ello residencia permanente y por ende alquiler temporal inter privatos.

QUINTA. En este clima de inseguridad jurídica el conflicto está servido y la opinión pública se divide en dos bandos, por una parte el sector hotelero y extrahotelero y parte de la población que ven en la falta de regulación una oportunidad para encubrir situaciones de competencia desleal, la obstaculización de los planes de gestión turística, la pérdida de potenciales camas y la disminución de sus beneficios; por otro lado las asociaciones de propietarios, los residentes permanentes, otro sector de la población y la propia demanda del mercado exigen del Gobierno una respuesta legislativa que les permita desarrollar el alquiler vacacional sin más restricciones que la obligación de tributar por los ingresos obtenidos, así como mayor seguridad jurídica en el ejercicio del derecho a la propiedad privada, con el fin de sortear la amenaza de verse privados de sus inmuebles o de ser sancionados por no poder actuar en el mercado turístico con transparencia legal.

SEXTA. Respecto al derecho comparado, el estudio de la regulación de la vivienda vacacional en las diferentes Comunidades Autónomas muestra que, si bien ha habido recientemente propuestas legislativas aprobadas en la mayoría de ellas, éstas evidencian un carácter muy restrictivo y limitador de la actividad, cuyos desincentivos se agudizan por la falta de mención a la vivienda vacacional en la mayoría de los planes de ordenación

turísticos autonómicos. En la Unión Europea, por el contrario, observamos propuestas integradoras de las viviendas vacacionales en el marco de las economías colaborativas, con las que los gobiernos de los Estados miembros tratan de adaptar sus sistemas jurídicos y fiscales a esta nueva tendencia del mercado, en pos de la mayor rentabilidad y de la mejor distribución de riqueza.

SÉPTIMA. El futuro de la regulación de la vivienda vacacional dependerá de la capacidad del legislador para redefinir los intereses generales y de su determinación para dar un paso atrás, con el fin de deshacer lo andado y reconfigurar un desarrollo normativo que en su restrictividad no se ajusta ni a la realidad del mercado existente ni a la configuración geográfico-social de las Islas. En Canarias la indefinición de los intereses generales perseguidos por la legislación autonómica ha creado desde hace décadas una dicotomía entre turistas y residentes, una segregación de hecho que dificulta la convivencia por condicionar recursos naturales, económicos y estructurales a la consecución de unos beneficios económicos cuya redistribución entre la población es poco visible, especialmente en épocas de recesión económica, de compañías hoteleras foráneas y de alta tasa de desempleo o de temporalidad y precariedad de los contratos laborales. Otros intereses generales como la propiedad privada, la protección del medioambiente y de los valores autóctonos se han visto subordinados a la mencionada promoción del turismo como motor económico, a la masificación y especulación urbanística, a la especialización del suelo para uso exclusivamente turístico y a la mala gestión de los espacios naturales, dando lugar en las Islas a dos mundos a dos velocidades: el de los residentes y sus aspiraciones y necesidades primarias como ciudadanos, y el de los turistas, confinados a un escenario construido a medida, una suerte de parque temático en el que el intercambio con lo autóctono no puede tener cabida. Negarse a satisfacer esa creciente demanda de alquiler vacacional *p2p* e identificar al ciudadano residente en las Islas como un competidor desleal de los intereses generales de su propia comunidad va directamente en contra de los intereses generales marcados y con mucha dificultad consigue justificar la función social delimitadora del derecho a la propiedad privada.

Bibliografía

Legislación:

Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el DOCE 376 de 27 de diciembre de 2006

Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias. Publicado en BOIC núm. 48 de 19 de Abril de 1995 y BOE núm. 122 de 23 de Mayo de 1995.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Publicada en BOE de 25 de Noviembre de 1994.

Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias. Publicado en BOIC núm. 48 de 19 de Abril de 1995 y BOE núm. 122 de 23 de Mayo de 1995.

Ley 2/2000, de 17 de julio, de medidas económicas, en materia de organización administrativa y gestión relativas al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias y de establecimiento de normas tributarias. Publicada en el BOC Nº 094. Viernes 28 de Julio de 2000

Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias. BOC Nº 073. Martes 15 de Abril de 2003

Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias. Publicada en BOC Nº 103. Viernes 31 de Mayo de 2013

Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Publicada en el BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Publicada en el BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2017.

Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. Publicado en el BOC núm. 101. Jueves 28 de Mayo de 2015.

Sentencias:

STC 28/2012, de 1 de marzo, sobre cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1ª Instancia n.7 de San Bartolomé de Tirajana.

Ponente LUIS HELMUTH MOYA MEYER Sentencia nº 13/2013 del TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso, 29 de Enero de 2013. Sentencia nº 41/2017 del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife). Sala de los Contencioso, 21 de marzo de 2017.

Ponente JAIME GUILARTE MARTÍN-CALERO

Sentencia nº 127/2017 del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife). Sala de lo Contencioso, 21 de marzo de 2017 y Sentencia nº 128/2017 del TSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife). Sala de los Contencioso, 25 de mayo de 2017.

Libros:

BENTHAM, J (1779) *"Introducción a los Principios de Moral y Legislación"*

BOTSMAN R. Y ROGERS R. (2010) *"What's Mine Is Yours: How Collaborative Consumption is Changing the Way We Live"*. Harper Business. ISBN 978-0-06-196354-4.

SMITH A. (1776) *"La riqueza de las naciones"*.

Recursos electrónicos:

ACOSTA P. (25 de febrero de 2016). "El interés general como principio inspirador de las políticas públicas". En *Revista de derecho administrativo*. Recuperado de http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505813

DEFENSOR DEL PUEBLO (1 de marzo de 2016) "Canarias sustituye el uso residencial de las viviendas por el uso turístico". En *El blog del defensor del pueblo*. Recuperado de https://www.defensordelpueblo.es/dpblog/vivienda/canarias-pretende-sustituir-el-uso-residencial-de-las-viviendas-por-el-uso-turistico/

GUILLÉN NAVARRO, N. "La vivienda de uso turístico y su incidencia en el panorama normativo español", En *Revista Aragonesa de Administración Pública*, no. 45-46, (Zaragoza, 2015), pp. 101-144

GOBIERNO DE CANARIAS (2015) *"Comparacio´n de la normativa sobre alquiler vacacional en las Comunidades Auto´nomas del Estado español"*. Deloitte Consulting (coord,) Recuperado de: http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/turismo/downloads/Alquiler_vacacional/Legislacion-CCAA-Viviendas-Turisticas-Junio-2016.pdf

GOBIERNO DE CANARIAS. (2017) "Vivienda vacacional en Canarias 2016. Análisis de la evolución de su demanda, oferta y canales. Diagnóstico y consideraciones estratégicas". Recuperado de: http://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/turismo/downloads/Alquiler_vacacional/ViviendasVacacionalesCanarias2017_VRE_170616.pdf

EHHA (2016) "Commission published summary of targeted consultation on CE in accommodation sector". En *European Holiday Home Association*. Recuperado de: http://ehha.eu/2017/07/10/commission-published-summary-of-targeted-consultation-on-ce-in-accommodation-sector/

EXCELTUR (2015) "Impactos sociales y económicos sobre los destinos españoles derivados del exponencial aumento del alquiler de viviendas turísticas de corta duración, impulsado por los nuevos modelos y canales de comercialización P2P" EY (Coord.). Recuperado de http://www.exceltur.org/wp-content/uploads/2015/06/Alojamiento-tur%C3%ADstico-en-viviendas-de-alquiler-Impactos-y-retos-asociados.-Informe-completo.-Exceltur.pdf

HOMEAWAY (2015) "II Barómetro del Alquiler Vacacional". Instituto Multidisciplinar de la Empresa de la Universidad de Salamanca (Coord.) Recuperado de: https://www.fevitur.com/images/II_Barometro_de_Alquiler_Vacacional_Baleares_y_Canarias.pdf

OCU (2015) Conclusiones del II Foro de Alquiler Vacacional realizado en Canarias.

SIMANCAS CRUZ, M. y MAÑOSO VALDERRAME J. (coord.) (junio 2016)*"La residencialización de las áreas turísticas de Canarias"*. Recuperado de http://www.pasosonline.org/Publicados/pasos_difunde/horizonte-turismo-

canarias-vol-1.pdf

VISITSWEDEN “About the right to access Swedish Nature”. En *Visit Sweden*. Recuperado de: https://visitsweden.com/about-the-right-of-public-access/

PLANEJAMENTO ESTATAL NO FOMENTO LICITATÓRIO BRASILEIRO

Anna Beatriz Savioli

Sumário: 1. Breve exposição do fomento licitatório no Brasil; 2. Principais Desafios Atuais do Fomento; 3. Técnicas de Planejamento Aplicadas ao Fomento Licitatório; 4. Conclusões

1. Breve exposição do fomento licitatório no Brasil

O significativo montante de recursos despendidos pela Administração Pública diuturnamente por meio de suas contratações, de modo a fazer frente às obrigações constitucionais e à manutenção do aparelho estatal, possui um impacto econômico relevante no mercado. De acordo com os dados divulgados pelo Banco Mundial, as contratações públicas correspondem a um percentual variável entre 9% e 19% do Produto Interno Bruto ("PIB") dos países pesquisados, destacando-se o percentual de 14,53% nos países da América Latina e Caribe[1]. Esses dados auxiliam na demonstração do potencial indutivo que tais contratações possuem na adaptação das práticas empresariais e na promoção de interesses públicos.

Consciente deste potencial, a Administração Pública, indo além da divisão e utilização tradicional dos mecanismos de intervenção estatal (dentre os quais o fomento se encontra disposto como modo indireto), passa a buscar novas formas de conformar sua atuação e atingir, com maior eficiência os objetivos públicos. O assim denominado fomento licitatório – que recebe atualmente outras variáveis designações doutrinárias[2] – se consolida por meio da incorporação de medidas de incentivo nas contratações públicas, seja introduzindo-as no procedimento licitatório de seleção, seja formalizando-as por meio dos próprios instrumentos contratuais celebrados.

Para fins do recorte que se propõe esse artigo, limitar-se-á a análise aos instrumentos utilizados especificamente no procedimento de seleção pública, os quais podem, por sua vez, ser subdivididos em assimetrias procedimentais (por meio das quais se adapta, modifica ou facilita o procedimento de modo a favorecer um determinado setor ou agente), licitações reservadas (em que se limita os participantes ou objeto do procedimento) ou, ainda, da dispensa de licitações (que é, em última instância, o

---

[1] Vide, nesse sentido: THE WORLD BANK. Governance for Development. Is public procurement a rich country`s policy? Disponível em: http://blogs.worldbank.org/governance/public-procurement-rich-country-s-policy. Acesso em 13 jan. 2018.

[2] Outras denominações comumente utilizadas para designar referida atuação administrativa são "contratações sustentáveis", "contratações estratégicas", "função regulatória da licitação" e "função horizontal da contratação".

completo afastamento do procedimento competitivo na escolha do contratado).

No Brasil, não apenas o elevado montante de recursos direcionados às contratações públicas é fator decisivo para o fenômeno de ampliação do uso de tal técnica pela Administração Pública, verificado em especial nos útimos anos, mas também contribuem o número de processos de seleção realizados (que não se limitam apenas às compras públicas, mas abrangem as obras e concessões de serviços públicos, abrindo ampla margem para incorporação do fomento em suas mais diversas composições) e o panorama nacional de contratações públicas, o qual experienciou recentemente um processo de expansão normativa e ampliação do papel do contrato e das parcerias no desempenho das funções públicas[3].

Especificamente no contexto normativo brasileiro, a Constituição Federal determina, em seu artigo 170, como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa, restando a intervenção estatal como medida de caráter subsidiário, limitada às situações constitucionalmente explicitadas. Por esse motivo, exige-se que o fomento esteja necessariamente atrelado a uma finalidade pública, constitucionalmente assegurada, e a uma política pública a ele anterior, que defina a agenda de interesses prioritários governamentais e as medidas previstas para sua viabilização. A vinculação a uma política pública, nesse cenário, atua não apenas para acautelar a racional aplicação dos recursos públicos, mas também para evitar desequiparações injustificadas. Nesse cenário, não há um regramento geral do fomento público, restando cada política vinculada à legislação específica que a instituiu e ao regramento geral das licitações públicas.

No âmbito das normas de licitações públicas, embora se tenha conhecimento de políticas pontuais anteriores disciplinadas no regramento geral[4], foi somente a partir da edição da Lei n. 8.666/1993, que o fomento ganhou maior repercussão na prática administrativa brasileira. Verifica-se que logo após a edição da lei, impulsionadas pela proposta de maior complexização das regras procedimentais e pelo receio inicial das disposições de índole punitiva[5], diversas políticas públicas de fomento, de cunho

[3] MARQUES NETO, Floriano P. de A. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**: Contratos com o Poder Público. ano XXIX, n. 107, dez. 2009, p. 79

[4] Desde o marco inicial do regramento das licitações públicas, consubstanciado no Código de Contabilidade da União, já se preveem medidas com o objetivo de favorecer determinados setores ou agentes considerados estratégicos. O Código de Contabilidade, cuja aplicação restringia-se às licitações federais (à época denominadas concorrências públicas), determinava que a proposta mais barata seria, como regra, o critério de julgamento adotado, podendo, porém, ser excepcionada por outras preferências estabelecidas previamente no edital (art. 51, §1º). Além dessa possibilidade de inserir critérios de preferência específicos para cada contratação, o Decreto nº 15.783/1922, que detalhou as normas procedimentais das concorrências públicas, instituiu que, como regra geral, em todos os fornecimentos, deveriam ter preferência de contratação os proponentes nacionais (art. 742).

[5] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Licitações e Contratos: uma retrospectiva crítica da legislação. In:

nacional, são implementadas, essencialmente, por meio da facilitação do procedimento de contratação, viabilizada pela dispensa da licitação.

É, porém, a partir de 2006, com a introdução do fomento às microempresas e empresas de pequeno porte, que o enfoque se direciona e se intensifica no âmbito das licitações públicas propriamente ditas, distanciando-se da tradição, até então consolidada, do fomento por meio simplesmente da dispensa de licitação. Inaugurando distintos aspectos procedimentais, a Lei Complementar nº 123/2006 reintroduz o conceito de "empate ficto"[6], possibilita que os editais exijam a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte, institui a divisão da licitação em lotes a elas destinados exclusivamente. Em suma, estabelece uma série de instrumentos, focados no processo de seleção do Estado, destinados a facilitar e a incentivar não apenas a efetiva participação de tal setor de mercado, mas, em efeito, a adjudicação de contratos públicos e a destinação dos recursos deles decorrentes.

Em linha com tal evolução, em 2010, por meio da modificação proposta pela Lei Federal nº 12.349, o desenvolvimento nacional sustentável é inserido no texto da Lei nº 8.666/1993, ao lado da isonomia e da proposta mais vantajosa, como um dos objetivos das licitações públicas. Embora não seja essencialmente um marco normativo e existam, ainda, controvérsias quanto à sua alocação dentre os objetivos atinentes à licitação, a introdução do conceito foi um importante passo no reconhecimento do papel desempenhado pelas licitações públicas quanto à promoção de políticas sociais, econômicas e ambientais. Com efeito, toda a discussão, acadêmica e jurisprudencial, decorrentes de tal modificação legislativa, colocaram nova luz sob a ideia de proposta mais vantajosa, que passa, gradualmente, a incorporar outros atributos para além da mera análise econômica de preço[7].

Tanto é assim que se verificou, nos anos posteriores, uma expansão do uso do fomento, contemplada não apenas na ampliação quantitativa de seu uso, mas na diversificação e na exploração de novas técnicas e instrumentos, moldadas para atender

---

DALLARI, Adilson Abreu et al (Coord.). **Tratado de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 472.

[6] A ideia de empate ficto já era prevista, em âmbito federal, pelo Decreto nº 1.070/1994, o qual disciplinou a contratação de bens e serviços de informática e automação pela Administração Federal.

[7] Vale ressaltar a opinião de Jéssica Acocella e Juliana Rangel: "*Todavia, o sentido da Lei 8.666/1993 – que consiste no estatuto geral das licitações e contratos administrativos – adquiriu novos e ampliados contornos com a inclusão expressa, pela referida lei, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação. Consequentemente, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública deixaria de ser aquela que demonstre ter a melhor relação direta "custo-benefício" pelo aspecto estritamente financeiro, passando a ser a que também possa propiciar, mesmo que a longo prazo, benefícios sociais, ambientais e econômicos duradouros para o país*." In ACOCELLA, Jéssica. RANGEL, Juliana C.C. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2013, p. 281.

as demandas sociais e o perfil das políticas públicas instituídas.

Apesar de tal movimento positivo de ampliação do uso do fomento estatal, observa-se, em contraposição, que o fomento, como tal como qualquer outro mecanismo estatal interventivo, contempla necessariamente uma ponderação de interesses e recursos, com a constante cautela de se evitar que as medidas adotadas desnaturem a própria finalidade da intervenção. É a partir, portanto, do estudo dos desafios que atualmente permeiam esse novo uso das licitações públicas que se faz possível seu aprimoramento.

2. Principais Desafios Atuais do Fomento

Ao instituir novos mecanismos de fomento, deve-se ponderar e harmonizar distintos interesses publicamente relevantes. Esta harmonização se concretiza tanto no espectro do formulador da política, que detém o poder de definir o quadro-geral de parâmetros, finalidades e metas a serem observadas, como pelo próprio administrador público, no momento em que pretende realizar uma contratação, por meio da elaboração e condução do processo licitatório, o qual, em última medida, materializará os ditames da política elaborada.

Considerando a dupla perspectiva acima proposta, deve-se destacar que os desafios que se impõem no uso do fomento licitatório igualmente podem ser classificados em duas categorias: os direcionados ao viés do ciclo de formação e execução da política pública e aqueles voltados ao processo licitatório, cuja estrutura atual, atendendo às minúcias legais e jurisprudenciais, já, em si, se constitui de alta complexidade, a qual tende a ser ampliada com a introdução do fomento público.

Quanto à primeira categoria, deve-se destacar que a doutrina costuma estruturar o processo de formação das políticas públicas em ciclos[8], cujas etapas abrangeriam tanto uma fase de formulação (composta pela identificação do problema, a definição da agenda governamental, a análise de alternativas e a tomada de decisão), quanto uma fase executória (pautada na implementação e extinção da política). Embora a realidade seja essencialmente mais complexa que o modelo cíclico proposto (e, portanto, que as fases das políticas públicas não estejam, em realidade, tão bem delimitadas em etapas diversificadas), fator esse reconhecido pela própria doutrina[9], o modelo doutrinário auxilia no processo de identificação dos desafios incidentes sobre as políticas públicas de fomento e, por esse motivo, é aqui adotado.

[8] SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 39/40.

[9] Vide: MULLER, Pierre. **Les politiques publiques**. 10 ed. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2013.

Especificamente no ordenamento brasileiro pode-se identificar dificuldades tanto na avaliação das alternativas e tomada de decisão (fase de formulação), quanto na implementação e na extinção (fase de execução).

Na fase de formulação, a etapa de avaliação é fundamental para embasar a decisão a ser tomada pelo formulador da política, na medida em que fornecerá projeções das consequências que podem decorrer do problema identificado, além de antever os possíveis resultados futuros – de caráter positivo e negativo -, conforme o instrumento de fomento escolhido. Ocorre, porém, que seja pela ausência de uma prática de planejamento de longo prazo da Administração brasileira, decorrente, sobretudo, pelo cenário inflacionário que se desdobrou na política econômica por muitos anos[10], seja pela própria dificuldade relacionada à obtenção e conjugação de dados e à integração com as políticas públicas já existentes[11], a avaliação das alternativas se afasta de um processo objetivo e fundamentado de escolha. O resultado se reflete na falta de transparência e, posteriormente, em dificuldades para avaliar a efetividade da política.

Já a etapa de execução tem enfrentado desafios de duas ordens: aqueles relacionados à implementação e aqueles relacionados à extinção da política. Na etapa de implementação é fundamental que haja um acompanhamento da política com base nas metas inicialmente estabelecidas. A avaliação periódica contribui para que instrumentos de fomento que estejam, de alguma forma, distorcidos, sejam reorientados e para que se tenha maior clareza quanto aos resultados efetivamente obtidos com as medidas implementadas. O que se verifica, porém, das políticas de fomento licitatório brasileiras é a ausência de qualquer previsão no texto normativo quanto à necessidade, prazo ou procedimento relativos à sua avaliação e revisão periódica. Exemplos dessa dificuldade não faltam: a política das microempresas e empresas de pequeno porte, a política de inovação, a política de fomento à agricultura familiar. Como consequência, não se sabe ao certo se tais políticas têm sido efetivas quanto aos seus objetivos, prolongando-se sua vigência indefinidamente – ato em si já contrário à própria ideia de subsidiariedade que permeia a intervenção estatal e que afeta diretamente a etapa de extinção do ciclo de

[10] BUCCI, Maria P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141/142.

[11] A ausência de uma abordagem integrativa tam sido apontada pelo TCU em estudo realizado sobre as políticas públicas brasileiras: realizou o seguinte apontamento: *"(...) Em outro trabalho realizado recentemente pelo TCU, para avaliar a capacidade do Estado em atender a uma das metas do ODS (meta 2.4) , verificou-se que a estrutura de coordenação atualmente existente das políticas relacionadas à produção sustentável de alimentos ocorre por meio de instâncias colegiadas que funcionam principalmente no âmbito das respectivas políticas, sem que haja uma coordenação horizontal entre elas para a definição de uma estratégia integrada de governo (whole-of-government approach). Não foi identificada a existência de mecanismos formais ou informais para coordenar, com uma visão transversal, a atuação dos ministérios e órgãos responsáveis pelas políticas identificadas*.". Vide Acórdão nº 2127/2017 - Plenário. Min. rel. Marcos Bemquerer, data da sessão: 27/09/2017.

políticas, a qual se torna inexistente.

Ainda, quanto ao processo licitatório, os desafios são de três montas. O primeiro é o custo de introdução do fomento na licitação que se reflete tanto na possível imposição de custos adicionais aos licitantes para adequar seu processo produtivo às demandas da Administração, quanto nos custos de procedimento e de eventual majoração dos preços – ainda que, se considerados a longo prazo, não representem efetivamente uma majoração – que recairão sobre a Administração Pública. A complexidade ora analisada não se limita à mera identificação das variáveis componentes do conceito de vantajosidade – que, com o fomento, deixa de ser aquele restritamente considerado no menor preço venal -, mas vai além, contemplando o rastreamento de todo o impacto econômico decorrente da política de fomento proposta, bem como a delimitação das medidas necessárias para a sua redução e correta alocação em termos de recursos públicos.

O segundo é o risco de burocratização excessiva do certame administrativo. Como regra, as licitações brasileiras já compreendem um procedimento minucioso e detalhado, fruto da tentativa de se reduzir a discricionariedade do administrador e viabilizar maior moralidade nas contratações realizadas. Deve-se evitar, porém, que a introdução de variáveis de incentivo no processo torne referida escolha mais burocrática, priorizando o cumprimento meramente formalista das disposições legais, de forma mecanizada. Trata-se, em essência, de, conforme apontado pelo Banco Mundial, obstar que ganhe "*proposta mais preparada em detrimento da proposta mais vantajosa*"[12].

Ainda, as variáveis sociais e ambientais de fomento inseridas devem se ater – e, eventualmente, ser adaptadas – às especificidades próprias de cada localidade na qual se insere a política pública. Assim, é possível que um determinado incentivo à inovação tecnológica não possa ser introduzido da mesma forma em distintos Municípios, de tamanho e nível de desenvolvimento diversos, sob pena de desnaturalização da política e não atendimento dos interesses por ela almejados.

Por fim, o terceiro e último desafio se relaciona com o risco de uso inadequado do fomento, decorrente da corrupção do agente público, que utiliza do procedimento legítimo para promover um favorecimento ilegal, ou de fraudes na política, conduzidas pelos próprios participantes do mercado, direcionadas aos aspectos integrantes do fomento que se busca desfrutar[13]. Na medida em que privilegia um determinado setor ou

[12] ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Preventing Corruption in Public Procurement**. 2016. Disponível em : <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf> Acesso em: 20 out. 2017.

[13] Um exemplo relevante, nesse sentido, é o caso da experiência sul-africana relacionada à política de fomento aos grupos historicamente em desvantagem, na qual se verificou, nos primeiros anos de sua

bem, em detrimento dos demais oferecidos pelo mercado, o fomento licitatório pode se tornar um foco contundente de corrupção, caso não adotadas as precauções pertinentes para evita-lo. A distorção da política de fomento, verificada em ambos os casos, termina por ocasionar um desperdício dos recursos públicos e em impactos desajustados à realidade do mercado e ao atendimento das necessidades públicas.

Apesar de significativamente distintos quanto às suas características, todos os desafios acima destacados possuem, entretanto, um ponto em comum: a possibilidade de serem, se não completamente eliminados, em alguma medida mitigados por meio da adoção de técnicas de planejamento estatal. É o que se passa a tratar no próximo ponto.

3. Técnicas de Planejamento Aplicadas ao Fomento Licitatório

Inicialmente, deve-se destacar que, por planejamento, deve ser compreendido o conjunto de atos coordenados[14], direcionados a estruturar, de forma racional, as estratégias de atuação pública e privada com vistas ao alcance de determinado objetivo público.

A observância de um prévio processo de planejamento se justifica, nesse sentido, tanto pela necessidade de que haja um aproveitamento ótimo dos recursos públicos, de modo a evitar arbitrariedade na escolha do fomentado ou o desperdício de recursos em uma medida insuficiente, excessiva ou mal direcionada, quanto para assegurar que a atuação do Estado, em determinados setores econômicos, permaneça em caráter excepcional e residual, mantendo-se o normal funcionamento dos padrões de mercado e concorrência.

A intervenção estatal, como já abordado nos capítulos anteriores, deverá ser restrita à adoção de ações estritamente indispensáveis e na exata medida do necessário a fim de superar as desequiparações identificadas e por prazo previamente definido[15], aspectos esses que devem ser levados em consideração no processo de implementação da política de fomento.

Adicionalmente, confere maior legitimidade à política de fomento, na medida em

---

implementação, a distorção da política por meio da formação de estruturas empresariais, nas quais a empresa BEE, embora fosse o foco para a obtenção dos benefícios governamentais, recebia apenas uma pequena porcentagem dos lucros obtidos pelo grupo. BOLTON, Phoebe. Government procurement as a policy tool in South Africa. **Journal of Public Procurement**, v. 6, n. 3, 2006, p. 212.

[14] MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 27, jul./ago./set. 2011, p. 7. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-27-SETEMBRO-2011-THIAGO-MARRARA.pdf>. Acesso em: 06/02/2017.

[15] MARQUES NETO, Floriano P. M. Fomento. In KLEIN, Aline L.; MARQUES NETO, Floriano P. de A. **Funções administrativas do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 405/508, p. 471.

que viabiliza maior racionalidade à decisão adotada e promove a transparência pública, fatores esses que são essenciais não apenas no aprimoramento da prática administrativa atual em seu sentido amplo, mas, especialmente, nas técnicas de fomento, que dependem da adesão voluntária dos agentes privados para seu êxito.

O presente subitem não pretende esgotar as etapas compreendidas dentro do multiforme procedimento que abarca a noção de planejamento estatal. Ao revés, propõe-se estudar três principais técnicas que podem auxiliar na introdução do fomento nos processos licitatórios.

A primeira técnica consiste na *realização de estudos técnicos*, que promoverão uma análise racional dos impactos setoriais e de mercado, além da ponderação do custo-benefício relacionado à política e, adicionalmente, fornecerão subsídios para que seja tomada uma decisão mais bem fundamentada.

A ideia de introdução de estudos técnicos como fundamento de decisões não é inovadora na prática administrativa, que se encontra permeada de diversos exemplos, como é o caso da análise do "*value-for-money*", previamente à estruturação de parcerias público-privadas, e da análise de impacto regulatório, amplamente presente nos setores regulados. Em linha com o que se praticado no âmbito da avaliação de impacto regulatório, no qual se objetiva "*identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos*"[16], faz-se necessário que as escolhas relacionadas ao fomento levem em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas todas as variáveis e agentes que podem possivelmente ser impactados como decorrência de sua introdução. Em regra, o fomento somente será legítimo se verificada a existência de externalidades positivas que, em alguma medida, justifiquem os custos que serão despendidos com sua implementação[17].

A segunda técnica atinente ao planejamento consiste na promoção de *transparência pública*, aqui compreendida sob o aspecto da publicidade e da participação social. A importância da ideia de transparência no âmbito da atuação pública foi resgatada em movimento relativamente recente[18], para fazer frente à

[16] Vide ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Recommendation of the Council on regulatory policy and governance**. 2012. Paris. Disponível em: www.oecd.org/regreform/regulatorypolicy/2012recommendation.html. Acesso em: 12 set. 2017.

[17] ORTIZ, Ariño. **Princípios de Derecho Publico Econômico**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 354

[18] Citando Chevallier, Marcos Augusto Perez explicita sobre o movimento de destituição do caráter unilateral e autoritário do Estado: "*Apóia-nos nessa reflexão, Chevallier, para quem a Administração assume, hoje, distanciando-se dos modelos puramente gerenciais ou neoliberais, a função de harmonizar (não mais substituir) o comportamento dos atores sociais, devendo tornar-se mais transparente e cada*

gradativa substituição do perfil essencialmente autoritário e autocentrado do Estado por uma atuação dialógica, de caráter horizontal, e tem sido apontado, em diversas matérias, como instrumento apto a auxiliar na consagração das demandas sociais por maior participação e no fornecimento de estruturas, técnica e procedimental, que possibilitam uma ampliação quantitativa e, principalmente, qualitativa do controle da atuação estatal.

Assim, busca-se um "*planejamento democrático*", que não apenas incorpore atores técnicos na formulação da política, mas, ainda, possibilite o processo de embate de interesses sociais entre os distintos setores que possam ser impactados. O envolvimento direto da sociedade, além de proporcionar uma maior divulgação da política e de seu funcionamento (auxiliando, até mesmo na resolução de eventuais dúvidas iniciais quanto aos objetivos e procedimentos a serem observados), confere legitimidade e segurança jurídica ao fomento.

A legislação brasileira atualmente disponibiliza diversos instrumentos que tem por objetivo ampliar a participação social no processo de tomada de decisões e elaboração de políticas do Poder Público. Além de instrumentos que possibilitam uma participação direta, como é o caso das parcerias com o terceiro setor e dos conselhos deliberativos[19], identifica-se aqueles que, embora não vinculantes, tem por objetivo propiciar meios para uma atuação de caráter recíproco: de um lado, fornece-se informações e, de outro, colhe-se contribuições dos agentes que serão, direta ou indiretamente, envolvidos na política[20]. São exemplos dessa segunda espécie de instrumento participativo as consultas e audiências públicas.

De outro lado, tem-se que a política de fomento, por mais democrática que tenha sido sua elaboração, deve ser dotada de publicidade, em seu mais amplo sentido, abrangendo a divulgação de todos os documentos relativos à formulação e ao acompanhamento da política (inclusive com relação a eventuais resultados negativos obtidos e a necessidade de sua revisão), não apenas em seu caráter formal, mas de forma a efetivamente veicular informações relativas à política introduzida, com o nível de detalhamento suficiente atingir o público por ela almejado. Nas palavras de Célia Cunha Mello: "*Sobre o desconhecido, nada se pode projetar. O que não se compreende com clareza não pode ser planejado. A eficácia do planejamento, destarte, pressupõe a completa e clara compreensão da meta proposta*."[21].

---

vez mais influenciável pela sociedade.[...]" In **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 219.

[19] PEREZ, Marcos A. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

[20] Ibid., p. 169/178.

[21] MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del rey, 2003, p. 60.

Por fim, a terceira e última técnica de planejamento que se propõe aplicar é a do *monitoramento e revisão da política*. Essa técnica está relacionada, em essência, à dificuldade de execução no ciclo de políticas públicas, apontada no item precedente. A definição de prazos nos quais a política será reavaliada, proporciona, da parte da Administração, a possibilidade de rever os instrumentos, ajustar os incentivos concedidos e eliminar distorções e, da parte do administrado, confere maior segurança e previsibilidade, já que se tem ciência quanto aos prazos mínimos de duração da política. Estimula-se, assim, o investimento privado para a concreção dos interesses públicos.

4. Conclusões

Tem-se, diante do cenário apresentado, que as contratações brasileiras, apesar de já terem percorrido um longo caminho quanto à introdução e à incorporaçào de ténicas de fomento nas licitações públicas, encontram-se atualmente diante de desafios extremamente complexos e que deverão ser, em alguma medida, repensados de forma a se buscar um aprimoramento efetivo de seu uso. Como constatado, existem algumas cautelas cuja observância podem contribuir sensivelmente para se obter maior eficiência e efetividade nas políticas públicas e, de modo geral, para se aprimorar a prática de contratações administrativas.

Adotando-se, em essência, as três técnicas de planejamento estatal delineadas, possibilita-se um maior controle de resultados das políticas e dos recursos públicos nelas investidos e se incentiva que o mercado conforme sua atuação às necessidades públicas, uma vez assegurada maior transparência quanto às decisões públicas a elas vinculadas.

Com efeito, como se reconhece no início do item precedente, as técnicas de planejamento não são garantia absoluta do êxito das políticas e os desafios particulares de cada uma delas – com atenção especial àqueles voltados ao processo licitatório -, deverá ser analisado e aprimorado em cada caso. A despeito desse fator, tais técnicas estão alinhadas com a busca de uma Administração Pública mais democrática e transparente e, portanto, devem ser privilegiadas de modo a impulsionar a viabilização de objetivos públicos, de forma mais estruturada e eficiente.

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Ana Cláudia Augusto Pinheiro[1]

Sumário**:** 1. Introdução; 2. Sistema Penal e o paradigma retributive; 3. Justiça Restaurativa – o que realmente ela representa?; 4. Possibilidade da aplicação da Justiça nos casos de violência doméstica contra a mulher; 5. Considerações Finais

1. Introdução

Há séculos que se presencia um arcabouço do sistema penal direcionado a atender à pretensa6o punitiva do Estado, com funções repressivas e de controle, centralizando a resolução do conflito na relação entre o Estado e o infrator, sem levar em consideração a perspectiva da vítima. Diante da crise por que tem passado referido paradigma, evidencia-se a necessidade de se repensar em um novo modelo de justiça que leve em consideração os interesses da vítima na resolução do litígio.

Com relação à violência doméstica identifica-se a relação de dominação que permeia esse problema, além da sua relação com a lógica patriarcal e androcêntrica presente na nossa sociedade. Onde ressaltam-se as peculiaridades que envolvem essas agressões, porquanto nesses conflitos vítimas e agressores possuem relações de afeto e laços familiares, que muitas vezes não podem ser rompidos após o cometimento do ilícito. Essa especificidade, inclusive, deve ser analisada com cuidado no momento de escolha de um método adequado para enfrentar a questão, uma vez que está intimamente ligado a sua efetividade. Portanto é importante realizar uma análise do sistema penal tradicional – que tem como base a retribuicão – quanto a sua eficiência no combate à questão.

Ao final do trabalho passa-se ao debate da aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica contra as mulheres, identificando os principais argumentos contrários e favoráveis a sua aplicação e projetos que já utilizam esse procedimento para resolução desses crimes.

2. Sistema penal e o paradigma retributivo

A ideia de pena, enquanto objeto de sofrimento, como consequência jurídica de uma conduta de transgressão, é uma invenção humana que, enquanto tal, pode e deve ser questionada e revista, com o objetivo de possibilitar a busca de novas respostas ao delito, efetivamente capazes de conter a crescente onda de violência que vivenciamos.

---

[1] Mestranda Universidade do Minho

Interessante ressaltarmos que inúmeras pessoas foram rigorosamente punidas durante séculos pelo simples fato de terem ousado contestar "verdades" que eram passadas como absolutas, sendo inclusive queimadas nas fogueiras da Inquisição, vindo essas "verdades" serem comprovadas como falsas.

A adoção contemporânea de um sistema penal obsoleto e ineficaz para solucionar ou minimizar os inúmeros problemas aos quais se predispõe provoca outros ainda mais graves. Como prova disso, basta fazer uma análise na população carcerária do Brasil ao longo dos anos e verificar que, embora tenham sido feitas alterações nas legislações – quase todas direcionadas a uma maior repressão e punição – o número de presos só aumentou, comprovando assim que o fato de aumentar a pena ou criar novos tipos penais não inibe a prática de novas infrações.

É cediço a inoperância do atual sistema de Justiça Penal, onde direitos constitucionais básicos são desrespeitados, sendo inaceitável, inviabilizando a ressocialização do apenado, fazendo-se necessária a adoção de medidas alternativas ao atual modelo de Justiça Penal.

Tivemos um crescimento de 618% de encarcerados desde 1994, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2014, elaborado pelo IBGE.[2]

Comprovando-se que o sistema brasileiro de direito penal (repressivo e simbólico) não se presta à tutela dos bens jurídicos da sociedade atual.

Na pertinente lição de ZAFFARONI e PIERANGELI[3]:

> "faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação e alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora de moda, em desuso. A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica."

É sabido que nossos cárceres são verdadeiros depósitos humanos, o total desrespeito à dignidade humana e aos mínimos preceitos constitucionais inviabilizam qualquer possibilidade de ressocialização do criminoso, salvo raríssimas exceções. O

[2]Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de, 2014, World Prison Brief 2016 e IBGE.

[3]ZAFFARONI, Eugenio R., PIERANGELI, José Henrique (2008), Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais.

próprio enfrentamento do processo penal para a aplicação da pena já é estigmatizante, mais ainda o encarceramento.

Explica JUAREZ CIRINO DOS SANTOS que:

> "ao nível da execução da pena, em geral admitida como *ultima ratio* da política social, a introdução do condenado na prisão inicia um duplo processo de transformação pessoal: um processo de desculturação progressiva, consistente no desaprendizado dos valores e normas próprios da convivência social; um processo de aculturação simultâneo, consistente no aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão: os valores e normas da violência e da corrupção – ou seja, a prisão só ensina a viver na prisão".

A criação da pena privativa de liberdade como instrumento de controle social por parte do Estado, tornou-se o paradigma punitivo no atual sistema de Justiça penal[4]. Foucault e diante dessas questões é que se faz necessário repensar o sistema penal e implementar uma nova visão sobre o que seja realmente resolver ou amenizar as mazelas da nosso país.

3. Justiça restaurativa – o que realmente ela representa?

O surgimento de um novo paradigma de Justiça Penal tornou-se imprescindível no sentido de amenizar a fragilidade do atual e retificar as suas falhas, o que não é tarefa fácil. Surge então a Justiça Restaurativa como um novo modelo de solução de conflitos e cuja implantação não implica na supressão do modelo atual.

Neste contexto, a Justiça Restaurativa sugere uma novo entendimento de Justiça, pautada pela cultura de paz, valorização e amor ao ser humano, dando vozes e oportunidades garantidas a todos, onde diferentes pontos de vista sejam considerados, as necessidades, acolhidas e as responsabilidades assumidas, para que os erros sejam corrigidos e cada qual se sinta corresponsável na construção de novos caminhos no sentido da harmonia e da paz.

A Justiça Restaurativa valoriza a autonomia e o diálogo entre as pessoas envolvidas em conflitos, criando oportunidades para que estes (ofensor, vítima, familiares, comunidades) se expressem e participem na construção de ações concretas que possibilitam prevenir a violência e lidar com suas implicações.

Ela traz, como objetivo principal, a mudança dos paradigmas de convívio entre as pessoas, com o objetivo de construir uma sociedade em que cada qual se sinta igualmente responsável pela paz, ou seja, estabelecendo a ideia da corresponsabilidade e de um poder com o outro, de forma a deixar de lado esse poder sobre o outro, que é causa de tanta indignação e, por conseguinte, de violência.

---

[4] FOUCAUT, Michel. Vigiar e Punir; Nascimento da Prisão, Petrópolis, Vozes, 2014.

A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado Beyond Restitution: Creative Restitution, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada "Restitution in Criminal Justice". Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação.[5]

A primeira experiência com práticas restaurativa ocorreu em 1974, onde dois jovens de Elmira, Ontário/Canadá, acusados de vandalismo contra 22 propriedades, participaram de encontros presenciais com suas vítimas com o objetivo de chegar a um acordo de indenização. Os dois rapazes se encontraram com as vítimas e foi negociado o ressarcimento e dentro de alguns meses a dívida tinha sido paga. Assim nasceu o movimento de reconciliação entre vítimas e ofensores do Canadá [6]

Ao aprovar o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias - *Children, Young Persons and Their Faimlies Act* a Nova Zelândia em 1989, se tornou o País pioneiro a utilizar o modelo restaurativo em sua legislação.

A Justiça Restaurativa, à partir de 1990, tornou-se o movimento social das reformas na justiça criminal, pois mudou o paradigma ao olhar o crime e a Justiça através de novas lentes (Zehr), ou seja, lentes que objetivam novas abordagens e intervenções.

Com o objetivo de ampliar a Justiça Restaurativa no âmbito da Justiça Penal, em 2001, o Conselho da Europa, em seu artigo 10, decidiu no sentido dos Estados Membros esforçarem-se para promover a mediação nos processos penais, objetivando os acordos entre a vítima e o autor da infração.

Um sistema de justiça penal que simplesmente pune os transgressores e desconsidera as vítimas não leva em consideração as necessidades emocionais e sociais daqueles afetados por um crime.

O sucesso de muitas iniciativas restaurativas ao redor do mundo deu ensejo a uma resolução do Conselho Econômico e Social que em agosto de 2002, convidou os estados membros que já trabalhavam com programas de Justiça Restaurativa para criarem os princípios básicos sobre a temática em matéria criminal, resultando na resolução 2002/12 - *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. Esta resolução valida e recomenda a Justiça Restaurativa para todos

[5]RICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e Gestão do Crime. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007.

[6] ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a Justiça. São Paulo; Palas, Athena, 2008.

os países, define os principais conceitos de Justiça Restaurativa, concita os Estados-Membros a apoiar o desenvolvimento de pesquisa, capacitação e atividades para implementação de projetos com esta vertente e sugere a abertura de um debate mundial sobre o tema.

Com relação à América Latina, foi promovida em setembro de 2005, no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração da Costa Rica sobre a Justiça Restaurativa na América Latina[7]. O objetivo da declaração foi promover e divulgar os programas de Justiça Restaurativa para esse continente.

A Justiça Restaurativa traz uma verdadeira ruptura de paradigma, deixando o caráter punitivo e assumindo o restaurativo, pois é mais do que comprovado que é muito mais eficaz corrigir os caminhos que nasceram errado, reparando os prejuízos materiais e morais e focando nas necessidades psíquicas, sociais e culturais da vítima, do ofensor e da comunidade.[8]

Ainda sobre a brilhante visão de Howard Zehr, cabe citar:

> Segundo proponho, a razão para essa incapacidade repousa na nossa escolha de lentes. Ou seja, nos nossos pressupostos sobre o crime e a justiça. Tais pressupostos, que governam nossa reação diante de atos danosos, estão em descompasso com a experiência do crime. Além disso, estão em descompasso com as raízes judaico-cristãs e mesmo com boa parte da história do Ocidente. Para achar a saída desse labirinto, teremos que procurar mais além de simples penas alternativas. Teremos que buscar formas alternativas de ver o problema e a solução. O professor Kay Harris, especialista em sentenciamento, nos faz lembrar que se trata de adotar valores diferentes, e não tecnologias de punição diferentes.
> (...) Talvez essas indicações sirvam como elementos para construir uma nova lente.
> Sim, uma nova lente. Mas, e um novo paradigma? Um paradigma é mais do que uma forma de ver ou uma perspectiva. Exige uma teoria muito bem articulada, combinada a uma sólida gramática e uma física de aplicação – além de certo grau de consenso. Ele não precisa resolver todos os problemas, mas pelo menos os mais prementes, e deve indicar a direção a seguir. Não creio que tenhamos chegado a esse ponto ainda.

Conforme bem define o Juiz Egberto de Almeida Penido[9]

---

[7] https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm, acesso em 02/06/2017.

[8] ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a Justiça, p.259.

[9] http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf, acesso em 02/06/2017.

> A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações, por meio dos quais os conflitos que causam dano são solucionados de modo estruturado, com a participação de vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade, coordenados por facilitadores capacitados em técnica autocompositiva e consensual de conflito, tendo como foco as necessidades de todos envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso e o empoderamento da comunidade e sociedade, por meio da reparação do dano e recomposição do tecido social rompido pela infração e suas implicações para o futuro.

No Brasil, desde a chegada da Lei dos Juizados Especiais, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas, porém não se encontram alinhadas às especificidades, princípios, valores, procedimentos e resultados definidos pela Organização das Nações Unidas.[10]

A Justiça Restaurativa é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmado com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 31 de maio 2016, durante a 232ª Sessão Plenária, a Resolução 225/2016[11] que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. A resolução é resultado de uma minuta desenvolvida desde agosto de 2015 pelo grupo de trabalho instituído pelo presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, por meio da Portaria n. 74/2015 e encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ.

A Resolução nº 225/2016 do CNJ traz a ideia de que a Justiça Restaurativa envolve a corresponsabilidade individual e coletiva, com a finalidade de se entender as causas estruturais do conflito e as necessidades daí advindas, possibilitar a reparação dos danos – a partir da responsabilização ativa dos responsáveis e corresponsáveis – e, ainda, recompor as relações interpessoais e sociais desgastadas. E a participação de todos aqueles direta ou indiretamente afetados pelo conflito, tanto do ofensor, quanto da vítima, das famílias, da comunidade, da sociedade e do Poder Público é fundamental, o que diferencia a Justiça Restaurativa de métodos de solução de conflitos como a conciliação e a mediação.

Uma das ideias principais da Justiça Restaurativa é apresentar ao ofensor a possibilidade do mesmo, após refletir sobre o erro cometido, reparar os danos, ou seja, voltar atrás na trilha dos passos errados, com o apoio da comunidade, sem que haja

[10]PINTO, Renato Sócrates Gomes.Justiça Restaurativa: um novo caminho? In: Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, Dez. 2007, vol.8.

[11]http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414. pdf, acesso em 02/06/2017.

punição, assumindo assim novos caminhos.

Após o encaminhamento do conflito à Justiça Restaurativa, primeiramente procura-se compreender e mapear, os danos e as necessidades geradas para a vítima a partir da transgressão, como também as pessoas que para ela são referenciais e que, indiretamente, foram afetadas pela ocorrência. Por outro lado, busca-se entender a história do ofensor, principalmente no que diz respeito às suas necessidades e descasos que acabaram contribuindo para a construção das escolhas erradas, bem como os seus sonhos e anseios, sem deixar de identificar as suas referências familiares e comunitárias.

Ao final do procedimento restaurativo, reconhecidos os erros e as responsabilidades, identificados os danos e as obrigações deles decorrente, chega-se à correta ideia de responsabilidade, que, para a Justiça Restaurativa, não está no papel passivo de receber o castigo, mas, sim, na postura protagonista de assumir as condutas incorretas, olhar para as necessidades, reparar os danos e dar um novo rumo àquele caminho que nasceu errado.

Jamais o procedimento restaurativo pode servir a um julgamento do ofensor, transformando-se em um "tribunal circular", pois, caso isso ocorra, o Estado Democrático de Direito ficará seriamente abalado, já que essa pessoa que cometeu algo errado será julgada sem as garantias constitucionais do devido processo legal e por pessoas não habilitadas pelo ordenamento jurídico.

Um ponto fundamental para que ocorra a prática restaurativa, de acordo com o texto da resolução, é o livre consentimento dos participantes, que têm o direito de solicitar orientação jurídica a qualquer momento do procedimento. Caso não ocorra o êxito na prática restaurativa, o processo judicial será retomado na fase em que foi suspenso, sendo vedada a utilização desse insucesso como fator para a majoração de eventual sanção penal, bem como a utilização de qualquer informação como prova processual.

A Resolução estabelece ainda que as partes podem optar se querem submeter os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, dando assim autonomia e segurança na utilização desta metodologia.

4. Possibilidade da aplicação da justiça nos casos de violência doméstica contra a mulher

É importante, primeiramente, explicitar as formas de violência elencadas no art. 7º, da Lei n. 11.340/2006, quais sejam: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Oportuno ressaltar, ainda, que a violência doméstica se configura mediante fatos que ocorrem tanto dentro como fora do lar, desde que exista entre as partes envolvidas uma relação doméstica, familiar ou de afetividade, além de estarem as mesmas em relação de poder e submissão.

Violência Doméstica constitui em conflito de gênero, decorrente da mentalidade patriarcal e androcêntrica que permeia a sociedade e se manifesta em uma supervalorização do homem. Sobre essa ordem social, explica Pierre Bourdieu[12]:

> A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembléia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres.

Quando o homem, apontado ao longo da história como detentor de poder e representante do sexo dominante, percebe que está perdendo essa posição na relação doméstica, acaba fazendo uso da violência com o objetivo de sentir-se, novamente, detentor desse "poder" [13]

Sobre essa questão, explica Marilia Montenegro: "esse, talvez, seja o maior significado da violência doméstica: sua utilização como último recurso do poder contra o chamado "sexo frágil" que se rebela, ou seja, a busca incessante do sexo masculino pelo poder perdido"[14]

Ainda sobre o assunto, assevera Maria Lúcia Karam:

> Os resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher, naturalmente, se refletem nas relações individualizadas. Mesmo onde registrados os significativos avanços no campo das relações entre os gêneros, é ainda alto o número de agressões de homens contra mulheres no âmbito doméstico, a caracterizar a chamada 'violência de gênero', isto é, a violência motivada não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação.[15]

Em que pese nos últimos anos algumas vitórias femininas tenham sido conquistadas no que tange à equiparação aos direitos dos homens, há um longo caminho,

---

[12]BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Tradução: Kuhner, Maria Helena. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p.18.

[13]MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico crítica. 1ª edição. Rio de Janeiro; Revan, 2015.

[14] Ibidem, pág. 180.

[15]KARAM, Maria Lucia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. 2015.

ainda, a ser percorrido para que se possa falar em igualdade de gênero.

Muito importante mencionar o estudo feito por Marilia Montenegro no seu livro intitulado "Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica" onde descreve o que observou ao realizar uma pesquisa nos Juizados Especiais Criminais. A autora expõe que, na maioria dos casos, as vítimas não demonstravam ter medo do acusado, apenas mágoa. Sendo muito comum que agressor e vítima chegassem juntos à audiência, e na maioria das vezes não demonstravam a intenção de se separar. Ressaltou, entretanto, que o medo existia em alguns casos, mas normalmente estava relacionado ao uso de bebida alcoólica, ou até mesmo drogas ilícitas, por parte do acusado, independente de classe social.

Por tal razão, as camadas sociais menos favorecidas procuravam e ainda procuram as delegacias, por ser o meio mais fácil de acesso à Justiça, pois se encontram nos bairros, nas periferias e não apresentam custos nem formalidades, e em algumas localidades existem as Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher. (DEAM). Essa situação revela, mais uma vez, a falta de alternativas para resolução de conflitos[16].

Importante ressaltar que no período de desenvolvimento da pesquisa da mencionada autora, entrou em vigor a Lei Maria da Penha, o que fez com que a pesquisa tivesse que se estender e acabar analisando também a situação dos crimes de violência doméstica após um ano de promulgação da normativa.

O que ela observou nesse segundo momento da pesquisa, é que após a vigência da mencionada lei a mulher se mostrava com sentimentos muito confusos, sentindo-se até mesmo culpada, sobretudo quando o acusado se encontrava preso provisoriamente. Com o afastamento da Lei dos Juizados Especiais Criminais não existe mais a possibilidade de pedidos de desculpas ou promessas, por parte do agressor, de alteração de comportamento.

Temos a consciência de que muitos problemas, como o caso da violência doméstica, têm causas complexas que não serão superadas apenas através de previsões legais, ou seja, sem que ocorra uma mudança estrutural na sociedade patriarcal em que vivemos. Ainda, com relação à aplicação do sistema penal, bem coloca Vera Regina Pereira de Andrade: "Nenhuma conquista, nenhuma libertação, nenhum caminho para o paraíso pode simbolizar o sistema penal e realizar- se através dele".[17]

A partir da vigência da Lei 11.340/2006, seu art. 16 passou a tratar de forma diferente a renúncia nos casos de violência doméstica. Acredita-se que, embora tenha utilizado o artigo a palavra "renúncia" o dispositivo está se referindo à retratação de representação.

---

[16] MONTENEGRO, M. 2015.

[17] ANDRADE, Vera Regina Pedeira de Sistema Penal Máximo, 1ª Ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2003.

Há os que defendem a modificação argumentando que tal medida tem o objetivo de garantir que a renúncia não resulte de qualquer espécie de pressão ou ameaça por parte do agressor, mas neste ponto há que se levar em consideração que o verdadeiro motivo reside em considerar a mulher como um ser incapaz de tomar suas próprias decisões, ou seja "realmente é como se a lei duvidasse do discernimento da mulher para prosseguir ou não com o processo criminal e admitisse a fragilidade do seu posicionamento, que para ter validade precisa ser analisado pelo promotor e pelo juiz"[18]

Outro exemplo se vislumbra em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do mesmo artigo, porém, desta vez relativo à iniciativa da ação penal nos casos de crimes de lesões corporais leves que se enquadram na violência doméstica contra a mulher. A mencionada decisão modificou a regra e afastou a exigência de representação nesses crimes, tornando a ação incondicionada.

Sobre a decisão, afirma Maria Lúcia Karam:

> tal decisão do Supremo Tribunal Federal constituiu, na realidade, uma clara reafirmação da supostamente combatida ideologia patriarcal e um exemplo cabal de discriminação contra a mulher. No afã de propiciar, a qualquer custo, condenações de apontados agressores, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal retirou qualquer possibilidade de protagonismo da mulher no processo, reservando-lhe uma posição passiva e vitimizante; inferiorizando-a; considerando-a incapaz de tomar decisões por si própria; colocando-a em situação de desigualdade com todos os demais ofendidos a quem é garantido o poder de vontade em relação à instauração do processo penal.[19]

Pode-se observar que esta decisão coloca a mulher em situação de desigualdade com os demais ofendidos. E mais, parte-se do princípio de que a mesma não é capaz de fazer escolhas certas sozinha. Mais uma vez não se dá voz à mulher, ela é silenciada e esquecida. Quem devia ser protagonista, acaba, novamente, como mero figurante em todo processo.

O objetivo é criar medidas que fortaleçam a empatia, respeito mútuo, humanidade e igualdade em cada um de nós. Afinal, somos todos iguais, independente de gênero, raça, profissão, grau de escolaridade ou classe social e ninguém tem o direito de intervir no espaço do outro, sobretudo por meio de violência.

Ainda, acerca da complexidade que envolve a questão, assevera Camila Damasceno de Andrade e Julia Lobo Camargo:

[18] MONTENEGRO, M. 2015

[19] KARAM, M.L.

> É importante salientar que a violência doméstica se manifesta no espaço privado de intimidade entre vítima e ofensor, frequentemente permeado por laços de afeto que ocultam as relações generificadas de poder. Nesse contexto, é corriqueiro que as mulheres vítimas das agressões se recusem a noticiar a ocorrência do crime e até mesmo a abandonar o relacionamento violento em virtude de fatores como medo, dependência financeira e submissão, mas também em razão do afeto que ainda creem existir. Considerando os princípios, valores e diretrizes da justiça restaurativa, esta se apresenta como uma alternativa viável ao enfrentamento das questões que atravessam a violência doméstica, porque mais branda do que o aprisionamento - dado que autoriza acordos que não incluam a prisão, em atenção à vontade de grande parte das vítimas, que não desejam ver seu agressor aprisionado -, mas ao mesmo tempo mais intensa e profunda do que ele, porque busca nas emoções a resolução do conflito [...][20]

Acerca do tema, explica Mayara Pellenz e Ana Cristina Bacega de Bastiani:

> Quando se refere à justiça restaurativa e violência doméstica, a necessidade de resgatar a confiança, recriar laços e fortalecer relações ganha um sentido muito maior, especialmente no tocante a1 mulher. Utilizando a justiça restaurativa como método resolutivo de conflitos domésticos, fica evidente o enfoque humanizado dado a essa vítima de violência, na proteção da dignidade e na necessidade de preservar o respeito e o afeto dentro da família, uma vez que os laços afetivos e matrimoniais não somem no tempo, nem desaparecem de forma rápida.[21]

Pretender que a relação entre as partes seja restaurada significa que se buscará o sentimento de arrependimento e perdão, para que dessa forma seja estabelecido um relacionamento positivo entre vítima e agressor.[22]

A vítima assume o papel de protagonista: ganha voz. Poderá manifestar, bem como decidir, aquilo que pretende, além de externar seus sentimentos. Várias vezes o que as mulheres pretendem é serem ouvidas, assim como ter a confirmação de que o que aconteceu não foi certo ou até mesmo ouvir um pedido de desculpa, para que possam seguir a sua vida. Sendo assim, o interesse da vítima ao buscar o sistema penal, em muitos casos, não é a punição do infrator, mas a resolução do conflito através da reparação do dano causado pela conduta delitiva.

Existem pesquisas que comprovam tal afirmativa. Podemos citar a pesquisa

---

[20]ANDRADE, Camila Damasceno de; CAMARGO, Julia Lobo. A justiça restaurativa como enfrentamento à violência doméstica. In: Contribuições a lãs Ciencias Sociales, 2016. Pag. 6

[21]PELLENZ, Mayara: BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. Justiça restaurativa e resoluções de conflitos familiares. In: Revista de Direito e Liberdade, Natal, 2015.

[22]AQUINO, Quelen Brondani de; COSTA, Marlene Moraes da: PORTO, Rosane Carvalho. Justiça Restaurativa nas relações de gênero, 2016.

realizada por Paola Stuker na Delegacia de Polícia Para a Mulher de Santa Maria que constatou que, a cada 184 mulheres que registraram boletim de ocorrência contra seus cônjuges no ano de 2012, apenas 40 desejaram representar. Como se pode ver, em torno de 78% das mulheres que registraram boletim de ocorrência não desejam ver o acusado processado. Entretanto desejam alguma solução para o seus conflitos que não impliquem a punição do mesmo. Porém, isso não acontece, tendo em vista que quando a mulher decide por não representar criminalmente contra o acusado o registro do fato não é efetivado, não existindo, assim, nenhuma outra política social de combate à questão.[23]

5. Considerações finais

É preciso ter consciência de que a violência doméstica é resultado de uma relação de dominação entre homem e mulher, fruto da sociedade patriarcal e androêntrica que vivemos, é imprescindível primeiro conhecer as suas origens.

Todos os dias são noticiados casos de mulheres que sofrem agressões domésticas e isso ao longo de muitos e muitos anos. Muitos movimentos feministas trouxeram a público a realidade da violência doméstica. Como solução ao problema, clamaram por uma maior punição aos crimes de violência doméstica, até que em 2006 entra em vigor a Lei Maria da Penha. Sabemos ser essa uma grande conquista, pois tornou possível o debate acerca do assunto, bem como trouxe dispositivos a fim de punir a conduta e de resguardar a mulher, porém com relação à matéria penal existem muitas críticas, como se pôde ver no presente trabalho.

Se pararmos para analisar estamos diante de um paradoxo, pois, se por uma lado a mencionada lei representou uma conquista para a luta feminina, por outro lado, acabou, em alguma forma, por perpetuar a situação de submissão e incapacidade da mulher. Assim como a violência doméstica acontece, muitas vezes, de forma sutil, também é sutil a perpetuação da inferioridade feminina na Lei Maria da Penha. Sob a roupagem de proteção, as mulheres acabam sendo desacreditadas e ignoradas, como se não fossem capazes de fazer escolhas ou manifestar suas próprias vontades, precisando da intervenção estatal para tomar decisões por elas próprias.

Diante do exposto a Justiça Restaurativa aparece como possível solução. Durante a pesquisa ficou evidente o seu papel e seu objetivo, bem como o caráter humanitário, individualizando cada situação a fim de respeitar as particularidades presentes em cada conflito. Na contramão da vingança, da punição, do sofrimento, de um procedimento padrão para os mais diversos fatos, pretende esse método restaurar os conflitos, ou seja, reestabelecer o máximo possível a realidade existente antes do ilícito, para que assim as partes possam seguir suas vidas, o que em muitos casos será muito melhor que antes.

[23]TUCKER, Paola. Violência de gênero contra mulher: uma demanda à Justiça restaurativa. 2014.

Ressaltando que o diálogo entre as partes é essencial pois possibilita ao agressor entender o sofrimento que causou à vítima, pois muitas vezes ele não tem alcance das consequências dos seus atos, pois em muitas casos a ofendida não teve a oportunidade de externar seus sentimentos.

A Justiça Restaurativa se mostra uma alternativa eficaz no combate à violência doméstica, pois agressor e vítima guardam uma relação e laços familiares impossíveis, muitas vezes, de serem rompidos, seja em decorrência de filhos que tenham juntos ou pela presença de carinho, afeto e recordações existentes entre as partes. Portanto a Justiça Restaurativa é o único método que se mostra capaz de lidar com essas especificidades.

Referências

ANDRADE, Camila Damasceno de; CAMARGO, Julia Lobo. A justice restaurativa como enfrentamento à violência doméstica. In: Contribuições a lãs Ciencias Sociales, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Pelas mãos da criminologia o controle penal para além da (des) ilusão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. 2012.

AQUINO, Quelen Brondani de; COSTA, Marlene Moraes da: PORTO, Rosane Carvalho. Justiça Restaurativa nas relações de gênero, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. MedoLíquido. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. ModernidadeLíquida. Tradução de PlínioDentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BORBA DE CASTRO, Fernando. Justiça Restaurativa: um olhar para além da repressão. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. Tradução: Kuhner, Maria Helena. 7a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

HIRSCH, Tomás. O fim da pré-história – um caminho para a liberdade. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa, In: VITTO, Renato Campos Pinto de; SLAKMON, Catherine;

KARAM, Maria Lucia. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. 2015.

MONTENEGRO, Marilia. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. 1a edição. Rio de Janeiro; Revan, 2015.

MENEGAT, Marildo. O olho da barbárie. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

MORRISON, Wayne. Criminologia, civilizacion y nuevo orden mundial. Madrid: Antropos, 2012.

PELLENZ, Mayara: BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. Justiça restaurativa e resoluções de conflitos familiares. In: Revista de Direito e Liberdade, Natal, 2015.

PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das NaçõesUnidaspara o Desenvolvimento, 2005.

SANTOS, Milton. Porumaoutraglobalização – do pensamento único à consciência universal. 3a ed., Rio de Janeiro: Record, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura.Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.

STUCKER, Paola. Violência de gênero contra mulher: uma demanda à Justiça restaurativa. 2014 `

EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PROCESAL. NECESIDAD PARA CUBA

Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez[1]

Sumario**:** 1. Necesidad de la inserción del principio de oportunidad en el proceso penal; 2.Razones de Política Criminal que posibilitan la entrada del Principio de Oportunidad al proceso penal; 3- De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos de la oportunidad para Cuba; 4-Panorama cubano

1. Necesidad de la inserción del principio de oportunidad en el proceso penal

El enjuiciamiento criminal abrió las puertas al siglo xxi tratando de resolver la disputa por la supremacía entre dos modelos de juzgamiento; de una parte, el llamado sistema adversarial con raíces en el antiguo proceso germánico; de otra, el proceso continental europeo que, pese a tener orígenes inquisitivos, ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio, para dar lugar a un esquema procesal acusatorio formal o mixto.

En este camino, ya no podemos afirmar que los sistemas de justicia son absolutamente puros; el sistema anglosajón, fundamentado en su paradigma de precedente judicial y el sistema romano-latino-francés, en su codificación, tienden puentes que tratan de tomar de uno y otro lo mejor de sus instituciones; sin embargo, ello se ha querido presentar como la irrupción única del sistema anglosajón, lo que tiene muchas aristas y puntos oscuros.[2]

Es, precisamente, en esta controversia entre modelos, donde no puede perderse de vista la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, y el otro, animado por las ideas político-criminales propias de las corrientes preventivas.

La incorporación del principio de oportunidad al proceso penal obedece a cuestiones de índole plural, dogmáticas, procesales, constitucionales, político-criminales, orgánicas, económicas, entre otras, que aparecen condicionadas por las corrientes minimalistas y de expansión del Derecho Penal.

El gran dilema que se enfrenta en la lucha contra la delincuencia contemporánea

---

[1] Jueza Titular del Tribunal Supremo Popular. Vicepresidenta de la Sociedad Científica de Ciencias Penales y Criminológicas de la UNJC. Profesora auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

[2] SCHÜNEMANN, Bernard: ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, col. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Ed. CGPG, Madrid, 1991, p. 111.

está marcado por la necesidad de mantener los principios y garantías conquistados en el curso de una evolución jurídico-penal garantista y el clamor cada día más creciente de seguridad que exigen los ciudadanos, en un escenario donde la criminalidad organizada crece, el sujeto comisor del delito cambia sus paradigmas, se cuestiona la eficacia de la pena y sus alternativas, las tecnologías en ocasiones devienen en mecanismos facilitadores del delito, se incrementa el riesgo y, con ello, la violencia y, finalmente, se internacionaliza el delito y los instrumentos se convierten en pautas y lineamentos para conformar un modelo de enfrentamiento al crimen.

La "crisis" de los postulados clásicos del Derecho Penal también matizan el panorama actual de la discusión científica que cuestionan el porqué y para qué de su utilización, así como la búsqueda de medios que posibiliten alcanzar la tutela efectiva de los derechos de la víctima, e incluso, la valoración de la conducta del delincuente y sus posibles repercusiones penales y procesales, ante las disfuncionalidades que presenta el patrón de Estado monopolizador del conflicto penal.

Se intensifica el discurso político que trata de utilizar la justicia como un mecanismo de contención social; se clama por el aumento de las penas; se cuestiona la actuación del Ministerio Público y, por extensión, del aparato judicial en general; la congestión del sistema judicial; el hacinamiento carcelario; la ampliación de tipos penales producto del trabajo legislativo, que requiere soluciones tanto administrativas y económicas como jurídicas, que eviten el colapso del sistema, lo que llevaría a una parálisis en la aplicación de la justicia.

Ante este escenario, resurge la idea de fortalecer las funciones rehabilitadoras y reparadoras o restauradoras del Derecho Penal, sin mermar la posible concurrencia o coexistencia con la finalidad retributiva en ciertos casos. Y ello ha llevado, igualmente, a cuestionar si el proceso penal es el único medio instrumental a partir del cual, o en el cual, es posible resolver el conflicto social generado por el delito.

La panoplia de instrumentos que la doctrina aporta hoy para enfrentar esa realidad, permite a los Estados diseñar políticas de enfrentamiento al fenómeno delictivo, en correspondencia con el avance experimentado por la criminalidad y las fórmulas que se insertan para corregirla, sin que ello signifique, de manera absoluta, una ruptura con las bases históricas de cada sistema.

Un ordenamiento penal está informado por el principio de oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o archivándolo, significa la posibilidad de que el órgano público, a quien se le encomienda la persecución estatal, prescinda de su promoción.

En consecuencia, el presente trabajo pretende contribuir al debate jurídico sobre el principio de oportunidad. La perspectiva desde la cual se presenta esta contribución es positiva, en la medida en que se demuestra que su existencia se justifica por la necesidad de ajustes en los sistemas penales para una mayor efectividad y el

requerimiento de una implementación adecuada de los postulados del Derecho material. Desde esta configuración, se establece un diálogo entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad que pretende mostrar su complementariedad antes que su disyuntiva, en la medida en que se desarrollan sus puntos de encuentro y sus vínculos. Así mismo, se recorre su conceptualización e instrumentación.

El principio de oportunidad tiene su génesis en el sistema del *Common Law,* y su primera expresión normativa se ubica en Alemania, mediante la Ley *Emminger*, de 4 de enero de 1924 –Artículo 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

Con el proceso de reformas, primero en el continente europeo y después de la segunda mitad del siglo xx en Latinoamérica, toma auge este principio, con su incorporación a legislaciones procesales, como se puede verificar desde el Derecho comparado. Su implementación desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos de la región, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de legalidad, conocido, además, como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de Derecho.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una creciente criminalidad no convencional, lo que, junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más ágil, eficiente y menos costoso.

La actualización del modelo socioeconómico en que se encuentra inmerso el país debe realizarse con un enfoque multidimensional, en el que los aspectos jurídicos desempeñan un importantísimo rol y es, desde esta perspectiva, que el proceso penal cubano necesita reformas que lo adecuen al nuevo escenario económico-social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social creado por el delito, sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten.

2. Razones de Política Criminal que posibilitan la entrada del Principio de Oportunidad al proceso penal

El estudio de este principio en la doctrina penal no ha sido de fácil comprensión, dado el arraigo que en la cultura jurídica ha tenido durante tantos años, el principio de

legalidad. Lo han definido autores como GIMENO,[3] Tijerino,[4] Maier,[5] Cafferata,[6] Roxin,[7] González[8] y Bínder,[9] entre otros. En sus definiciones, señalan como elementos comunes que es una facultad o posibilidad otorgada por el Estado; en tal sentido, los términos *facultad* y *posibilidad*, están reconocidos como un elemento esencial del principio; el que se pueda ejercitar o no la acción; poder discrecional, que lo diferencia de la obligatoriedad rígida del principio de legalidad, al órgano encargado de establecer el ejercicio de la acción penal. Tijerino[10] y Roxin[11] precisan que ese órgano es el Ministerio Público o Fiscalía, indistintamente, según se le denomine en la legislación interna de cada país.

Las definiciones de los autores anteriores permiten establecer los elementos que conforman el alcance y contenido de este principio, consistentes en que: el titular de la acción penal puede prescindir de ella, bajo comprobadas condiciones; se otorga habiéndose confirmado un hecho punible contra un autor determinado, por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales; su núcleo fundamental radica básicamente en modificar el concepto de los fines de la pena; con su aplicación, no se busca la impunidad, por el contrario, lo que se pretende es una mayor eficiencia en el sistema legal; necesaria proporción entre conflicto y solución; y su aplicación puede ser reglada o no.

El principio de oportunidad no es aplicable sin límites, puesto que funciona jurídicamente como excepción del principio de legalidad, que ocupa un lugar de regla general. El Ministerio Público, si se apoyara en el principio de oportunidad puro y simple,

---

[3] GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 34.

[4] TIJERINO PACHECO, José María: *El principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal, Derecho Procesal Penal Costarricense*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica , San José, 2007, p.496.

[5] MAIER, Julio: *Derecho Procesal Argentino*, Ed. Hammurabi, t.1, v. B, Buenos Aires, 1978, p. 555.

[6] CAFFERATA NORES, José I.: *El principio de oportunidad en el Derecho argentino, teoría. Realidad y perspectivas* en Nueva doctrina Penal, 3ra. ed., Ed. Del Puerto RFL, 1996, p.32.

[7] ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal,* Traducción a la 25 ed., Gabriela E. Y Daniel R. Pastor, rev. Por Julio Maier, Ed., del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 89.

[8] GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*", Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, no. 7, julio de 1993, p. 67.

[9] BINDER, Alberto M.: *Justicia penal y estado de derecho*, 2da. ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p.121.

[10] TIJERINO PACHECO, José María*: Op. cit*., pp.91-93.

[11] ROXIN, Claus: *Op. cit.,* pp.89-95.

conduciría a que pudiera determinar por sí cuáles hechos son perseguibles y cuáles no, con una clara intromisión en funciones que solo corresponden al legislador y, consecuentemente, violaría otros principios como los de prevención general, igualdad ante la ley, legalidad penal y seguridad jurídica.

Muestran su oposición al referido principio: Montero[12] y Ferrajoli,[13] al enfilar sus críticas en términos de la prevención general, pues consideran que los criterios de oportunidad tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo.

Basado en lo anterior, se toma posturas a favor de su implementación pero con la precisión de que no solo es necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente establecidos, sino también se torna indispensable que existan ciertos mecanismos de control internos[14] y externos y de registro, para que el Ministerio Público ejerza esa facultad dentro de los límites que le franquea la ley y la Constitución, pues podría ser la mala actuación de los funcionarios autorizados a su aplicación la que sí llegue a violentar derechos y garantías constitucionales, comportamientos que también ocurren bajo el imperio del principio de legalidad, porque su desatino no está en la esencia de los principios, sino en la conducta antiética del funcionario empoderado para decidir.

Las características que identifican el referido principio son: a) Es excepcional porque funciona jurídicamente como excepción al principio de legalidad, que es la regla general; b) Es discrecional en tanto está sujeto a una valoración por parte del fiscal, que no está obligado a solicitarlo aunque existan las condiciones para ello; c) Es referido, en general, al órgano persecutor oficial: la Fiscalía es la única institución facultada para solicitar su aplicación; y d) Es taxativamente reglado, lo cual significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal.[15]

La doctrina reconoce un conjunto de factores que favorecen la utilización de la

---

[12] MONTERO AROCA, Juan: *El Derecho Procesal del siglo* XX, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 124-137.

[13] FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 567-570, y 820-834.

[14] Estos pueden ser de dos tipos: en primer lugar se encuentran los controles internos, constituidos por todas aquellas disposiciones que sean adoptadas al interior del Ministerio Público para unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos como pueden ser los que ejerce la víctima o el querellante en su caso y el juez, el cual con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva

[15] *Vid*. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673 de 2005. Magistrada ponente, Clara Inés Vargas. En la referida sentencia hace referencia expresamente a estas características, en. www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-673-05.htm,consultado 28 de diciembre 2016, a las 3:25pm.

oportunidad. Ellos son:

a) La descriminalización de hechos punibles, al evitar la aplicación del ejercicio de la acción penal, donde las salidas alternas dan mejores resultados o donde no sea necesaria su aplicación.
b) El principio de oportunidad es una herramienta eficiente del principio de igualdad porque corrige el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.
c) Permite la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como métodos de control social, y procura el descongestionamiento de una justicia penal sobresaturada de casos.
d) En todo caso, carece de sentido esperar hasta las últimas consecuencias del proceso como es la sentencia, para otorgar un beneficio cuyo futuro otorgamiento resulte evidente ya en la etapa de instrucción.
e) La aplicación de este principio permite investigar casos de mayor trascendencia, como los vinculados al crimen organizado, dedicando mayor atención a su investigación y procesamiento.
f) Es útil para lograr que desaparezca la imposición de la pena como un método tradicional para solucionar los conflictos sociales.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar esos criterios en algunos instrumentos legales. Así, en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal, *Reglas de Mallorca,* específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios.

En el Derecho Internacional, la Corte Penal Internacional, en su Artículo 53, apartado 1 del Estatuto, consagra este principio, para ser aplicado al inicio de la investigación o etapa de juzgamiento. No existen criterios de oportunidad reglado, sino que el fiscal debe sujetarse a fundamentos razonables y al interés de la justicia. Esta renuncia a la acción penal tiene un control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

De lo expuesto con anterioridad, se concluye que cualquier análisis a realizar sobre el principio de oportunidad debe partir obligatoriamente del principio de legalidad, como garantía constitucional y principio rector del proceso penal, respecto al cual hay que valorar ventajas y desventajas en la solución del conflicto penal objeto de análisis y, de ello, dependerá la sumisión a un principio u otro, sin contradecir la esencia de ninguno y ponderando siempre qué resolvería mejor el conflicto entre partes y su impacto social, y ello en mucho dependerá de la filiación que se tenga respecto a cómo pueden convivir ambos principios en el proceso penal, desde un resguardo constitucional.

Asumida la posición de la autora, a favor del principio en estudio, lo define como: aquel de rango constitucional mediante el cual el Ministerio Público por razones de político-criminal, puede discrecionalmente decidir no ejercer la acción penal, aun cuando esté comprobado el delito y su posible responsable, por darse las circunstancias que la ley establece y cuya decisión debe ser ratificada por un juez, bajo mecanismos de control internos y externos que garanticen su cumplimiento.

3. De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos de la oportunidad para Cuba

Al incursionando en el escenario constitucional se demuestra la compatibilidad y armonía del principio de oportunidad con el resto de los principios y garantías que en él se reconocen, sobre todo en la forma reglada; el rol que en su aplicación práctica desempeñan los distintos sujetos procesales, la diferenciación con los criterios de oportunidad, el procedimiento para su aplicación, efectos que produce, así como la posible impugnación de lo decidido. Todo ello desde el Derecho comparado (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, República Dominicana, Venezuela, Nicaragua, Panamá), que posibilitó, unido a los resultados de las técnicas de investigación aplicadas, ilustrar el panorama y la necesidad de su transformación, en la búsqueda de una justicia más eficaz y menos costosa.

Resulta común en la práctica judicial reconocer que el Derecho Penal se inicia en la Constitución de cada país, como Ley fundamental; en ese sentido, el estudio del principio de oportunidad no puede más que aseverar tal afirmación, pues la actividad judicial y jurídico-discrecional que reclama la aplicación de este principio, con carácter excepcional y complemento al de legalidad, está condicionado por valores constitucionales, en especial por la dogmática de los derechos fundamentales y la posibilidad de ponerle límites, lo que se intenta explicar desde la Constitución con ayuda del principio de proporcionalidad.

Legalidad y oportunidad son principios con el mismo rango constitucional; si bien el legislador ha aportado un sistema, no es menos cierto que ha dotado a la administración de justicia de algunos mecanismos para la toma de decisiones discrecionales, sin olvidar, por supuesto, que ya el deber de los órganos de administración de justicia de tomar decisiones, frente al caso objeto de análisis, trae consigo un elemento de discrecionalidad. Además, la consagración de la oportunidad como principio excepción deja claro que no se trata de una posibilidad ilimitada, sino, por el contario, este principio solo operará en los casos previstos por el legislador, pues se trata de una oportunidad reglada.

Con su incorporación en los textos constitucionales, junto con la de otros mecanismos, se han cambiado los modelos de persecución penal de los delitos que habían regido con anterioridad, introduciéndose la posibilidad de que el Ministerio Público coadyuve a promover, en el sistema penal, racionalidad, eficiencia y equidad. Es

una respuesta a la constatación práctica de la imposibilidad de investigar y perseguir todos los ilícitos.

Los códigos procesales que acogen el principio de oportunidad regulan los casos en los cuales procederá la solicitud de un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público. Esto se encuentra previsto de manera reglada o tasada, ya que la ley regula en qué casos concretos se aplicarán, no quedando a la libre discrecionalidad del fiscal, o sea, al arbitrio de la parte acusadora. Los más utilizados resultan ser:

i) Cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia,[16] por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.

ii) Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

iii) Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o síquico grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño moral de difícil superación.[17]

iv) Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.[18]

---

[16] *Vid. CPPMI,* Art. 230; *CPP Bolivia*, Art. 21.1; *CPP Colombia*, Art. 324.12*; CPP Chile*, Art. 170; *CPP Costa Rica*, Art. 22 a); *CPP El Salvador*, Art. 18.2; *CPP Guatemala*, Art. 25.4; *CPP Honduras*, Art. 28.1; *CPP Perú* R. N° 1470-2005-MP-FN, Art. 2.b y c; *CPP República Dominicana*, Art. 34.1; *CPP Venezuela*, Art. 38.1. En Bolivia, Guatemala, Honduras y Perú se requiere que se haya reparado el daño. *Vid.,* Sentencia No.095-07de fecha 14 de febrero de 2007 Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, juez ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabrera, define que entienden por insignificancia, tanto del hecho como del sujeto, corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43531753, consultada día 23-1-2017, 4:00p.m. En igual sentido la Sentencia No.219-98 de fecha 6 de marzo de1998, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, consultadas en: vlex.co.cr/vid/-497727966, el mismo día y hora.

[17] Vid. CPP Bolivia, Art. 21.2; CPP Colombia, Art. 324.6; CPP Costa Rica, Art. 22 c); CPP El Salvador, Art. 59.2; Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, Art. 2.a; CPP República Dominicana, Art. 34.2; CPP Venezuela, Art. 38.3.Art. 18.3; CPP Honduras, Art. 28.3; CPP Nicaragua, Art. 59.3.Vid., Sentencia No.806-02 de fecha 9 de abril de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, hace referencia a los elementos a tener en cuenta para apreciar la pena natural, consultada en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/, el día 23-1-17,4.30 p.m.

[18] *CPP Bolivia,* Art. 21.3; *CPP Costa Rica*, Art. 22 d); *CPP El Salvador*, Art. 18.4; *CPP Honduras*, Art. 28.4; *CPP Nicaragua*, Art. 59.3; *CPP República Dominicana*, Art. 34.3; CPP Venezuela, Art. 38.4.

v) Casos relacionados con extradición.

Según este supuesto, se aplicará el principio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta.

vi) Colaboración en delitos graves, de delincuencia organizada o procesos de tramitación compleja. Se impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.[19]

Estos dos últimos criterios están muy relacionados con los nuevos retos de la sociedad moderna en el enfrentamiento a la delincuencia organizada: abuso de poder, narcotráfico, espionaje, delitos ecológicos, tráfico de armas y de personas, entre otros crímenes no convencionales.

El andamiaje histórico, doctrinal, político-criminal y de Derecho comparado adquirido durante esta travesía científica, posibilita el análisis del panorama cubano, a partir de lo legalmente establecido y la realidad práctica a la que hoy se enfrentan nuestros tribunales de justicia[20].

4. Panorama cubano

Con la entrada en vigor de la Ley No. 6, de Procedimiento Penal Militar,[21] en 1977, aparecen en Cuba, por vez primera, criterios de oportunidad, al establecerse en esta, la posibilidad de un sobreseimiento provisional condicionado que posibilita al fiscal suspender el ejercicio de la acción penal, aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica que exige

[19] *Vid. CPP Bolivia*, Art. 21.apartado 5*; CPP Colombia*, Art. 324, apartado 2; *CPP Costa Rica*, Art. 22 inciso d); *CPP El Salvador*, Art. 18, Apartado 4; *CPP Nicaragua*, Art. 59. apartado 3; *CPP República Dominicana*, Artículo 34, apartado 3; *CPP Venezuela*, Artículo 38, apartado 4.

[20] Constatada en los resultados empíricos obtenidos mediante la aplicación de los métodos y técnicas, declarados en la introducción de la presente investigación y que adjuntamos en anexos dado lo ilustrativo que resultan del panorama actual.

[21] *Vid.* Art. 242, apartado 2 y Art. 243. QUIALA ARTIMEZ, Frank: *El principio de oportunidad en la Ley de Procedimiento Militar*, Tesis de la Especialidad en Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana,2009.Concluye el autor que: Los requisitos actuales que informan la aplicación del principio de oportunidad en la Ley Procesal Penal Militar, limitan el alcance real de sus posibilidades, siendo factible apreciar la necesidad del control jurisdiccional a las decisiones que al respecto se adopten en la fase preparatoria, para alcanzar un sentido más garantista en su aplicación por lo que resulta necesaria su reformulación.

la presencia de determinados elementos,[22] sin los cuales no puede llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una política criminal basada en un Derecho penal, informado por la moderna tendencia minimalista; de este modo, la Comisión Legislativa, que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: el de mínima intervención, el de prohibición de exceso y el de intervención legalizada,[23] tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

La introducción del apartado 2 del Artículo 8 del Código Penal, mediante la Ley No. 21 de 1979 constituye una materialización de lo declarado por la Comisión Legislativa sobre el principio de Derecho Penal mínimo, al ofrecer la posibilidad de que no se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carezca de peligrosidad social[24] por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor; pero ello no constituye un criterio de oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que sí son enjuiciadas como delitos.[25]

---

[22] Que el delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social, el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias, que el acusado por su conducta posterior demuestre haberse arrepentido de sus actos y cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la administración central del Estado solicita y asuma el compromiso de reeducar al acusado.

[23] QUIRÓS PÍREZ, Renén: "Despenalizació*n*", Revista no. 10 del MINJUS, La Habana, enero–marzo de 1986, pp. 7 y ss.

[24] *Vid*. Instrucción No. 115 de 20 de junio de 1984 del CGTSP, donde se define cuando un hecho carece de peligrosidad social.

[25] Posición contraria mantiene MENDOZA DÍAZ, Juan al considerar que "…La modificación realizada al Art. 8 del Código Penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste un poco peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como *oportunidad reglada". Cfr*. MENDOZA DÍAZ, Juan: "Lecciones de Derecho Procesal Penal", Universidad de La Habana, Cuba. Universidad Juan Misael Saracho¨, Tarija, Bolivia, 2001, p. 27. CANDIA FEREIRA, José, también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como ejemplo lo establecido en el Art. 8 apartados 2 y 3 de Código Penal, véase al respecto "Problemas actuales del proceso penal en Cuba", *Revista Cubana de*

La Ley No. 62, Código Penal, entró en vigor el día 30 de abril de 1988, introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988, como contravenciones administrativas.

Existen conductas conocidas como *delitos paralelos*,[26] al encontrarse tipificados como contravención y como delito, dependiendo su aplicación de la interpretación que, de cada uno, haga el funcionario designado para su aplicación (en la mayoría de los casos, es el policía), y ello afecta la seguridad jurídica del ciudadano y otros derechos y garantías.[27]

El Art. 342.2 del referido Código Penal estableció un tratamiento distinto a los delitos de, hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuera de limitado valor, pudiendo, en estos casos, no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer, al sujeto comisor, una multa administrativa. Ese propio precepto regula los requisitos de cuánto podía ser su monto, según las características personales del presunto infractor, y los perjuicios causados a la víctima.

En el Art. 1 del Decreto Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, se adicionó el apartado 3 del Art. 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Este es una expresión muy parecida al principio de oportunidad en nuestra legislación, pero, al ser aplicado por la Policía[28] y la Fiscalía, sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal,[29] la resolución mediante la que se acuerda no es una resolución fundada, no es ratificada por un juez y no tiene efectos de cosa juzgada, no

---

Derecho de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, no. 13, enero-junio de1999, pp. 11 y ss. Aunque ambo autores han evolucionado en su pensamiento y hoy sostienen criterios diferentes.

[26] Son considerados delitos paralelos los preceptuados en los Arts: 191, inciso c); 201, apartado 2; 219; 230; 240, apartado 3; 300, apartado 4; 303, incisos b) y c) del Código Penal vigente.

[27] *Vid*. GÓMEZ PÉREZ, Ángela: "Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba", ed. electrónica *www.eumed.net/tesis/2011/agp* consultado 23-1-17 a las 3:00 p.m.

[28] Respecto a esta facultad asegura ROXIN que solo es posible a la Fiscalía; ya que la Policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige ilimitadamente. ROXIN, CLAUS, *Op. cit.,* Culpabilidad y Responsabilidad…, p. 91.

[29] El viceministro jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden No. 19, de 16 de julio de 1997; y el fiscal general de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

cumple las exigencias que en el transcurso de la investigación hemos identificado como características del principio de oportunidad.

La tramitación del Artículo 8, apartado 3 no se establece en la Ley de Procedimiento Penal, ni por el Derecho Administrativo. Esta dificultad se trató de resolver con el *parche* establecido en la disposición especial única del Código Penal, para tratar de instrumentar su aplicación.[30] Pero ello no ha cumplido su objetivo, limita su aplicación y no existe un control con los beneficiados y el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

La predicha disposición dio lugar a pronunciamientos por las autoridades facultadas, que se convirtieron en regulaciones complementarias de carácter interno para cada uno de los órganos involucrados, las cuales responden a intereses de carácter operativo y funcionales, ajenas a la sistemática de la Ley de Procedimiento Penal y su marco garantista: Indicaciones emitidas por la Orden No. 19, del viceministro del Ministerio del Interior y jefe de la Dirección de la PNR, la Instrucción No. 1/97, del Fiscal General de la República e Indicaciones del CGTSP.[31]

La peligrosidad social, como elemento típico del delito, y de donde parte el legislador para definir las tipicidades delictivas, durante los procesos de criminalización, no se les debería responsabilizar a los operadores del sistema jurídico, para una definición de lo no delictivo, a partir del mismo referente, en supuestos que antes se han considerado típicamente delictivos. Ello pudiera ser violatorio del principio de legalidad desde su componente de seguridad jurídica, y sus tres elementos configurativos: ley escrita, ley estricta y ley cierta.[32]

La Ley No. 88 de 1999,[33] "De protección de la independencia nacional y la economía de Cuba", es la primera ley especial que, en su disposición final primera, hace referencia directa al principio de oportunidad, cuando expresa: La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio

[30] Establece que: El Ministerio del Interior, el Fiscal General de la República y el CGTSP reglamentarán en lo que respectivamente les concierna, la aplicación de lo establecido en esta disposición especial.

[31] En las Indicaciones emitidas por el CGTSP para la instrumentación práctica del 8-3 encontramos, la inclusión de un mandato que representa en sí mismo una doble incriminación desde su vertiente procesal y por ende, la vulneración del principio "*non bis in ídem*¨.

[32] *Vid.* GÓMEZ PÉREZ, Ángela: La Aplicación del Artículo 8-3 del Código Penal a los acusados y víctimas, Tesis de Maestría en Criminología, Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 2000, p. 30.

[33] Gaceta Oficial Extraordinaria número 1, de 15 de marzo de 1999, se promulgó la Ley No.88, denominada "de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba".

de oportunidad, conforme a los intereses de la nación,[34] toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal, es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el fiscal en representación del Estado y, conforme a los intereses de la nación, lo decide.[35]

La Ley No. 93, contra los actos de terrorismo,[36] de 24 de diciembre de 2001, en su Artículo 5, describe los criterios de oportunidad y beneficios que se le pueden aplicar a los colaboradores, involucrados en hechos por estas tipologías delictivas que protegen la seguridad nacional, como bien jurídico de carácter especial para nuestro país.

El Decreto Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013, en vigor desde el primero de octubre de ese año, amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido Artículo 8.3 del vigente Código Penal, al establecer su aplicación en aquellos delitos en los que el límite máximo no exceda los tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas y que, para ello, se necesita la aprobación del fiscal[37], pero se mantienen los señalamientos hechos con anterioridad, lo que nos imposibilita mostrarlo como una manifestación del principio de oportunidad en nuestro país. Además con esta ampliación en la posibilidad de aplicar el Artículo 8-3 existen un número considerable de delitos, según su marco sancionador donde el sujeto activo es el funcionario público y están incluidos dentro de estas posibilidades de beneficio.

Son estos, a grandes rasgos, los antecedentes legislativos que podemos encontramos en Cuba, como intentos de aproximación al principio en estudio, todos desde la ley sustantiva, como se puede apreciar muy distante para provocar el cambio que necesitamos, a partir de cuestionarnos entre otras razones: la ubicación de las atribuciones que confiere el Artículo 8, apartado 3, en el Código Penal, y no en la Ley de

---

[34] Ley No. 88 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. Edición extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999.

[35] El Art. 127 de la *Constitución de la República* preceptúa: La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado. Es criterio de TOLEDO SANTANDER, José Luis, que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la Ley quien le va a fijar a la Fiscalía entre otros aspectos, la "oportunidad" en que la ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo a lo establecido en la Ley, no ejercerá sus funciones y eso es oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No 88 de 1999. Colectivo de autores: *Comentarios a las leyes penales*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005 y este mismo autor en *Op. cit*. Tesis, pp. 91-92.

[36] *Vid. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria No. 14* de fecha 24 de diciembre de 2001, Ministerio de Justicia, en su Artículo 5 describe los criterios de oportunidad y beneficios que se le pueden aplicar a los colaboradores.

[37] *Vid*. Resolución No.51-13, del Fiscal General de la República, de 23 de septiembre de 2013, donde se establece la metodología para la aplicación del art.8-3 y los modelos para su tramitación.

Procedimiento Penal, como demostramos que ocurre en el Derecho comparado.

Para constatar en la práctica el comportamiento de los procesos penales según la legislación vigente, realizamos un estudio empírico que tomó como campo de investigación la actividad judicial de los TMP, respecto al proceso sumario. Para ello, se seleccionó el quinquenio 2010 y 2014 y, haciendo uso de las estadísticas judiciales de este período se pudo conocer que el 65% de la radicación de todos los procesos se concentra en este tipo de proceso. Es decir, en delitos de poca significación o de bagatela, como se les denomina en las concepciones criminológicas.

Las tipologías delictivas de mayor radicación, a nivel nacional, resultaron ser los delitos de hurto, lesiones, amenazas e incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones.

Del universo del país, se seleccionaron los dos Tribunales Provinciales Populares de mayor y menor radicación, en este tipo de proceso: TPP de mayor radicación: La Habana y Santiago de Cuba. Los TPP de menor radicación: Cienfuegos y Ciego de Ávila. Tendencia que se mantuvo en 2015 y 2016.[38]

De la radicación total del país en ese quinquenio (150 832 causas), la muestra seleccionada fue de 2562 (4% de la radicación total de los 16 TMP seleccionados y 2% de la radicación total en ese tipo de proceso), con el 97% de confiabilidad y un margen de error del 2%, con lo que se garantiza una mejor representatividad de los estadígrafos de confianza de error y, en tal sentido, suficientemente demostrativo de cómo se manifiesta el fenómeno analizado desde una perspectiva judicial.

Las 2562 causas fueron seleccionadas de forma consecutiva, de acuerdo con la radicación de cada año y el número de la muestra, a las que se le aplico la guía de observación y como principales resultados se obtuvo que:

– El 92,7 de los sancionados resultaron personas primarias ante la norma penal; el 75,8% tenían buena conducta social, con anterioridad a la comisión de los hechos; con vínculo laboral, el 74,7%. Reconocieron su participación en los hechos y mostraron arrepentimiento, el 67,3%. Si solo tenemos en cuenta estos últimos datos, respecto a las características de los sancionados, podemos afirmar que, como mínimo, al 67% de los

[38] De los referidos TPP, también seleccionamos los dos TMP con mayor y menor radicación La Habana. TMP de mayor radicación: Playa y La Habana Vieja; TMP de menor radicación: Cotorro y Regla y en Santiago de Cuba. TMP de mayor radicación: Santiago de Cuba y Contramaestre; TMP de menor radicación: Segundo Frente y Tercer Frente. En Cienfuegos. TMP de mayor radicación: Cienfuegos y Cumanayagua; TMP de menor radicación: Lajas y Palmira y en Ciego de Ávila**.** TMP de mayor radicación: Ciego de Ávila y Morón; TMP de menor radicación: Florencia y Ciro Redondo. Los delitos de mayor incidencia en estas provincias fueron: lesiones, amenazas, hurto, tenencia ilegal de armas y delitos de tránsito.

acusados se le hubiera podido aplicar un criterio de oportunidad porque eran personas primarias ante la norma penal, de buena conducta social, trabajaban y reconocieron su participación en los hechos

– Al 55,3% de los sancionados se les impuso la sanción de multa. Al realizar un análisis de la composición de estas y la cuantía en cuotas, resultó que el 50% de las impuestas fueron de 200 cuotas o más, es decir, que constituyen antecedentes penales, de acuerdo con lo que preceptivamente establece nuestro Código Penal; y, si tenemos en cuenta que el 92,7% de los sancionados fueron primarios, entonces, la política penal constituyó, en un alto por ciento, un elemento criminalizador en potencia para la sociedad.

Se verificó que los procesos penales, en el quinquenio en estudio (2010- 2014), costaron al país, por la inversión que en ellos hizo el último eslabón de la cadena procesal (es decir, el tribunal, sin contar los costos de la Policía, la Fiscalía y prisiones), un total de $167 millones 319 913,43 MN. De esa cantidad, en los procesos de los TMP, se gastaron $96 millones 984 214,14 MN, que significa el 58% de lo gastado.

Sin embargo en los procesos de provincia, donde se concentra el procesamiento de los delitos más graves en primera instancia, se utilizó el 35%, que significan 58 millones 999 512, obsérvese a simple vista la desproporción del efectivo utilizado, dado por el costo de los procesos y el menor número de ellos que se radica en los Tribunales Provinciales del país, pero sí los más complejos en su investigación.

En sentido general, la constatación de la realidad existente en nuestros tribunales, utilizando la estadística judicial y el estudio de las causas seleccionadas, conforman una caricatura perfecta de los elementos doctrinales estudiados en el marco teórico, desde el momento en que surgió el principio hasta la fundamentación político-criminal que naturaliza su existencia. Quedan así, fehacientemente demostrados, los altos costos que significan para el país mantener la impartición de justicia bajo los viejos cánones del férreo principio de legalidad.

Las técnicas y métodos empleados desde una visión holística ratifican que la pretensión de aportar elementos para la introducción de una institución como la oportunidad en el proceso penal cubano, no solo era necesaria desde el punto de vista jurídico en pos de una justicia garantista, preventiva, conciliadora, humana, flexible y alternativa con opciones válidas para encarar los disímiles conflictos que una sociedad debe afrontar en su cotidiano andar, sino también, que en el caso cubano de manera particular, significa un aporte al llamado a la búsqueda de soluciones menos costosas en lo económico y de mayor satisfacción en lo social.

Con amparo en lo anterior podemos concluir que:

El principio de oportunidad tiene sus orígenes en la discrecionalidad del sistema anglosajón del *Commom Law* y su primera expresión normativa en Alemania a través de la "Ley Emminger", de 4 de enero de 1924 –Art. 153–, en virtud de la cual el Ministerio

Público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones. Formó parte de los elementos transformadores introducidos por los movimientos de reforma procesal en Europa y en América Latina.

Que los fundamentos del principio de oportunidad lo conforman una mezcla de razones: históricas, teóricas, normativas y de política criminal, asentadas en los postulados enarbolados por las corrientes preventivas y criminológicas de finales del siglo xx, que lo dotaron de una concreción minimalista constituyendo así su naturaleza jurídica.

La oportunidad reglada ofrece un conjunto de ventajas que se erigen en razones de política criminal cuyo fundamento no obliga a la persecución indiscriminada de todos los delitos en pos del descongestionamiento del sistema judicial; permite concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada, nos ofrece una amplitud de posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca peligrosidad social, y como colofón de todo ello, tributa a la necesaria economía procesal.

La praxis judicial cubana muestra elementos suficientes, en cuanto a las conductas delictivas que se juzgan, donde el 65% de los delitos son menores, con prevalencia de las lesiones, amenazas, hurto, portación y tenencia ilegal de armas. Los sujetos comisores, en el 67% eran de buena conducta social, sin antecedentes y colaboraron en el esclarecimiento de los hechos. Como resultado de ello, las sanciones impuestas en un 55% fueron de carácter pecuniario y de ellas un 50% estuvieron en un rango de 200 cuotas que automáticamente se convierten en antecedentes penales, cuyo análisis nos lleva a afirmar que no ha sido coherente la respuesta punitiva con el tipo de delito y las características de sus autores, los que bien pudieran haber sido beneficiados con otras soluciones menos criminalizantes.

La oportunidad es un mecanismo válido, que según los operadores jurídicos consultados, sería de utilidad en el proceso penal cubano, fundamentándolo en un 100%, con una mayor efectividad de la impartición de justicia, con más calidad y disminución de sus costos económicos; el 99,8% lo identifica con la agilidad en el resarcimiento a las víctimas y mayor posibilidad de adecuar las soluciones al conflicto penal creado por el delito; el 99,7%, con mayor agilidad en la impartición de la justicia; 98,7% lo asocia a una mayor concentración de los recursos humanos y financieros hacia el procesamiento del delito más grave; y el 77%, con la humanización de las sanciones.

El análisis económico como última de las invariantes demostró la utilidad del principio de oportunidad para Cuba al arrojar que, descongestionando los TMP (en un 67% por las características de los hechos y sus comisores que hoy se juzgan) podría en un quinquenio ahorrarse $112 millones 104 342 MN, que representaría, según los costos corrientes del TSP lo necesario para dos años de trabajo, o poderlos invertir en el proceso

ordinario de los TPP, donde se juzgan los delitos más graves y que cuestan en un quinquenio $ 58 millones 999 512 MN.

Luego del panorama expuesto me atrevo a proponer que:

I. Junto a la definición constitucional de *Legalidad*, se reconozca, de manera expresa, el principio de oportunidad reglada, bajo una formulación que pudiera contener el diseño siguiente:

La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado**, con sujeción a los principios de legalidad, oportunidad reglada y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito, acusará a los presuntos infractores ante el tribunal competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio oral.**

La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

II. La Ley de Procedimiento Penal, como norma de desarrollo, deberá definir el principio de oportunidad y establecer las pautas de un modelo de oportunidad reglada, basado en lo siguiente:

A. Reconocimiento y determinación de los **criterios de oportunidad**

1. **La insignificancia o falta de interés público**. Este criterio de oportunidad debe regir para los delitos sancionables hasta cinco años de privación de libertad, término que actualmente se tiene en cuenta para las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad.
2. **Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o psíquico, grave o irreparable**.
3. **Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho; haya contribuido de manera significativa al esclarecimiento de la participación de otros imputados de mayor responsabilidad en el mismo hecho; en otro más grave** o **relacionado con la criminalidad organizada y el delito transnacional**.
4. **En casos de extradición, atendiendo a convenios**

bilaterales entre los Estados.

B. Precisar requisitos de carácter general para su correcta instrumentación

1. La aplicación debe hacerla el fiscal, ratificada por un juez
2. Introducción de un conjunto de medidas que hagan efectiva la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo que coadyuve a evitar la impunidad, que pudieran ser:
    a) La privación del derecho a ocupar cargo de dirección en los órganos correspondientes a la actividad político-administrativa del Estado, en unidades económicas estatales y en organizaciones de masas y sociales
    b) La prohibición del ejercicio de una profesión u oficio
    c) Suspensión de la licencia de conducción
    d) Prohibición de frecuentar medios o lugares determinados
    e) El comiso
    f) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de trabajo
    g) Sujeción a vigilancia de los órganos y organismos encargados de la prevención social
    h) Prohibición de cambiar de residencia sin autorización
    i) Obligación de rendir cuenta periódicamente de su conducta
    j) Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si fuera necessário
    k) Prohibición de salir del país sin autorización
3. El principio de oportunidad debe aprobarse por auto de sobreseimiento, que tendrá efectos definitivos o suspensivos, de acuerdo con el criterio de oportunidad que se aplique.

C. La ley deberá realizar una interpretación auténtica contextual que defina qué se considera, *insignificancia* y *delito grave* que puede estar en los

términos siguientes:

- ***Insignificancia***: Resultarán insignificantes aquellos hechos que, por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad, desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el *ius puniendi*.
- ***Delito grave***: Más de cinco años, teniendo en cuenta que es el límite hasta donde nuestra legislación autoriza las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad y el límite que se prevé en la Convención contra la delincuencia organizada trasnacional.

D. El principio de oportunidad no se aplicará en delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de estos.

III. Que la Fiscalía General de la República como sujeto procesal facultado para la aplicación del principio de oportunidad, deberá reglamentar su implementación, controles y registros.

EL SISTEMA DE PENSIONES COMO GARANTÍA SUBSISTENCIAL DEL ESTADO DE BIENESTAR

Hortensia Rodríguez Morales[1]

SUMARIO: 1. Planteamiento; 2. El paradigma del trabajador frente a la incapacidad permanente; 3. Régimen constitucional del sistema de pensiones español; 4. El derecho a una pensión subsistencial digna en el Estado de Bienestar; 5. La acción protectora del sistema de pensiones; Referencias bibliográficas.

1. Planteamiento

El estado actual en el que se encuentra la situación de las pensiones por incapacidad laboral en el modelo español provoca, en no pocas ocasiones, una situación de injusticia social. Esta injusticia social tiene como respuesta directa la crisis económica y la realidad que esto supone en la cotidianidad de los afectados. Particularmente en aquellos casos donde la incapacidad impide un desarrollo normalizado de la actividad laboral y la posibilidad de alcanzar los derechos vinculados al Estado de bienestar.

El Estado de bienestar viene entendido no solamente como un conjunto de garantías básicas que deben ser respaldadas por el Estado, como puede ser la sanidad, las pensiones o la educación, sino también la salvaguarda de los derechos individuales y colectivos mediante la gestión pública. Así lo defiende el profesor Titmus cuando reconoce que "el bienestar social se reconoce como una institución muy importante integrada en la sociedad, que proporciona servicios fuera del mercado basándose en el principio de necesidad. Se apoya en parte en teorías sobre los efectos múltiples del cambio social y económico y en parte, en el principio de la igualdad social. Fundamentalmente es un modelo que incorpora sistemas de redistribución de la disponibilidad de recursos a lo largo del tiempo"[2].

Esta protección garantista del Estado de bienestar que defendemos viene entendida por Naciones Unidas como un sistema de protección social que debe proporcionar las garantías subsistenciales y entre ellas, las pensiones o exoneraciones de gastos de usuario o servicios subvencionados vienen contempladas como un objetivo de primer orden[3]. En definitiva de

---

[1] Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. ESPAÑA.

[2] TITMUSS, R., *Política social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1981, p. 39.

[3] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, "El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización", *Informe del Secretario General E/CN.5/2001*, pp. 6-8

identifica "como el conjunto de las cosas necesarias para vivir bien"[4].

En este sentido, no se discute que el concepto de bienestar no puede ser entendido de manera estática, bien por situaciones objetivas (situaciones sociales de hecho) o bien como situaciones subjetivas (la percepción sobre el hecho)[5], pero teniendo en consideración que uno de los pilares del Estado del bienestar son precisamente las pensiones, no se puede obviar el debate sobre las pensiones que está despertando una alarma entre la ciudadanía sin precedentes. Las débiles estructuras que mantienen el sistema nacional español de pensiones generan miedo en la sociedad, por la situación de vulnerabilidad en la que puede quedar un trabajador en el momento en el que ya no puede seguir trabajando y por la situación que atraviesan los sistemas de financiación de las pensiones.

Así, autores como Jimeno reconoce que un sistema de pensiones de jubilación deben "asegurar a los individuos contra el riesgo de supervivencia más allá de un determinado período para el que ha planificado sus ahorros y reducir la pobreza durante la vejez"[6].

Este trabajo pretende demostrar cómo el sistema de pensiones queda afectado por un lado, por la crisis económica que atraviesa España y de otro lado, el cambio de paradigma en la pirámide poblacional que ha hecho tambalear al mismo. En este sentido, el aumento de la población pasiva y el envejecimiento de la población activa, han aumentado el gasto y por ello, el Estado deberá ahondar todos sus esfuerzos en garantizar la financiación de las pensiones, buscando sistemas alternativos de financiación o mejorando la sistemática laboral de la población activa.

Aunque la realidad económica actual habla de que las pensiones ni son tan altas ni son tan imposibles de mantener, este discurso político permanente ha horadado en esa idea que ahora implosiona en cada casa y lugar de conversación, ampliando el radio de acción del discurso tremendista emitido por los diferentes responsables de las pensiones en España y de los recursos económicos que para ella se disponen.

Pero mientras el discurso sea ese, se estará mirando ese marco temeroso de un futuro incierto sobre el sistema de pensiones, comprobando cómo los jóvenes no inician su vida laboral, los mayores de cincuenta y cinco años no se reincorporan al mercado de trabajo y el gobierno alarga hasta más allá de los 65 años la edad ordinaria de jubilación. Llegando a insinuarse por determinados foros la posibilidad de alargar más allá de los 70 la edad ordinaria de jubilación, la retirada de una de las dos pensiones extras que recibe el pensionista español o incluso retirar ambas y además exigir el ahorro personal de parte del salario mensual para

---

[4] BERZOSA, C., "El bienestar en la economía mundial", AA.VV. E. Fontela Montes y J. Guzmán Cuevas (coords.)*Economía ética y bienestar social*, Pirámide, Madrid, 2003, pp.125-150.

[5] RUIZ-HUERTA CARBONELL, J., "El déficit de servicios sociales. ¿Qué pasó con el gasto social en España?", *Circunstancia*, núm. 4. 2004, pp. 25-27.

[6] JIMENO, J.F., "La equidad intrageneracional de los sistemas de pensiones", *Revista de Economía Aplicada*, núm. 33, 2003, pp. 15-39.

ser destinado a un plan privado de pensiones que ayude al futuro pensionista a conseguir una pensión del ámbito privado y evite al Estado tener que "pensar" una solución al problema.

Frente al panorama del sistema de pensiones y su amplio abanico de especifidades, este trabajo se centrará sobre las pensiones de incapacidad laboral y no sobre cualquier otro tipo de pensión (jubilación, viudedad, orfandad, etc.) con la intención de dar visibilidad a la situación de fragilidad en la que se encuentra un trabajador cuando sufre un accidente o una enfermedad sobrevenida que le impide continuar con su vida laboral y conservar su capacidad para obtener rentas y se ve obligado a asumir el estatus de pensionista pobre. Esta situación, normalmente sucede sin una previsión ni una voluntariedad elegida y muchas veces en el momento más productivo de su vida laboral.

2. El paradigma del trabajador frente a la incapacidad permanente

La sociedad viene reconocida como el ámbito de vida social en la que el sujeto desarrolla su existencia vital. Cuando ese sujeto está incapacitado, se ponen en marcha instrumentos del propio ideario del Estado de bienestar que funcionan como garantías de protección social. En ese marco, el sistema de pensiones constituye una de esas garantías que tiene como objetivo cubrir las insuficiencias que provoca la imposibilidad de realización de actividad profesional por el trabajador. Es en ese momento, donde la intervención del Estado tiene un fundamento, el de cubrir las exigencias subsistenciales correspondientes a la protección social. De ahí, el vínculo inescindible entre el Estado y la Seguridad Social ya que es la Seguridad Social el órgano encargado de participar en la protección del trabajador incapacitado[7].

La cuestión estriba en reconocer que el nivel de rentas que este tipo de pensiones reconoce, no se corresponde con un nivel subsistencial mínimo exigible en un Estado de bienestar, para a posteriori, establecer que debe procederse al aumento de las pensiones mínimas o bien valorarse de forma individualizada las situaciones de cada uno de afectados.

Con este sistema podría incluirse a ese tipo de pensiones un incremento económico o un complemento familiar o método similar que permita al pensionista una vida digna hasta su recuperación definitiva o en su caso, hasta una mejoría de su salud que le permita nuevamente ejercer su actividad laboral.

3. Régimen constitucional del sistema de pensiones español

La incapacidad permanente para el trabajo junto con la vejez constituye uno de los

[7] MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Las contingencias comunes en el marco de la "acción protectora" de Seguridad Social: Teoría general y recapitulación jurídico- crítica", en VV.AA, J..L. Monereo Pérez (Dtor.) *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2008, p. 1.

objetivos para las políticas públicas en materia de protección social de los Estados europeos. Un estudio sobre las prestaciones económicas de incapacidad permanente en el modelo español nos muestra el detrimento económico que deriva de las rentas del trabajo que dejan de percibirse como consecuencia de quedar incapacitado.

Para la Organización Mundial de la Salud, la incapacidad para el trabajo viene entendida como una circunstancia que debe ser susceptible de protección y un objetivo de primer orden en los programas de Seguridad Social atendiendo a la pérdida o reducción de la capacidad de trabajar o de ganancia por parte de un trabajador.

La Seguridad Social viene configurada en la Constitución Española de 1978 como un principio rector de la política social y económica. En este sentido, el artículo 41 garantiza la existencia de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y asegura la asistencia y prestaciones sociales suficientes en supuestos de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Otros artículos de nuestra carta magna también se refieren a la protección social, como sucede con el derecho a la salud (artículo 43); la política de integración del minusválido (artículo 49) y la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad (artículo 50), etc. En la misma línea, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y fines del sistema público de protección social. Concretamente, establece que el mismo debe garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes[8]. En este sentido, resulta del todo destacable que "España ha suscrito múltiples Convenios Internacionales Bilaterales y Multilaterales, así como con los Estados del espacio europeo, en materia de Seguridad Social"[9].

En el ámbito de Naciones Unidas, también la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9). En el seno del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (artículos 12 y 13) y, finalmente, el Convenio Europeo de Seguridad Social y el Convenio Complementario para la aplicación del mismo firmado en París el 14 de diciembre de 1972"[10].

---

[8] Véase en este sentido, Sentencias del Tribunal Constitucional siguientes STC 103/1983, de 22 de noviembre; STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 37/1994, de 10 de febrero; STC 16/1996, de 1 de febrero, STC 184/1993, de 31 de mayo, entre otras.

[9] Según la Web de la Seguridad Social, el Convenio Bilateral con países como Andorra, Colombia, México, Argentina, Corea, Paraguay, Australia, Ecuador, Perú, Brasil, Estados Unidos, República Dominicana, Cabo Verde, Filipinas, Rusia, Canadá, Japón, Túnez, Chile, Marruecos y Ucrania. El Convenio Multilateral con los países de Sudamérica y El Reglamento Comunitario con los países de la Unión Europea, Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega, permiten que las cotizaciones realizadas en esos países que superen el año, puedan tenerse en cuenta en los Estados implicados para el acceso y cálculo a una pensión de incapacidad.

[10] ESCOBAR, G. y LÓPEZ AHUMADA, J.E., Pensiones*: IX informe sobre derechos humanos*, Trama,

En cuanto al proceso de previsión económica de los sistemas de pensiones hay que tener en cuenta que de forma general "los sistemas públicos de pensiones difieren en muchos aspectos tales como su tamaño, el grado de elegibilidad y su generosidad[11].

El sistema de Seguridad Social se configura como "un sistema de reparto los trabajadores contribuyen al sistema pagando una proporción de su renta laboral, que no constituye un ahorro para sí mismos, sino que, por el contrario, es un pago para que otros, los jubilados de ese momento, puedan cobrar la pensión. Sin embargo, en un sistema de capitalización las cotizaciones pagadas por cada trabajador se invierten en el mercado de capitales y las rentas generadas por estas inversiones financian el pago de la pensión que recibe el trabajador cuando se jubila"[12]. El sistema de pensiones español actual sigue el denominado sistema de reparto, por lo cual, los pensionistas actuales perciben su pensión derivada de la cotización de los actuales trabajadores. Es un procedimiento de "solidaridad impuesta" al elegirse el sistema de reparto y no preverse ir modificando el mismo paulatinamente, ni establecer un marco presupuestario subsidiario que pudiera asumir el gasto que se supone ha de ir en aumento con el paso de los años y el envejecimiento de la población. Aquí la estadística demográfica mostraría cómo desde los años 60 la pirámide demográfica casi ha llegado a puntos de inversión total[13].

Este sistema, sin embargo, no impide que en algunas ocasiones el pensionista no logre cobrar ni tan siquiera esa cantidad, con lo que la realidad supera a la ficción y se ven pensiones ínfimas que no consiguen recuperar al incapacitado ni subsanar tan siquiera mínimamente las necesidades que en su situación pueda tener, convirtiendo su patología laboral en una situación insalvable vulnerando el derechos de las garantías mínimas subsistenciales en la figura del trabajador. Pues hay pensiones que no se recogen en estas mínimas y que no pueden ser complementadas, como por ejemplo las incapacidades procedentes de accidente laboral que hace que muchos afectados no puedan llegar a cubrir gastos ni siquiera cubrir sus necesidades mínimas de vida digna. El nivel de justicia material para adjudicar los derechos que defendemos viene entendido por García San Miguel[14] como aquel "criterio redistributivo, por el cual se reconoce un determinado derecho a las personas más necesitadas por considerar que están en una situación más precaria". Como ejemplo citamos y reiteramos el nivel de las

---

Madrid, 2012, p. 245.

[11] CELENTANI, M., CONDE-RUIZ, J.I., GALASSO, V. y PROFETA, P., *La economía política de las pensiones en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2007, p. 17.

[12] Ibídem, p. 18.

[13] Fuente: https://www.datosmacro.com/demografia/estructura-poblacion/espana (visitada el día 21 de febrero de 2018) En esta estadística se muestra cómo en 1960 la población con edades inferiores a 64 años superaba el 92% y en el año 2017 en este mismo rango de edad, no supera el 75%. Dándose además como dato relevante que la población de menos de 14 años en 1960 era del 27,42%, mientras que en el año 2017 no supera el 14%.

[14] GARCÍA SAN MIGUEL, L., "Sobre el paternalismo", en AA.VV. *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1995, p. 14.

pensiones mínimas en España, donde no se superan los cuatrocientos euros de pensión mensual para pensiones como la de incapacidad permanente en grado total.

4. El derecho a una pensión subsistencial digna en el Estado de Bienestar

El Estado de bienestar se presenta en nuestra sociedad como un signo de protección de las necesidades básicas de los ciudadanos de una nación. Así, esa protección nace con la intención de ir mejorando la vida de los que peor fortuna han tenido y acercar a un ideal de derechos en materias de acceso a bienes de modo igualitario a todos los miembros de una sociedad.

Paulette Dieterlen explica que el Estado de bienestar es una constante en el ideal social como garantía de la paz social[15]. Por tanto, podría afirmarse que nos encontramos ante un Estado de bienestar cuando se cumple con las exigencias de satisfacción sobre las necesidades humanas y la mejora del bienestar del sujeto por parte de las instituciones estatales. En este sentido, afirma Muñoz de Bustillo Llorente que "existen una serie de paralelismos históricos en lo que se refiere a la construcción de los Estados de Bienestar en los países donde se desarrolla esta forma de organización de la economía de mercado, que aun con particularidades derivadas de las características específicas de la historia contemporánea de cada Estado, se pueden identificar unas pautas similares en lo que se refiere al proceso de desarrollo de la política social y la construcción de un Estado de Bienestar"[16].

En palabras de Rodríguez Cabrero "el periodo 1960-1970 se puede caracterizar como la década que consolida el gasto social como primera función del gasto de las Administraciones Centrales, se inicia la universalización del sistema de Seguridad Social e impulsa el crecimiento del gasto en sanidad y educación"[17].

Lo que lleva a España, tras entrar en la Unión Europea a ser un verdadero Estado Social y de Derecho, convirtiendo así una suerte de rótulo político y filosófico en una obligación de llevar a un "estado de bienestar" a la sociedad y todos sus miembros de forma igualitaria, eficaz y cierta.

En este sentido, la crisis económica que inició su andadura en el año 2008 ha hecho retroceder o anular ese "estado" de Bienestar de los ciudadanos españoles. Provocando que en el momento actual nos realicemos la pregunta de en qué medida los programas nacionales de

[15] DIETERLEN, P., "Paternalismo y Estado de bienestar", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988, pp. 175-194.

[16] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R., "La transición político-económica y la construcción del Estado de bienestar en España", *Revista Foro de Educación*, núm. 10, 2008, pp. 11-22.

[17] RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Política Social en España: realidades y tendencias", en AAV.VV. R. Muñoz de Bustillo (Ed.) *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1898, p. 187.

reforma y las políticas anticrisis tienen como referencia la lucha contra la exclusión y la pobreza, la visibilidad y efectividad de estos problemas y si las políticas de garantía de renta mínima, inclusión activa y lucha contra la pobreza infantil actúan en el sentido de justicia social e inclusión social de modo práctico o bien se limitan a cubrir el expediente y que el político de turno presuma de los logros estadísticos en esta materia y en la inversión en formación y prestaciones sociales que finalmente, no llegan al necesitado o bien no cubren la tesis garantista para la cual fueron creados[18].

Vistas así las cosas, resulta lamentable que en los informes sobre estudios de los planes nacionales de reforma se señala que el crecimiento económico es el eje dominante de ellos, mientras que la protección social y los problemas de la inclusión social son contemplados como aspectos colaterales de la estrategia del crecimiento económico y en todo caso, como dimensiones instrumentales para maximizar el crecimiento económico[19], consiguiendo demostrar que "el alcance y la eficacia que las políticas sociales siguen ejerciendo en España, amortiguando los efectos nocivos del desempleo con el fin de legitimar una apuesta por su mantenimiento y alertar sobre los riesgos implícitos en los procesos de recorte de la atención a los derechos básicos de la ciudadanía, tanto en materia educativa como sanitaria. Sin embargo, la duración del desempleo, el carácter limitado de las prestaciones y lo reducido de las cuantías nos permite comprobar un cierto agotamiento en la capacidad de respuesta. La pérdida de ingresos de los hogares y los fuertes costes de la vivienda caracterizan a una parte importante de los procesos de exclusión social en esta crisis. Por último, estos informes evidencia el impacto de los recortes en materia sanitaria, educativa y de servicios sociales, comprobando que la estrategia de austeridad tiene efectos más intensos en la población más vulnerable"[20].

En ese marco general de vulnerabilidad, la situación de los pensionistas de incapacidad permanente, sus necesidades personales, médicas y familiares se agudizan más si cabe y aceleran en muchas ocasiones las patologías médicas que venían arrastrando posicionándolo en una situación de especial vulnerabilidad.

Aceptando de antemano que demostrar la relación directa existente entre el agravamiento acelerado de las patologías médicas y la precaria situación económica que resulta del actual sistema de pensiones, no se negará que aun siendo cuestiones de difícil probatoria, si cabe que se entienda cómo las situaciones médicas de los pensionistas de incapacidad no van a mejorar e incluso se agravarán si la situación personal y económica supone un escollo para el acceso a un nivel aceptable de vida y recuperación. Pues si para un trabajador saludable con

---

[18] FRAZER, H. y MARLIER, M., "Assessment of Social Inclusion Policy Developments in the EU", en *Main Findings and Suggestions: on the Way Forward,* EU Network of Independent Experts on Social Inclusion Policy, January 2012, pp. 48-49.

[19] Ibídem, pp. 48-49.

[20] Ibídem, pp. 48-49.

un futuro profesional plausible es difícil conseguir un empleo que le permita subsistir y generar cotizaciones de forma digna, mayormente se plantea esta cuestión infinitamente más difícil para quien está enfermo o tiene limitaciones en la realización de determinadas actividades profesionales, como sucede con los pensionistas de incapacidad permanente en grado total para la profesión habitual.

Así lo defiende Fisher cuando reconoce que "quizá no haya mejor manera de identificar un tipo particular de filosofía política que analizando la forma en que enfrentan el problema básico en el campo, a saber, el de la justicia"[21]. Éste es el asunto público nodal del Estado cual sistema técnico y como afirma Perelman "entre todas las nociones prestigiadas, la justicia parece una de las más eminentes y la más irremediablemente confusa"[22]. Una proyección que ciertamente habría que atender de la manera más adecuada, y desde luego sin el cicaterismo que adoptan normalmente las políticas asistenciales, en definitiva proporcionando al trabajador incapacitado un tratamiento jurídico y asistencial de persona integral que garantice su derecho a una vida digna.

5. La acción protectora del sistema de pensiones

Teniendo en consideración el actual Sistema de la Seguridad Social en el modelo español, podría entenderse como un conjunto de sistema específicos de previsión a través del cual el Estado puede responder a los sujetos en la asistencia y protección adecuada garantizando su derecho a una vida digna.

La acción protectora de la Seguridad Social se proyecta sobre los individuos a través de las prestaciones económicas que a su vez, constituyen un derecho para el trabajador en las situaciones previstas en la Ley. En el caso que nos ocupa, la incapacidad permanente responde a una situación muy concreta del trabajador que después de no haber superado la situación médica que generó la incapacidad se determina que resulta inviable continuar con la actividad que realizaba. La graduación viene clasificada por grados, y en función de ese grado se determinará su pensión. Es aquí donde se percibe la injusticia de lo justo. En la actualidad en España, se puede comprobar como trabajadores que han cotizado más de diez años se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad derivada de una pensión permanente que no alcanza al sueldo base interprofesional dejándolo en una injusto estado de necesidad.

Si el sistema de pensiones parte del ideal de la justicia para evitar el estado de necesidad en sus representados, la pregunta obligada a tal respecto es qué estamos haciendo o qué no estamos haciendo. La relación de la justicia y el derecho "es determinante". Por eso, hermenéuticamente, nuestro discurso no es tanto "de la justicia" como "desde las víctimas,

[21] FISHER, J., "Justicia y técnica: un punto de vista pragmatista", *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, núm. 4, Número Especial, Rio de Janeiro, 2015, p. 2533.

[22] PERELMAN, C., *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964, p. 15.

frente a la injusticia". El matiz no es nada superfluo y exige un nivel de concienciación social y político. Nunca insistiremos bastante, sólo se puede reflexionar verazmente sobre la justicia desde el lado de la frontera de quienes padecen la injusticia. Verazmente, en este caso, significa que "sus resultados sean objetivos, acomodados a lo real dado y auténticamente universalizables"[23]. Puesto que "una humanidad divida entre quienes comemos y quienes son comidos, exige ser asumida como primer dato de verdad"[24]. En este sentido, se defiende que la vida humana constituye "una entidad objetiva o intrínsecamente valiosa en la medida en la que se la considera acreedora de protección por lo que en sí misma representa, sin tener en cuenta su capacidad para la realización de objetivos relevantes ni la estima que su propio titular pueda tener de ella"[25].

Es por eso que "la toma de conocimiento de la injusticia, no es una realidad aséptica ni meramente teórica, pues cuenta siempre con un "yo práctico" que le antecede por víctima, testigo o copartícipe de sus causas o de sus consecuencias"[26].

Este conocimiento "participante" de la realidad como primer punto de partida, coincide con lo que Ellacuría llamaba "hacerse cargo de lo real"[27]. Esto debe requerir una cierta "capacidad para dejarse interpelar por la realidad y, más en concreto, por las situaciones de asimetría social"[28]. Se pretende con esta reflexión, accionar la conciencia social del sentido de la justicia en torno a la situación que en España están sufriendo muchos trabajadores que han contribuido a la economía del país y que ahora se convierten en víctimas de un sistema despiadado. En esto se basa la humanidad, "es aprehender, racional y emocionalmente, el factum de la desigualdad flagrante que repele la sensibilidad humana porque niega al débil una posición de dignidad…debiendo entenderse que negándosela a él, me la niega a mí, como parte de ese conjunto humano contaminado de indignidad"[29].

Por su parte, afirma Toscani que "los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos deben ser objeto de una atención especializada, en la medida en que nuestro texto constitucional los evoca expresamente como colectivo en su artículo 49, para establecer, acto seguido, la

---

[23] SEGOBIA BERNABÉ, J.L., "Justicia y exclusión social: perspectiva desde las víctimas", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Enero - Junio, núm. 5, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p.4.

[24] Ibídem, p. 5.

[25] MIRAUT MARTÍN, L., "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", *Derechos y libertades*, núm. 31, Dykinson, , 2014, p. 115.

[26] Ibídem, p. 5.

[27] ELLACURIA, I. y SOBRINO, J., *Mysterium liberationis. Conceptos fundamentales de Teología de la Liberación*, Trotta, Madrid, 1994, p. 149.

[28] SEGOBIA BERNABÉ, J.L., "Justicia y exclusión social: perspectiva desde las víctimas", cit., p. 5.

[29] Ibídem, p. 5.

obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, con el fin de evitar situaciones discriminatorias y garantizar sus derechos"[30].

En este sentido, "la posición general pragmatista sobre el asunto diría a grandes rasgos lo siguiente. Si la justicia consiste en dar a cada quien lo que le sea debido en condiciones de una vida gregaria y cooperativa entre individuos diferentes, entonces para operarla es necesario: 1. alcanzar principios racionales (reglas intersubjetivamente acordadas) que guíen esa distribución, y 2. Construir las instituciones, capaces de ejecutarla con legitimidad. Esto coincide con el problema técnico y político de construir o reconstruir un Estado, es decir, puede y debe ser visto hoy como el problema de acordar un nuevo contrato social"[31].

En base a ese contrato social, las obligaciones del Estado, en el tema que nos ocupa, pasarían por reconocer la necesidad de revisar si la acción que le corresponde está siendo ejercida en la forma exigida por el mismo y muy concretamente en la denominada "acción protectora". Así, "en primer lugar, en el denominado nivel contributivo de la Seguridad Social, la relación de la incapacidad con el trabajo permite poner de manifiesto la complejidad y problemática que dicha relación provoca en la práctica, en el propio contenido de la acción protectora, y en segundo lugar, analizando los derechos y obligaciones de las partes en el procedimiento de calificación de la incapacidad, no sólo desde la perspectiva de la concreta normativa reguladora de la incapacidad, sino también trayendo a colación la Ley 30/1992, reguladora del procedimiento administrativo común[32], con el objetivo de encauzar y someter la actuación interna de la Administración, a la vez de establecer un sistema de garantías para el administrado frente a ésta"[33], normativas engorrosas e imprecisas en este marco de actuación, con gestiones tan inclementes, que obligan al administrado a perseguir incansablemente y angustiosamente sus derechos en materia de incapacidad cuando es más vulnerable y está más desamparado y en ocasiones, fatalmente enfermo.

Pues no se debe olvidar que "las actuaciones de los entes gestores de la Seguridad Social se encuentran reguladas por procedimientos fragmentados e incompletos, previstos además, únicamente para concretas actuaciones de la Administración y en normas, casi siempre de rango reglamentario, que se superponen y se derogan parcialmente unas a otras. Además, por si esto no fuera bastante, cabe traer a colación la existencia de un colectivo nada desdeñable de

[30] TOSCANI GIMENEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2012, p. 12.

[31] FISHER, J., "Justicia y técnica: un punto de vista pragmatista", cit., p. 2551.

[32] Actualmente hemos de referirnos a la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[33] TOSCANI GIMENEZ, D., *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, cit., p. 21.

órdenes e instrucciones por las cuales también se rige la actuación de los entes gestores. Todo lo cual contribuye a la inseguridad jurídica del beneficiario"[34].

Lo que nos lleva a afirmar que la denominada justicia social que debe interpretar el espíritu de las normas atinentes a la protección del trabajador cuando derivado de una enfermedad o de un accidente pierde parcial, total o absolutamente su capacidad laboral, no se cumple ni en los trámites previos ni en la última ratio de atención económica a las necesidades previas que tuviera ese trabajador, ni, por supuesto, como se indica, a las que nazcan después de dicha contingencia.

Por todo lo expuesto, una justicia social bien entendida y en cumplimiento del contrato social la pensión de incapacidad de un trabajador debe garantizar en todo caso, el cubrir las necesidades de éste pues de otro modo, el principio recogido en nuestra Constitución, pierde todo su sentido, tanto en este recorrido virtual de burocracia a la que se somete al trabajador para acceder a su derecho legítimo a una pensión, como en los cálculos económicos que la ley prescribe, con el cual resultan finalmente unas pensiones minúsculas que en poco o nada cubren las necesidades básicas del incapacitado laboral y en su caso las de su familia. De lo contrario y como defiende Gaitán, "El pacto está roto"[35]. En nuestro caso, en clara referencia a que el pueblo español está siendo virtualmente abandonado por los poderes que, según el contrato social, deben cumplir con cuidarlo y estar atento principalmente a proteger a los más vulnerables de la sociedad e integrarlos adecuadamente está perdiendo su eficiencia y eficacia.

Precisamente por ello, hemos de intentar llegar a lo que el profesor Ara Pinilla denomina "el retorno al fundamento del servicio público", pues "es evidente que este último planteamiento del problema tiene una singular relevancia por lo que supone de puesta en cuestión de un modo de concebir la organización jurídica en buena medida vinculado a un paradigma estatal firmemente asentado en la mentalidad común"[36], pues es la lógica que debe proporcionar el Estado en pos de colaborar a una mejor fortuna y ayudar a lograr plausibles posibilidades de subsistencia de los más débiles del eslabón social. Y todo ello en un marco de referencia de las garantías jurídicas donde el "Estado le es posible establecer como mecanismo para asegurar la realización de un objetivo"[37].

En este punto, podemos afirmar que en la actualidad el protagonismo que ha asumido

---

[34] Ibídem, p. 22

[35] GÓMEZ GAITÁN, E., "La praxis de la justicia conmutativa. Composición y recomposición conceptual en la vieja y la nueva España", Revista *Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 4, Rio de Janeiro, 2017, p. 2301.

[36] ARA PINILLA, I., "El retorno al fundamento del servicio público. Claves de rescate", en AA.VV. Lorenzo Peña, Txetxu Ausín Díez y Oscar Diego Bautista (coords.) *Ética y Servicio Público*, Plaza y Valdés, Madrid, 2010, p. 82.

[37] SANTANA RAMOS, E.M., "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Madrid, 2014, p. 110.

el discurso sobre la lógica del servicio público, está presentando "serios inconvenientes, está muy lejos de satisfacer las necesidades que abonaron su institucionalización"[38].

Bibliografía

ARA PINILLA, I., "El retorno al fundamento del servicio público. Claves de rescate", en AA.VV. Lorenzo Peña, Txetxu Ausín Díez y Oscar Diego Bautista (coords.) *Ética y Servicio Público*, Plaza y Valdés, Madrid, 2010.

ARSUAGA, J.L., *El collar del Neandertal*, Planeta, Madrid, 1999.

BERZOSA, C., "El bienestar en la economía mundial", AA.VV. E. Fontela Montes y J. Guzmán Cuevas (coords.) *Economía ética y bienestar social*, Pirámide, Madrid, 2003.

CELENTANI, M., CONDE-RUIZ, J.I., GALASSO, V. y PROFETA, P., *La economía política de las pensiones en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2007.

DIETERLEN, P., "Paternalismo y Estado de bienestar", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 5, 1988.

ELLACURIA, I. y SOBRINO, J., *Mysterium liberationis. Conceptos fundamentales de Teología de la Liberación*, Trotta, Madrid, 1994.

ESCOBAR, G. y LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Pensiones: IX informe sobre derechos humanos*, Trama, Madrid, 2012.

ESTEVE MORA, F. y MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R., "Mitos y falacias populares en el debate acerca delos sistemas de pensiones", en *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 22-2, 2004.

FISHER, J., "Justicia y técnica: un punto de vista pragmatista", *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, núm. 4, Número Especial, Rio de Janeiro, 2015.

FRAZER, H. y MARLIER, M., "Assessment of Social Inclusion Policy Developments in the EU", en *Main Findings and Suggestions: on the Way Forward,* EU Network of Independent Experts on Social Inclusion Policy, January 2012.

GARCÍA SAN MIGUEL, L., "Sobre el paternalismo", en AA.VV. *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1995.

GÓMEZ GAITÁN, E., "La praxis de la justicia conmutativa. Composición y recomposición conceptual en la vieja y la nueva España", Revista *Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 4, Rio de Janeiro, 2017.

JIMENO, J.F., "La equidad intrageneracional de los sistemas de pensiones", *Revista de*

[38] ARA PINILLA, I., "El retorno al fundamento del servicio público. Claves de rescate", cit., p. 82.

Economía Aplicada, núm. 33, 2003.

MIRAUT MARTÍN, L., "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", Derechos *y libertades*, núm. 31, Dykinson, , 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Las contingencias comunes en el marco de la "acción protectora" de Seguridad Social: Teoría general y recapitulación jurídico- crítica", en VV.AA, J..L. Monereo Pérez (Dtor.) *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2008.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R., "La transición político-económica y la construcción del Estado de bienestar en España", *Revista Foro de Educación*, núm. 10, 2008.

PERELMAN, C., *De la Justicia*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1964.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Política Social en España: realidades y tendencias", en AAV.VV. R. Muñoz de Bustillo (Ed.) *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1898.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, J., "El déficit de servicios sociales. ¿Qué pasó con el gasto social en España?", *Circunstancia*, núm. 4. 2004.

SANTANA RAMOS, E.M., "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, Madrid, 2014.

SEGOBIA BERNABÉ, J.L., "Justicia y exclusión social: perspectiva desde las víctimas", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Enero - Junio, núm. 5, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.

TITMUSS, R., *Política social*, Ed. Ariel, Barcelona, 1981.

TOSCANI GIMENEZ, D., El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios, Tirant lo Blanch, Madrid, 2012.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO PENAL.

Vicente Santana Rivero [1]

Sumario: 1. Introducción; 2. Aplicación de la justicia restaurativa; 3. La detención restaurativa; Bibliografía

1. Introducción

Uno de los conceptos más aceptados de Justicia Restaurativa es el de Tony Marshall, quien la define como "un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas o poseen un interés en un delito en particular, resuelven de forma colectiva la forma de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro"[2].

Por su parte, Gordon Bazemore y Lode Walgrave, en cambio, la definen como "toda acción orientada principalmente a hacer justicia a través de la restauración o reparación del daño causado por el delito"[3].

En ese mismo sentido, Daniel W. Van Ness y Karen Heetderks Strong, la definen en base a los procesos y resultados restaurativos, distinguiendo entre cuatro valores, "el primero es el encuentro entre las partes y su comunidad de cuidado, que promueve una narrativa común de las partes, permitiéndoles mostrar sus emociones, para facilitar el entendimiento mutuo. El segundo es la reparación del daño causado a la víctima y después a la sociedad. El tercero es la reintegración, la cual se refiere tanto a la víctima como al autor del delito, persiguiendo que se inserten nuevamente como personas íntegras en la comunidad. Y por último está la participación, dada por la oportunidad que se otorga a las partes de involucrarse activamente en todas las etapas del proceso"[4].

Defiende González Ramírez que "entre los valores más preciados del sistema jurídico se encuentra el acceso a la justicia, un derecho protegido constitucionalmente al que debiera poder optar todo ser humano cualquiera que sea su condición[5].

Es por ello que, "la Justicia Restaurativa, incorporada de una manera paulatina, pero

---

[1] Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Profesor Asociado de La Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Email: vicenterivero79@gmail.com.

[2] MARSHALL, T.; *Restorative Justice*, Overview, Nueva York, 1999, pp. 17 y ss.

[3] BAZEMORE, G. y WALGRAVE, L.; *Restorative Juvenile Justice*, l Willow Tree, Missouri, 1999, p. 48.

[4] VAN NESS, D. W. y STRONG, K. H.; *Restoring Justice*, Rústica, Buenos Aires, 2001, pp. 14 y ss.

[5] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", en *Revista de Justicia Restaurativa*, Chile, 2012, p. 5.

formal a una organización que respete los principios y cultura propia de cada rama del derecho y adecuando su implementación a las necesidades y costumbres particulares de cada comunidad, permite al derecho ofrecer una posibilidad real de solución a los conflictos jurídicos, colaborando a fortalecer el capital social, logrando que los ciudadanos aprendan a convivir en forma armónica con el conflicto y cuenten con herramientas para participar activa y colaborativamente en su solución"[6].

Afirma Silva Sánchez que el sistema litigioso como única forma de dar solución a los conflictos jurídicos, puede considerarse un fracaso[7].

Pues, esta afirmación se ve claramente reflejada en la aparición de nuevos fenómenos sociales como el derecho penal del enemigo, el derecho penal de autor y la expansión del derecho penal, en la que la comunidad exige al Estado otorgar mayor seguridad demandándole un más intenso control, lo que logra según, que esta ciencia se transforme en un mecanismo puramente simbólico[8]

En este sentido, "entre los valores más preciados del derecho se encuentra el acceso a la justicia, una facultad que está protegida constitucionalmente en forma universal, ya sea en forma expresa o implícita en todos los ordenamientos jurídicos del mundo"[9].

Esta facultad de justicia universal, "es la que da verdadero sentido a un sistema jurídico, dado que el fin último de estos es lograr que todas las personas puedan obtener justicia, no importando que régimen político inspire una organización social, ni qué tipo de justicia intentemos instaurar en la sociedad, la idea es que ésta pueda ser alcanzada por cualquier ser humano, no importando su condición"[10].

Por su parte, afirma Agustín Squella que, "la norma penal desde la perspectiva de la doctrina positivista, es la que posee más identidad con el concepto de norma, dado que la esencia de la norma jurídica es la aplicación de la coacción"[11].

Por eso, la regulación jurídica es distinta de la regulación moral; mientras que la moral es simple y prescribe una determinada conducta, la regulación jurídica es compleja y

[6] Ibídem, p. 5.

[7] SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "Eficiencia y Derecho Penal", en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, pp. 119-120.

[8] Ibídem, pp. 119-120.

[9] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 5.

[10] Ibídem, p. 5.

[11] SQUELLA, A.; *Filosofía del Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003, pp. 369-373.

compuesta de dos normas[12].

Afirma González Ramírez que, "la norma jurídica, a diferencia de la moral, se dirige a dos sujetos; a aquel a quien se le impone el deber de conducta y al que se le impone el castigo por la contravención al deber"[13].

Reyes Soto por su parte afirma "la teoría jurídica tradicional ha valorado como relevante la norma primaria, sin embargo, Kelsen, afirmaba; que si suprimimos la norma secundaria queda una norma moral; en cambio, si suprimimos la primaria, la secundaria queda subsistente, pues expresa lo propio del derecho, que es la sanción"[14].

La justicia restaurativa viene representada como la justicia que se ocupa de reparar la lesión originada por el delito. En este punto, se pretende intervenir entre la víctima y el victimizador con el objetivo de alcanzar una respuesta válida para la víctima vea resarcido el daño que se le ha causado, puesto que no siempre la aplicación de la norma jurídica resarce el daño de la misma.

En este punto, resulta destacable, el objetivo de la justicia restaurativa, en tanto en cuanto, tiene como objetivo asumir conciencia del infractor del daño causado a la víctima.

Es decir, "intenta concienciar al infractor del daño que representa su comportamiento desviado"[15]. Resulta destacable, el protagonismo que adquiere la naturaleza de la víctima como sujeto pasivo de la acción criminal.

La justicia restaurativa, por tanto, "constituye un proceso diseñado para desarrollar consenso entre los diferentes miembros de una comunidad acerca de un plan de sentencia que contemple las inquietudes de todos los interesados"[16].

La finalidad y la celeridad del proceso hace que "pueda considerarse uno de los medios más acordes a la realidad y necesidades de las personas de acceder a la justicia, un proceso más apropiado al que ofrecen hoy los sistemas tradicionales y posiblemente más cercano a la

---

[12] REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2008, pp. 42-43.

[13] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 7.

[14] REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 44.

[15] SUBIJANA ZUNZUNEGUI, B.; "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa" en VV.AA., *Panorama actual y perspectivas de la victimología*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 234-235.

[16] PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ; El *valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón,* Hablamos, Zaragoza, 2011, p. 29.

cultura y costumbres particulares de cada comunidad"[17].

Mientras que, "el derecho está inspirado principalmente en la justicia distributiva y retributiva. Su aplicación en un procedimiento que debe ser selectivo necesariamente, deja muchos conflictos sin resolver, y aquellos resueltos, no siempre lo son de una forma satisfactoria para los ciudadanos, especialmente por la falta de participación colaborativa de las partes en su proceso de resolución, no logrando cumplir con las expectativas y necesidades de justicia de las personas"[18].

Por su parte, Herbert Hart niega la afirmación de que "las leyes son órdenes coercitivas respaldadas por amenazas, ya que las órdenes no se aplican a quienes las sancionan como ocurre con el derecho, por esto él habla de reglas"[19].

2. Aplicación de la justicia restaurativa

Una nueva visión de las posibilidades de la aplicación de la Justicia Restaurativa en el derecho, es la que afirma John Rawls, cuando defiende que "la justicia como equidad, contraria a la fuerza, como un trato entre personas que cooperan y se comprometen unas con otras, reconociéndose como seres iguales. Equidad, concebida como una virtud de instituciones sociales, que denomina prácticas, que dice relación con el debido trato entre personas, que están cooperando o compitiendo unas con otras. Teoría, que parece contraria al utilitarismo clásico, en el que por razones utilitaristas justificaríamos situaciones ofensivas para nuestro sentido de justicia"[20].

Por su parte, González Ramírez afirma que, "la Justicia Retributiva, se basa en cambio, en la teoría que sostiene que el castigo proporcionado es una respuesta moralmente aceptable al delito, independientemente de que este castigo produzca o no beneficios tangibles"[21].

Así defiende que, "la cuestión de la equidad es fundamental para la justicia, surge cuando personas que carecen de poder o autoridad unas respecto a las otras, se embarcan en una actividad conjunta y establecen entre ellas las reglas que definen la actividad,

[17] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 5.

[18] Ibídem, p. 5.

[19] HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, (traducción de Genaro y Carrio), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961, pp. 45 y ss.

[20] RAWLS, J.; "Justicia como equidad*",* en *Revista española de control externo*, Vol. 5, número 13, Madrid, 2003, pp. 129-142.

[21] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 14.

determinando las cuotas de beneficios y cargas"[22].

Por eso, "una práctica parecerá equitativa para las partes, si ninguna de ellas siente que por su participación está sacando ventaja o está siendo forzado a ceder ante pretensiones que no considera legítimas. Las personas embarcadas en una práctica justa o equitativa, pueden mirarse una a la otra y defender sus respectivas posiciones por referencia a principios que es razonable entender que cada uno acepte"[23].

Afirma por su parte, González Ramírez que "existen dos clases de justicia retributiva, la versión clásica, que afirma que el castigo debe ser proporcional a la cantidad del daño causado por la ofensa, y una versión más reciente, que afirma que la cantidad de castigo debe ser proporcional a la cantidad de ventaja injusta obtenida por el criminal"[24].

Por su parte, Jacqueline Martín defiende que ya Kant concibió la retribución como un principio jurídico cuando afirmaba "el castigo judicial no puede nunca ser usado como mero medio para promover otro bien, ya sea en favor del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que debe imponérsele bajo el sustento de que se ha cometido un crimen"[25].

Afirma Muñoz Ramírez que "en la reparación propuesta por el sistema restaurativo encontramos también, uno de los fines tradicionales del derecho, el fin reeducativo y rehabilitativo[26].

Porque "la posibilidad de reparación constituye un estímulo para la denuncia de las transgresiones al Derecho, y segundo, porque al no ser fijada por el juez la reparación, da cabida a la dimensión humana de las personas, lo que propicia un efecto educativo al autor que se responsabiliza, previa depuración de las inferencias auto-exculpatorias, que le permiten recordar el hecho delictivo en contraposición a la pena, la cual simboliza un medio de saldar una abstracta deuda con el Estado"[27].

3. La detención restaurativa

Teniendo en cuenta que aquí la expresión detención confiere a la prisión preventiva y punitiva un amplio espectro asimilador, "la experiencia de Bélgica y su concepto de "Detención

---

[22] RAWLS, J.; *La justicia como equidad: una reformulación*, Erin Nelly, (traducción de Francisco de Andrés), Paidós, 2002, Barcelona, pp. 42-49.

[23] Ibídem, pp. 42-48.

[24] GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", cit., p. 14.

[25] MARTIN, J.; *The English Legal System*, Hodder Arnold, Londres, Inglaterra, 2005, p. 174.

[26] MUÑOZ RAMÍREZ, E.; *La Reincidencia en el Derecho Penal*, pp. 7-8.

[27] Ibídem, pp. 7-8.

Restaurativa" es, posiblemente el intento más completo de incorporar los principios de la Justicia Restaurativa al ámbito penitenciario[28].

En este sentido, Zehr define a la justicia restaurativa, y defiende que la misma es "un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible"[29].

Como respuesta a esta idea, "en 1998 se puso en práctica un programa piloto de justicia restaurativa en 6 prisiones belgas, que surgía de una dilatada experiencia investigadora por parte de la Universidad Católica de Lovaina, centrada desde hace décadas en los estudios sobre victimología, por un lado, y los sistemas punitivos, por el otro"[30].

Así, "de la unión de ambos enfoques surgió la idea de las "prisiones restaurativas". Los estudios sobre las víctimas les permitieron descubrir la poca atención que el sistema penal confiere a sus necesidades y los estudios sobre los sistemas punitivos indagaron sobre el excesivo uso de la pena de prisión en la mayor parte de los países desarrollados, pese a sus reconocidas limitaciones a la hora de cumplir con las funciones rehabilitadoras que se le exigen"[31].

Para el grupo de investigación de Lovaina era necesario "un enfoque integral que tuviera en cuenta a la víctima, al ofensor u ofensora y a la sociedad. Bajo este enfoque (el enfoque restaurativo)"[32], la prisión debe ser el último recurso pero, claro, "cuando el encarcelamiento sea inevitable, deben seguir poniéndose los medios para que la víctima, la persona encarcelada y el contexto social que les rodea, puedan buscar una manera constructiva de resolver su problema. En otras palabras, la justicia restaurativa no puede quedar fuera de los muros de la prisión"[33].

Por su parte, Ollero Perán afirma que "además de esta importante labor académica, otra de las claves del éxito del programa fue un clima político favorable hacia las cuestiones restaurativas, debido al creciente interés en las necesidades de las víctimas que fue calando en

---

[28] PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. and ROBERT, L.; "From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report", UNAFEI, en *Annual Report for 2002 and Resource Material,* Series No. 61, Bélgica, 2003, pp. 180-182.

[29] ZEHR, H.; *The little book of restorative justice*, Good Books, Estados Unidos, 2002, p. 13.

[30] PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. y ROBERT, L.; "From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report", cit., pp. 182-184.

[31] Ibídem, pp. 184-189.

[32] Ibídem, pp. 189-201.

[33] Ibídem, pp. 201-211.

la legislación belga desde mediados de los años 90, en parte a raíz del incidente Dutroux"[34].

Por lo que, "con este fértil caldo de cultivo, los investigadores e investigadoras de la Universidad Católica de Lovaina llevaron a cabo un proceso de investigación acción, centrado en cuatro focos de interés, que trataba de lograr que la cultura restaurativa impregnara el entramado penitenciario"[35].

En este sentido, "el propósito central del proyecto era encontrar la manera de que las instituciones penitenciarias contribuyeran a lograr una administración de justicia penal más justa y equilibrada para las víctimas, las personas ofensoras y la sociedad. Para ello, desarrollaron las siguientes actuaciones, la formación del funcionariado de prisiones, la formación de las personas internas, la implicación de la sociedad civil y la reparación del daño causado"[36].

Hulman por su parte, efectúa un retrato genuino sobre esa situación al describir que "la víctima no puede detener la 'acción pública' una vez que ésta se 'ha puesto en movimiento', le está vedado ofrecer o aceptar un procedimiento de conciliación que podrá asegurarle una reparación aceptable o, lo que es a veces más importante, darle la ocasión de comprender lo que ha pasado realmente y asimilarlo; ella no participa en absoluto en la búsqueda de las medidas que se adoptarán contra el 'autor'; ignora lo que sucederá a este último durante el tiempo en prisión; no sabe en qué condiciones va a poder sobrevivir su familia; no tiene ninguna idea acerca de las consecuencias reales del hecho en la vida de ese hombre, de la experiencia, tan negativa, que va a tener en prisión; ignora, asimismo, el rechazo que deberá afrontar a su salida. A menudo la víctima desearía un cara a cara liberador. Incluso la víctima de violencia quisiera tener a veces la ocasión de hablar con su agresor. Quisiera comprender sus motivos, saber por qué es ella quien ha sido atacada. Pero él está en prisión y el cara a cara es imposible"[37].

Como resultado de esos trabajos en prisión, "los investigadores entendieron que la formación del personal que pasaba más tiempo con las personas internas era vital para alcanzar el objetivo de trasladar la cultura restaurativa a la prisión.

Por ello, realizaron una serie de actos informativos sobre conceptos tales como la victimización y la justicia restaurativa, así como sobre la importancia de mantener una actitud

[34] OLLERO PERÁN, J.; "Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate", en *Revista Enlace, Penal y Penitenciario*, Sevilla, 2013, pp.10-11.

[35] Ibídem, p. 10.

[36] Ibídem, p. 11.

[37] HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J.; *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 71

de respeto y consideración hacia las personas internas"[38].

Por ello, "también se mantuvieron sesiones formativas con los equipos psicológicos y trabajadores/as sociales para hacerles ver la importancia de trabajar con las personas internas la reparación del daño causado, como paso necesario para su reinserción. Una segunda fase del proyecto se centró en intervenir con las personas internas con el objetivo principal de que entendieran la trascendencia de tomar responsabilidad por los hechos cometidos y de que desarrollaran empatía hacia las víctimas"[39].

Pero, "para no caer en la mera moralización, también se les invitó a reflexionar sobre su propia victimización y a decidir maneras constructivas de superar su pasado. Para ello, se utilizaron diversas técnicas como juegos de rol, cine forums, debates, lectura de prensa, e incluso se posibilitó que escribieran una carta a la víctima. Según los autores y autoras del proyecto, para que las prisiones restaurativas funcionen, es necesario que la sociedad civil participe en ellas. Es necesario que la comunidad entienda lo que pasa dentro de una prisión y cómo allí se está trabajando por el bien de la víctima y del resto de la sociedad"[40].

Bibliografía

MARSHALL, T.; *Restorative Justice*, Overview, Nueva York, 1999.

BAZEMORE, G. y WALGRAVE, L.; *Restorative Juvenile Justice*, l Willow Tree, Missouri, 1999.

VAN NESS, D. W. y STRONG, K. H.; *Restoring Justice*, Rústica, Buenos Aires, 2001.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?", en *Revista de Justicia Restaurativa*, Chile, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; "Eficiencia y Derecho Penal", en *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?".

SQUELLA, A.; *Filosofía del Derecho*, Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003.

REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho,* Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2008.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?".

[38] OLLERO PERÁN, J.; "Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate", cit., p. 11.

[39] Ibídem, p. 11.

[40] Ibídem, p. 11.

REYES SOTO, N.; *Apuntes de curso de Teoría del Derecho.*

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, B.; "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la Justicia Restaurativa" en VV.AA., *Panorama actual y perspectivas de la victimología*, CGPJ, Madrid, 2008.

PIÑEYROA SIERRA, VALIMAÑA TORRES y MARTÍNEZ DE ALBORNOZ; *El valor de la palabra que nos humaniza. Seis años de justicia restaurativa en Aragón,* Hablamos, Zaragoza, 2011.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?".

HART, H.L.A.; *El concepto de Derecho*, (traducción de Genaro y Carrio), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1961.

RAWLS, J.; "Justicia como equidad*",* en *Revista española de control externo*, Vol. 5, número 13, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?".

RAWLS, J.; *La justicia como equidad: una reformulación*, Erin Nelly, (traducción de Francisco de Andrés), Paidós, 2002, Barcelona.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, I.X.; "¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?".

MARTIN, J.; *The English Legal System*, Hodder Arnold, Londres, Inglaterra, 2005.

MUÑOZ RAMÍREZ, E.; *La Reincidencia en el Derecho Penal.*

PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. and ROBERT, L.; "From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report", UNAFEI, en *Annual Report for 2002 and Resource Material,* Series No. 61, Bélgica, 2003.

ZEHR, H.; *The little book of restorative justice*, Good Books, Estados Unidos, 2002

PETERS, T., AERTSEN, I., LAUWAERT, K. y ROBERT, L.; "From Community Sanctions to Restorative Justice: The Belgian Example Report".

OLLERO PERÁN, J.; "Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate", en *Revista Enlace, Penal y Penitenciario*, Sevilla, 2013.

HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J.; *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1984.

OLLERO PERÁN, J.; "Menos prisión más justicia restaurativa: estableciendo las prioridades en el debate".

LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EL ESPACIO JURÍDICO INTERNACIONAL

Maria Candelaria del Pino Padrón[1]

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fenómeno migratorio favorecedor de la trata de seres humanos. 3. Desde la trata de blancas hasta la Directiva europea. 4. La prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de la víctima. 5. La trata de seres humanos en el derecho español. 6. Conclusiones. 7. Bibiografía.

1. Introducción

Desde un punto de vista histórico, abordar un fenómeno como el de la trata de seres humanos, obliga a vincularlo directamente con la problemática de los flujos migratorios desde los países o núcleos de población más deprimidos hacia el denominado primer mundo. Así, a inicios del siglo XX, las esferas internacionales constatan la necesidad de llevar a cabo un instrumento normativo que impida una mayor extensión de la trata de seres humanos. Tras una ardua tarea, desde la Organización de las Naciones Unidas, se configura el instrumento jurídico internacional que estableciera las bases para la prevención y persecución de la trata de seres humanos, a través de las distintas fronteras internacionales. Diversos son los instrumentos normativos internacionales que colaboran a hacer realidad el marco legislativo que impida o dificulte la trata de seres humanos de forma plausible, intentando la erradicación paulatina de la lacra que significa y la lesiva vulneración de los derechos fundamentales del ser humano en su más amplia definición.

Desde esa inicial herramienta normativa hasta el momento actual y su definitiva implementación en la normativa penal española han ido surgiendo sistemas y enseñas legislativas que asumen la responsabilidad de impedir la proliferación de situaciones que puedan entenderse incluidas en este tipo penal.

Por ello, este trabajo realizará un recorrido no exhaustivo de los pasos que la gestión jurídica internacional ha ido dando en esta materia, para confluir en el momento actual donde el delito se incardina en sede penal con un pleno reconocimiento como importante lesión a los derechos fundamentales de los seres humanos.

Resulta importante en este punto inicial tener presente determinados conceptos respecto de la distinción entre la trata de seres humanos y el contrabando de migrantes o las migraciones ilegales. En este sentido, de lo indicado por la Organización de las Naciones Unidas puede deducirse que lo esencial en la trata de seres humanos no es tanto el traslado de personas de un lugar a otro, con eventual cruce de fronteras, sino el hecho del empleo de

[1] Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

determinados medios coercitivos, defraudatorios o abusivos, con la finalidad última de explotar económicamente a las personas. Así, Naciones Unidas ha sintetizado las diferencias entre la trata de seres humanos y la migración[2]en las tres siguientes:

- El consentimiento: la migración ilegal es siempre una actividad que se realiza contando con la anuencia de la persona traficada, pese a que el traslado pueda hacerse en condiciones peligrosas o degradantes. En el caso de la trata, por contra, las víctimas nunca han consentido en ser sometidas a la situación, y si lo hicieron en un principio, el consentimiento pierde su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes.
- La explotación: mientras en los supuestos de migración ilegal, la relación entre traficante y traficado finaliza con la llegada de los inmigrantes a su destino, no sucede así en el caso de la trata, que implica la explotación persistente de las víctimas.
- La transnacionalidad: la migración ilegal es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. La trata se produce, pues, con independencia de que las víctimas sean trasladadas de un Estado a otro, de forma legal o ilegal, pues caben supuestos de trata interna, de personas desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado"[3].

2. El fenómeno migratorio favorecedor de la trata de seres humanos

Puede afirmarse que el fenómeno de la globalización incide de forma directa en las transformaciones sociales actuales, configurando de esta forma un nuevo panorama político-social caracterizado por la globalización política económica y de las comunicaciones[4], que contribuye de forma decisiva a la aparición de nuevos fenómenos criminales como la trata de seres humanos[5].

[2] Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito, "Manual para la lucha contra la trata de personas", Nueva York, 2007, pp. XIV y ss.

[3] VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *Política criminal internacional: tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución*, Editorial UOC, Madrid, 2017, p. 31.

[4] JIMÉNEZ EMILIANO, B.; *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2011, pp. 11-15.

[5] BHAGWATI, J.; *In Defense of Globalization: With a New Afterword*, Oxford University Press, Oxford, 2004 y en MILANOVIC, B.; *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, Massachusetts, 2016. En este sentido, la globalización se puede definir como el medio a través del cual ciertos valores, creencias, ideas, tecnologías y preceptos de cualquier tipo se implantan a nivel global mundial como una realidad que trasciende todas las diferencias que dividen a los seres humanos. O bien la globalización se entiende como el proceso histórico de integración mundial en los ámbitos político, económico, social, cultural y tecnológico, que ha convertido al mundo en un lugar cada vez más interconectado, en una aldea global.

Aunque es evidente que "la trata de seres humanos constituye un problema poliédrico, con muy distintas ramificaciones, de gran complejidad en el tratamiento y que, como tal, permite distintas aproximaciones. De entre las distintas formas de abordaje, pueden destacarse aquellas que, una vez identificada la raíz del problema, se centran en el diseño de una estrategia erradicadora del mismo"[6].

Así sucede, por ejemplo, con la aproximación a la trata basada en el tratamiento de esa cuestión como la incidencia de la globalización y el enfoque trasnacional del problema, línea que sigue este trabajo, sin dejar de tener en cuenta la existencia de otras posibles incidencias en el fenómeno de la trata de seres humanos.

Así, "la delincuencia propia de la globalización es aquella que trasciende a las fronteras de un solo Estado, que esencialmente se endereza a la búsqueda de rendimiento económico y que requiere de la adopción de estrategias complejas, que pueden articularse mediante el empleo de estructuras organizadas"[7].

A la hora de analizar el problema migratorio nos encontramos ante un fenómeno que puede ser abordado desde distintas vertientes, debido sobre todo a la magnitud de los desplazamientos masivos de población desde las zonas más desfavorecidas del mundo hacia los países desarrollados que ponen su empeño en controlar el acceso a sus fronteras. En esta línea, el profesor De Lucas refiere que "las actuales características del fenómeno migratorio, muestran que se ha convertido en constante estructural, factor sistémico del mundo globalizado. Porque los nuevos flujos migratorios constituyen un fenómeno global, complejo e integral"[8].

En este sentido, puede afirmarse que la trata de seres humanos se caracteriza por ser un fenómeno global que ha superado con creces su alcance local, para convertirse en una constante estructural que afecta al mundo entero entendiéndose, por tanto, como un auténtico desplazamiento del mundo[9]. Así, "los flujos migratorios aparecen como el auténtico mascarón de proa de la globalización, pues lo anuncian, o, dicho de otro modo, en la medida en que se incrementa el proceso de globalización aumentarían también las migraciones"[10] De tal forma se entiende que el fenómeno migratorio va de la mano de la globalización, o dicho de otro

[6] VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *Política criminal internacional: tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución*, cit., p. 31.

[7] VILLACAMPA ESTIARTE. C.; "La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español", en AA.VV. C. Villacampa Estiarte (coord.) *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 123.

[8] DE LUCAS MARTÍN, J.; "Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración", en AA.VV. Laura Miraut Martín (ed.) *Justicia, Migración y Derecho,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 19.

[9] Ibídem, p. 19.

[10] Ibídem, p. 17.

modo, se sustenta principalmente en el fenómeno globalizador.

Desde esta óptica el fenómeno migratorio se presenta como una de las más importantes manifestaciones de la globalización que entra en conflicto en numerosas ocasiones con las políticas de control de fronteras de los países del primer mundo, que a su vez favorecen la génesis de redes criminales para la inmigración ilegal.

Es por ello que con la intención de perseguir y castigar estas nuevas formas de delincuencia la Organización de las Naciones Unidas se muestra como primer organismo internacional que promueve la creación de un instrumento jurídico en la lucha contra la delincuencia organizada de ámbito mundial. En este sentido, como prueba pionera de la voluntad de la comunidad internacional por proteger y salvaguardar los derechos humanos y respondiendo a las nuevas demandas y desafíos de la vida internacional, ha procurado un mayor énfasis en la cooperación internacional[11]. La sistemática de este instrumento se basa en que el individuo sea el auténtico sujeto titular de los propios derechos que le corresponden por su condición y que resultan de la respuesta que proporciona el contenido mismo de los derechos humanos.

3. Desde la trata de blancas hasta la Directiva europea

Será a principios del siglo XIX cuando la comunidad internacional comience a adquirir una mayor conciencia sobre los fenómenos criminales que traspasan las fronteras mundiales. El término "trata de blancas" es utilizado por primera vez en la Conferencia de París de 1902 para diferenciar el comercio de mujeres blancas europeas y americanas con el de esclavos negros. Esta terminología ha ido evolucionando hasta que en el Protocolo de Palermo se conceptualiza como un fenómeno que ya en el año 2000 preocupa por su magnitud a la comunidad internacional. La trata de seres humanos desde el punto de vista actual implica la comercialización de hombres, mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Como sostiene Garland, "los cambios del control del delito en las postrimerías del siglo XX fueron motivados por fuerzas históricas que transformaron la vida social y económica ya en la segunda mitad de dicha centuria. Este autor distingue dos conjuntos de fuerzas transformadoras: Los cambios sociales, económicos y culturales que caracterizan la modernidad tardía; cambios que fueron experimentados en mayor o menor medida por todas las democracias industrializadas occidentales después de la Segunda Guerra Mundial y que se hicieron más profundos hacia los años sesenta"[12]í, y "las iniciativas políticas desarrolladas en

[11] CANÇADO TRINDADE, A. A.; "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Internacional", en AA.VV., CANÇADO TRINDADE, A. A. y RUIZ DE SANTIAGO, J.; *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, pp.64-65.

[12] GARLAND, D.; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa.

respuesta a estos cambios, como reacción a la crisis del Estado del bienestar, fundamentalmente en Estados Unidos, pero también en Gran Bretaña, a partir de los años setenta. Fueron cambios políticos que encarnaron una combinación del neoliberalismo de libre mercado, el modelo económico en el que se basó la globalización, con el conservadurismo social"[13].

En el seno de la Organización de la Sociedad de Naciones surge como respuesta a las atrocidades de la Primera Guerra Mundial una discusión en foros internacionales sobre la necesidad de garantizar la paz y la seguridad en el mundo, a través de la cooperación entre los distintos países. Será este el punto de inflexión que va a dar lugar a numerosas declaraciones de condena de la esclavitud y todas sus manifestaciones. Destacando en este sentido, la Declaración sobre la Abolición Universal de la Trata de Esclavos, que se adoptó en el Congreso de Viena de 1815 con la finalidad de acabar con la esclavitud. A través de este Convenio se plasma por primera vez en la historia, la voluntad de la Comunidad Internacional de abolir la esclavitud como forma de explotación humana especialmente en el continente europeo y americano, pero ni a través de este Congreso ni en las Convenciones posteriores que lo complementan en 1926 y 1953, se consigue un instrumento jurídico con la suficiente entidad y eficacia real para poder implementar medidas reales y efectivas en la lucha de la comunidad internacional contra la esclavitud.

Tras la Segunda Guerra Mundial y ya dentro del ámbito de actuación de Naciones Unidas se persevera en el empeño de erradicar la esclavitud, pero será decisiva la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que irrumpe en la escena internacional como un auténtico ideal que ha servido de inspiración para todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, dentro del panorama jurídico internacional, en el ámbito de los derechos humanos, es innegable el papel primordial que desempeña la Organización de las Naciones Unidas en el impulso de las acciones llevadas a cabo para hacer frente a la flagrante violación de derechos que supone la trata de seres humanos.

En consecuencia, van a adquirir especial relevancia dos instrumentos internacionales, que son referentes ineludibles en cuanto a la lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de personas, como son los protocolos que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada[14], conocido como Convenio de Palermo, concretamente el Protocolo para Prevenir, Reprimir, Sancionar la trata de personas,

---

Barcelona, 2005, pp. 121-122.

[13] Ibídem, pp. 120-121.

[14] Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada por la resolución de la Asamblea general de 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado número 233, de 23 de septiembre de 2003.

especialmente mujeres y niñas[15] y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrante por tierra, mar y aire[16], que vienen a establecer el marco idóneo para la cooperación internacional en la lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de migrantes, respectivamente.

Desde el momento en que surge en el panorama jurídico internacional el Protocolo de Palermo, se pone de manifiesto la necesidad de encarar el fenómeno de la trata de seres humanos desde principalmente tres aspectos, lo que se conoce a partir de este instrumento normativo como la política de las 3P, en cuanto a la prevención de las conductas que puedan favorecer la trata, protección de las víctimas una vez consumada la agresión y la consecuente persecución criminal del delito (prevención, protección y persecución).

Estos protocolos se elaboran con el afán de erradicar este tipo de delincuencia, con la pretensión de desdibujar las fronteras a través de la cooperación internacional en la lucha contra la trata y el tráfico de personas. Nacen de la necesidad de reforzar la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada, al fin de preservar y garantizar la dignidad y seguridad de toda la comunidad mundial.

En esa misma línea, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, conocido como Convenio de Varsovia[17], se presenta como el primer instrumento normativo internacional en afrontar la lucha contra la trata de seres humanos desde el plano de afectación de la víctima. El nuevo matiz que introduce este Convenio supone un importante avance en la protección de la víctima de trata, puesto que la comunidad internacional, hasta la redacción que el mismo proporciona, había centrado principalmente todos sus esfuerzos, casi exclusivamente, en la persecución del fenómeno de la trata desde la incriminación penal de la conducta, siendo a todas luces insuficiente esta mera aplicación de la legislación para erradicar definitivamente con esta modalidad delictiva, dejando a un lado, u obviando, la protección integral de la víctima de este delito, que sólo desde la esfera de protección que proporcionan los derechos humanos puede desembocar en la reparación de las víctimas como garantía efectiva en su persecución.

Como singularidad, el Convenio de Varsovia introduce una figura novedosa y fundamental en cuanto a la lucha contra la trata, a través del artículo 37, según el cual se crea un mecanismo de seguimiento de la efectividad en el cumplimiento de las disposiciones

[15] Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional (Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 296), de 11 de diciembre de 2003.

[16] Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 295 de 10 de diciembre de 2003.

[17] Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Varsovia. 26 de Mayo de 2005, que entró en vigor el 1 de febrero de 2008. Ratificado por España el 10 de septiembre de 2009.

contenidas en el Convenio.

Este mecanismo denominado GRETA18, es el encargado de elaborar unos informes periódicos sobre la implementación del Convenio. Este grupo de expertos, entiende que desde la vertiente de la prevención debería incidirse en las causas que generan el fenómeno de la trata, y sólo desde soluciones político-económicas se deben establecer mecanismos que faciliten la migración legal a los países de destino, además de fomentar medidas de cooperación con aquellos Estados de origen de las personas víctimas de la trata. No cabe duda de que si a estas medidas acompañamos otro tipo de actuaciones encaminadas a la concienciación social del fenómeno, tales como campañas informativas, creación de grupos especializados en la asistencia a las víctimas, elaboración de mecanismos de detección en las fronteras, sería el camino idóneo para erradicar la trata de seres humanos a nivel mundial.

Desde este nuevo enfoque podemos aseverar que el Convenio de Varsovia contribuye a la lucha contra la trata de seres humanos, no sólo por actualizar el concepto de la misma e incidir en las causas estructurales de su génesis, sino que además dota de nuevos mecanismos de actuación a las políticas de igualdad de género, de protección de los derechos humanos de las víctimas y de la cooperación internación en el ámbito de la lucha contra este fenómeno. El Convenio de Varsovia impulsa la normativa internacional en cuanto a protección y salvaguarda de los derechos de las víctimas de la trata, al incorporar una serie de mecanismos concretos que hacen hincapié en garantizar la seguridad en aquellas personas que por su condición, resultan especialmente vulnerables al fenómeno que nos ocupa, resaltando sobremanera mujeres y niños.

En definitiva, con la elaboración de este Convenio, se viene a demostrar que es posible construir un marco jurídico que vaya más allá de la persecución jurídico-penal del fenómeno, para aproximarse a una regulación que contemple las directrices a seguir en la salvaguarda de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata, abordando este fenómeno según palabras de la profesora Villacampa desde el punto de vista victimocéntrico[19].

4. La prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de la víctima

Desde el anterior análisis del Convenio de Varsovia, se pone de manifiesto el compromiso político que asume la Unión Europea en la lucha contra la trata de seres humanos. En este sentido se trabaja para implementar un nuevo estándar jurídico, que contribuya a la prevención, represión y protección de las víctimas de la trata de seres humanos en el espacio

[18] Contempla el artículo 37 del Convenio de Varsovia la creación de un grupo de expertos para la lucha contra la trata de seres humanos "Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings".

[19] VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 145 y ss.

europeo, con el afán de garantizar los derechos fundamentales que asisten a las víctimas de éste fenómeno.

Cristaliza así, en el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, el 5 de abril de 2011, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas[20].

Este cuerpo legal, presenta unas consideraciones iniciales a partir de las cuales se hace viable la formación de una regulación jurídica de ámbito comunitario. Realiza la Directiva 2011/36/UE una aproximación al fenómeno de la trata, no sólo a través de las normas penales sustantivas, encaminadas a la incriminación de la conducta delictiva, sino que va más allá, siguiendo la estela marcada por el Convenio de Varsovia, elabora una normativa garantista hacia los derechos de las víctimas, además de establecer los mecanismos idóneos para dotarlas de un espacio de asistencia y protección integral que facilite, en definitiva, su efectiva recuperación y reinserción a la vida de la comunidad.

A través de la redacción de este texto normativo europeo, se lleva a cabo una actualización conceptual del fenómeno de la trata, que aun siguiendo el paradigma establecido a este respecto por el Protocolo de Palermo, desarrolla un concepto más amplio a través de una revisión de su contenido. Así, aborda la temática desde una perspectiva reciente que encuadra el fenómeno en la realidad social de nuestros días. Desde esta perspectiva renovada, la Directiva contempla nuevas formas de trata de seres humanos, como pueden ser la de matrimonio forzado, mendicidad y extracción de órganos. Cabe reseñar, entre otros aspectos que la Directiva contempla, la introducción en la normativa de la Unión Europea el concepto de vulnerabilidad, entendiéndolo como una circunstancia que con respecto a "la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable". Así, en consonancia con este concepto se impone la obligación de hacer una evaluación individual y personalizada del caso concreto, en aras de determinar la situación real en la que se encuentra inmerso el individuo víctima de la trata, remarcando así, el papel central de las víctimas del delito de trata de seres humanos como sujetos titulares de derechos y no como simples elementos de las investigaciones o de los procesos penales[21].

Este cuerpo normativo Europeo, a través de la redacción de sus distintos considerandos no sólo realiza una condena explícita de la trata de seres humanos al considerarla como un delito grave, una grave violación de los derechos fundamentales que se halla expresamente prohibida en el artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino que procura además el establecimiento de un marco normativo que contemple los

[20] Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

[21] CRAGGS, S. y MARTENS, R.; *Rights, residence, rehabilitation: Findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*, International Organization for Migration (IOM.), 2010, p. 49.

principios básicos de actuación legislativa, tanto a escala regional como internacional e incluso jurisprudencial en materia de derechos humanos. La Directiva nos ofrece la dimensión del delito de trata de seres humanos desde la óptica de discriminación de género, sobre todo referida a los supuestos de trata por prostitución forzada, en este sentido cobra vital importancia el principio de igualdad de trato de las mujeres y la no discriminación por razón de sexo, como derechos fundamentales consagrados en los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos.

En esta lucha, los distintos Estados de la Unión Europea han de tener muy presente la necesidad de implementar medidas que eviten o favorezcan cualquier forma de discriminación hacia la mujer, inmigrantes o cualquier otro colectivo susceptible de ser considerado vulnerable, especialmente los refugiados, evitando cualquier merma en los derechos de los refugiados y de los solicitantes de asilo, de los derechos establecidos a favor de los menores, en especial de los menores no acompañados y separados, de los derechos de los apátridas, o de los derechos de las personas con discapacidad y otros grupos vulnerables[22].

En definitiva, se presenta esta directiva como corolario del cambio de rumbo en la legislación internacional, anteponiendo la protección y salvaguarda de los derechos humanos de las víctimas incluso sobre la incriminación delictiva que este fenómeno implica.

5. La trata de seres humanos en el derecho español

Como hemos venido estudiando hasta ahora, tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36/UE han marcado en el continente Europeo las directrices para que los distintos países de la Unión tomen consideración de éste fenómeno desde el prisma de los derechos humanos. Adoptando todas aquellas medidas necesarias para resaltar el papel central que adquieren las víctimas de trata como sujetos titulares de derechos y no como simples elementos de las investigaciones o de los procesos penales[23]. De ahí que el fenómeno de la trata de seres humanos deba ser analizado desde una visión integral, global y fundamentada en los derechos humanos.

El delito de trata de seres humanos se introduce en la legislación penal española a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que pretende dar debido cumplimiento al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha de Trata de Seres humanos de 2005, más conocido como Convenio de Varsovia, puesto que la anterior regulación de la materia contenida en el artículo 318 bis, hasta ese momento vigente y, que con esta reforma

[22] Las medidas que se contemplan en esta Directiva Europea han de estar orientadas hacia la protección de las víctimas sin que puedan producirse situaciones de discriminación o vulneración de algún derecho. ACNUDH.; *Principios y Directrices recomendados,* Directriz 1.

[23] CRAGGS, S. y MARTENS, R.; *Rights, residence, rehabilitation: Findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*, cit., p. 49.

queda derogado, no se adecuaba al contenido de las directrices marcadas por el Consejo de Europa en 2005, entre otras razones debido a que no se establecían las claras diferencias que existen entre la inmigración clandestina y la trata de seres humanos.

En esta línea de diferenciación de figuras, el legislador de 2010 pretende clarificar la cuestión separando ambas realidades delictivas acabando con cualquier duda interpretativa en relación a ambos fenómenos, procurando de esta forma, dotar de coherencia interna al sistema penal español y, asumiendo de tal forma la observancia de los compromisos internacionales que nuestro país ratifica. Queda de esta forma redactado el artículo 177 bis dentro del Título VII bis, denominado "De la trata de seres humanos", con la manifiesta intención de tipificar un delito tal y como expresa la exposición de motivos "en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren"[24].

Se hace imprescindible tener presente que la comisión de esta forma delictiva de la trata de seres humanos, no puede ser cometida únicamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o trasnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada, a diferencia del delito de inmigración clandestina que se caracteriza por su carácter trasnacional, y es en este sentido donde prevalecen la defensa de los intereses del Estado español en el control de los flujos migratorios.

Por otro lado y en el mismo orden de cosas, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incluye en la descripción del tipo delictivo de la trata los conceptos de situación de necesidad y vulnerabilidad, siguiendo en este sentido el estándar jurídico marcado por la Directiva Europea de 2011 que dispone en su artículo 2.2 que "existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso", e incluye nuevas modalidades de explotación posibles, tales como la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados. Se relacionan las finalidades de explotación y se reordenan las distintas variables en que la explotación económica de la víctima pueda tener lugar.

El legislador introduce de forma novedosa, una reforma en el artículo 57 del C.P con la intención de dotar de mayor protección a la víctima de trata, configurando el delito de trata de seres humanos como uno de aquellos cuya comisión permita que se impongan las penas de alejamiento a la víctima prevista en el artículo 48 del C.P. Como contrapartida al acierto del legislador al introducir estas reformas, entiendo que una tipificación más acertada del delito de proxenetismo estaría en la línea de una lucha más eficaz contra este fenómeno pues no cabe duda que en la trata con fines de explotación sexual la figura del proxeneta adquiere relevancia, criminalizando incluso el uso de servicios de víctima de trata, puesto que en la consumación del mismo adquiere especial importancia la demanda de los servicios sexuales.

[24] Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, exposición de motivos.

Todas estas reformas indicadas, se realizan con la clara intención de cumplir diligentemente con las directrices marcadas desde la Unión Europea, aunque todavía se muestran insuficientes para dotar a las víctimas de este execrable delito de un espacio jurídico de protección integral que proporcione una "zona de seguridad" con plena observancia de los derechos humanos.

6. Conclusiones

Desde el Protocolo de Palermo hasta la actual regulación del delito de trata de seres humanos en nuestro derecho positivo, han transcurrido casi 18 años en los que la normativa internacional de la materia ha ido evolucionando desde aspectos relacionados casi exclusivamente con los criminológicos, hasta llegar a una visión del fenómeno desde la protección de la víctimas, que es la tendencia que irrumpe con mayor fuerza desde la implementación del Convenio de Varsovia en 2005.

No cabe duda de que la trata de seres humanos supone a todas luces, una forma de vulneración de los derechos humanos de las víctimas y, en este sentido, es reconocido por todos los instrumentos jurídicos que han abordado esta problemática ya sea a nivel supranacional o regional europeo. En la lucha contra este fenómeno delictivo, se hace necesario adoptar una visión integral del problema, procurando siempre y como fin último la protección integral de las víctimas. En esta tarea de protección, deviene imprescindible incidir en todos aquellos aspectos que favorecen la génesis de esta conducta delictiva, tales como la pobreza, las desigualdades político-económicas entre los distintos países y el establecimiento de medidas de cooperación entre las distintas organizaciones públicas o privadas, así como la coordinación necesaria entre los distintos estados.

Aún a pesar de la prolija normativa surgida a partir del año 2000 con el Protocolo de Palermo, es éste instrumento internacional el que ha de marcar la pauta y las directrices que no se han de perder de vista por ningún legislador, en tanto que las consignas de prevención, persecución y protección de las víctimas del fenómeno de trata han de constituir la piedra angular de cualquier normativa que pretenda abordar esta problemática. En este sentido la protección y asistencia a las víctimas ha de incluir y asegurar en todo caso formas de reparación que incluyan la asistencia familiar, sanitaria, psicológica, educativa, laboral, jurídica y económica. Además todas aquellas garantías dentro del proceso penal contra los tratantes. En definitiva un elenco de medidas que permitan de forma efectiva la protección integral de las víctimas y que incluyan todas las formas de explotación en las que pueda manifestarse la trata, garantizando en última instancia el acceso a derechos que de forma efectiva supongan una defensa de los derechos humanos de las víctimas.

Los cambios legislativos operados en 2010 y 2015 han ido en la línea de cumplir con los parámetros establecidos por la unión europea en cuanto a la configuración criminológica del tipo del delito de trata de seres humanos, entiendo que todavía queda un largo camino para cumplir con las exigencias europeas en el sentido de la prevención del delito y protección de las víctimas, con la implementación de medidas reales y efectivas en aspectos como el de la

concienciación de la comunidad a través de campañas informativas, la creación de centros de acogida específicos, la detección e identificación de las víctimas puesto que aún hoy en día persiste la confusión entre el inmigrante irregular y la víctima de trata, originando una mayor desprotección y agravando la situación de éstas últimas. Sin descartar la redacción de una Ley que recogiese todas estas necesidades y dotara a las víctimas, insisto de la protección integral que necesita.

Bibliografía

BHAGWATI, J.; *In Defense of Globalization: With a New Afterword*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

CANÇADO TRINDADE, A. A.; "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Internacional", en AA.VV., CANÇADO TRINDADE, A. A. y RUIZ DE SANTIAGO, J.; *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.

CRAGGS, S. y MARTENS, R.; *Rights, residence, rehabilitation: Findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*, International Organization for Migration (IOM.), 2010.

DE LUCAS MARTÍN, J.; "Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración", en AA.VV. Laura Miraut Martín (ed.) *Justicia, Migración y Derecho,* Dykinson, Madrid, 2004.

GARLAND, D.; *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea,* Gedisa. Barcelona, 2005.

JIMÉNEZ EMILIANO, B.; *Curso de Política Criminal*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2011.

MILANOVIC, B.; *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, Massachusetts, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.; *Política criminal internacional: tráfico de drogas, trata de seres humanos y prostitución,* Editorial UOC, Madrid, 2017.

VILLACAMPA ESTIARTE. C.; "La trata de seres humanos como manifestación de la delincuencia organizada. Especial referencia al derecho positivo español", en AA.VV. C. Villacampa Estiarte (coord.) *La Delincuencia Organizada: Un Reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013.

La Casa del Abogado
Librería Jurídica

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS
DE GRAN CANARIA
Facultad de Ciencias Jurídicas

9 788469 758236