

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 9– 2018

Volumen Ordinario - junio

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 9. Ordinario - junio - 2018

EQUIPO EDITORIAL

Director: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidade de Santiago de Compostela*.

Secretario: **Jose Martínez Fernández**, *Universidad Camilo José Cela*.

Secretario Adjunto: **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*.

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó**, *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Castiblanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Teresa Carballeira Rivera**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Bruno Joviniano de Santana**, *Universidade Anhanguera, (Brasil)*, **Gabriel Martín Rodríguez**,

Universidad Rey Juan Carlos, **Gemma Minero Alejandro**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal)*, **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil)*. **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil)*, **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil)*, **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil)*, **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España)*, **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama**, *(Universidade Paranaense, Brasil)*, **Salvador Tomás Tomás**, *(Universidad de Murcia)*, **Viviane de Sélos Knoerr**, *(UniCuritiba)*, **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, *(Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **Felipe Chiarello**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **João Relvão Caetano**, *(Universidade Aberta, Portugal)*, **Irene Patricia Nohara**, *(Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie)*, **Ignacio Covarrubias Cuevas**, *(Universidad del Desarrollo, Chile)*, **Enoque Feitosa**, *(Universidade da Paraíba, Brasil)*, **Lorena Freitas**, *(UNIPÊ, Brasil)*, **Sidney Guerra**, *(Universidade do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Maria Teresa Alonso** *(Universidad de Zaragoza, España)*, **Gonzalo Martínez Etxeberria**, *(Universidad de Deusto)*, **Vânia Aieta**, *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Flavio Martins**, *(Damásio Educacional, Brasil)*, **Laura Miraut Martín** *(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*. **Jose Eduardo Cardozo** *(Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)*. **José Barroso Filho** *(Superior Tribunal Militar do Brasil)*. **Angelo Viglianisi Ferraro** *(Università Mediterranea, Italia)*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira** *(Universidade Federal do Maranhão, Brasil)*. **Daniela Serra Castilhos** *(Universidade Portucalense, Portugal)*. **Carlos García Soto** *(Universidad Monteávila, Venezuela)*. **Claudia Gurgel** *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil)*. **João Proença Xavier** *(Universidad de Salamanca)*. **Santiago Trujillo Santana** *(Universidad Fernando Pessoa, Canarias)*. **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes** *(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*. **Jorge Miranda** *(Universidade de Lisboa, Portugal)*. **Nuno Garoupa** *(Texas A&M University School of Law, EEUU)*. **Marco Olivetti** *(Università LUMSA, Italia)*.

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción. Facultad de Derecho Avenida Dr. Ángel Echeverri s/n CP 15782 Campus Vida, Santiago de Compostela.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

- El impacto de los Derechos Humanos ante la fenomenología de la esclavitud moderna
Hortensia Rodríguez Morales 09
- Garantia Constitucional do acesso às informações dos Contribuintes à luz do Supremo Tribunal Federal
M^a de Fátima Ribeiro & Lucas Pires Maciel 27
- Impactos socioeconómicos das TIC e da sociedade informacional nas relações de trabalho
Vinicius de Assis, Cinthia Freitas & Antônio Efig 43
- La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención al ámbito sanitario
Martín Moreno Bodes 61
- Principios de aplicación en la detención internacional
Vicente Rivero Santana 87
- Protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado
José Javier Hernández 97
- Breve resenha sobre os meios de reação do executado no âmbito do processo de execução fiscal: análise das disposições previstas a este propósito no ordenamento jurídico português.
Patrícia Anjos Azevedo 111
- La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: amenazas y mecanismos de protección
Jorge Fernández Vidal 123
- Conflito de interesse e abuso do direito de voto do credor na Recuperação Judicial
Andreza Santos, Érica Guerra, Juliana Coelho, Marco A. da Costa, Patrícia Pimentel & Thaís Pinto 133
- Políticas públicas de combate ao uso de crack em cenários abertos no Brasil
Sidney Guerra 147
- Bioética, direito e políticas públicas: uma redefinição em bases teóricas comuns para a efetivação do direito à saúde no Brasil
Patrícia Spagnolo Parise Costa 171

O Contrato Sexual e o debate sobre a negação da esfera pública à mulher no Direito Brasileiro Felipe Couto, Lorena Fonseca & Alexandre Carrieri	189
Alienação parental e subtração internacional de menores: a cooperação jurídica internacional para a salvaguarda de direitos dos filhos Margareth Zaganelli, Adrielly dos Reis & Bruna Parente	199
Disposição do Próprio Corpo: Interesses Comerciais das Partes Destacáveis do Corpo Humano à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro Júlia Rosa, Laura Ferreira & Margareth Zaganelli	217
Espaço de liberdade, segurança e justiça e mandado de detenção europeu: quando a (des)confiança recíproca sobre as condições de detenção justificam a sua não execução Fátima Pacheco & Dora Alves	235
A lei de migração brasileira sob a ótica decolonial Andrey P. Neves & Rafael Ribeiro	255
Análisis del régimen jurídico del voluntariado José Enrique Anguita	271
A proteção jurídico-penal contra o trabalho escravo no Brasil: estudo a partir do caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde na Corte Interamericana de Direitos Humanos Beatriz Camargo & Catharina Scodro	287
El Proceso de consolidación del euroescepticismo británico y el triunfo del Brexit: fuerzas centrípetas para el reforzamiento de la Política Exterior y la Política de Defensa en la Unión Europea Julio Guinea Bonillo	305
Las reglas fiscales en los países de la Alianza del Pacífico. Jaime Gallegos Zúñiga	331
O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos Gárdia Rodrigues Silva	353
O Racionamento de Cuidados de Saúde em Razão da Idade Marta Frias Borges	371
Processo administrativo disciplinar brasileiro Giovani Borile & Marianita Filippon	383

El Derecho al olvido Pablo Fernández García-Armero	421
Nanotecnologias e Direitos humanos Wilson Engelmann	441
¿Una aproximación del Islam a la democracia es posible? Daniel Sansó Pascual-Rubert	489

RECENSIONES

A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética. João Proença, Filomena Girão & Marta Frias	497
Tecnologia em prol de uma autonomia respeitadora da vulnerabilidade da pessoa doente Filomena Girão	505

EL IMPACTO DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE LA FENOMENOLOGÍA DE LA ESCLAVITUD MODERNA

THE IMPACT OF HUMAN RIGHTS ON THE PHENOMENOLOGY OF MODERN SLAVERY

Hortensia Rodríguez Morales¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptualización de la fenomenología. III. La esclavitud moderna: la trata de seres humanos. IV. Una mirada desde la perspectiva de las víctimas invisibles. V. La identificación de la trata de seres humanos con el tráfico de personas. VI. La criminalidad organizada como presupuesto necesario. VII. Conclusiones. VIII. Referencias Bibliográficas.

Resumen: La trata de seres humanos se constituye en reflejo de aquella esclavitud de tiempos pasados. La fenomenología de la trata de seres humanos se caracteriza por ser una de las más escandalosas y sangrantes formas de reducción del ser humano a simple mercancía, y representa una de las violaciones más graves de los derechos humanos.

La trata de seres humanos, en su acepción más amplia, incluye tanto las múltiples formas de tráfico con fines de explotación sexual (prostitución, turismo sexual, compra de novias por correspondencia y matrimonios serviles), como la extracción y comercio de órganos y el tráfico de seres humanos con fines de explotación laboral, tanto para realizar las labores más penosas que ofrecen nuestros mercados de trabajo, en condiciones de sometimiento desde una posición de servidumbre.

El fenómeno de la trata de seres humanos supone una grave vulneración de la dignidad humana, que atenta directamente contra los principios reconocidos por los derechos humanos. Es, en este sentido, donde resulta constatable la evidente relación que guarda con la histórica institución de la esclavitud. El presente trabajo, pretende realizar un análisis de la fenomenología de la esclavitud moderna y su relación con la vulneración de los derechos humanos.

Palabras clave: Victimología, derechos humanos, explotación humana, tráfico de personas, trata de seres humanos.

Abstract: Trafficking in human beings is reflected in the slavery of past times. The phenomenology of human trafficking is characterized by being one of the most scandalous and bleeding forms of human reduction to simple commodities, and represents one of the most serious violations of human rights.

Trafficking in human beings, in its broadest sense, includes both the multiple forms of trafficking for purposes of sexual exploitation (prostitution, sex tourism, the purchase of brides by correspondence and servile marriages), such as the extraction and trade of organs and the Trafficking of human beings for the purpose of labour exploitation, both to carry out the most painful tasks offered by our labour markets, in conditions of subjugation from a position of servitude.

The phenomenon of trafficking in human beings is a serious violation of human dignity, which directly threatens the principles recognized by human rights. It is in this sense that the obvious relationship that it holds with the historical institution of slavery is verifiable. This work aims to carry out an analysis of the phenomenology of modern slavery and its relation to the violation of human rights.

Key words: Victimology, Human rights, human exploitation, trafficking in persons, trafficking in human beings

¹ Letrada Asesora del Sindicato Comisiones Obreras. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). Email: hortensia.rodriguez@fsc.ccoo.es

I. INTRODUCCIÓN

Las instituciones de la esclavitud y la trata de seres humanos difieren en el contexto histórico, aunque puede afirmarse resultan absolutamente coincidentes en cuanto a la finalidad que persiguen, puesto que ambos presentan un claro indicador común en la explotación humana.

Así, el fenómeno de la trata de seres humanos aparece en forma de un amplio elenco de acciones humanas, que se oponen al ideario que representa la configuración de los derechos humanos.

La esclavitud ha venido entendida como una forma involuntaria de servidumbre humana. En este sentido, se suele hacer referencia a la trata de seres humanos como una moderna forma de esclavitud.

Una de las características fundamentales que asume el fenómeno de la esclavitud es, precisamente, el sometimiento de la persona a través del uso de la fuerza, por lo que básicamente puede definirse la esclavitud, como el estado de sometimiento en que se encuentra una persona frente a otra.

En la actualidad, la trata de seres humanos no se aleja de la idea de función socio-económica que desempeñaban los esclavos a lo largo de la historia, sobre todo en la dedicación a tareas productivas en beneficio de otra persona de forma involuntaria, expresión útil de servidumbre humana.

La trata de seres humanos, en la actualidad, se alimenta de múltiples factores culturales, sociales y económicos, tales como la pobreza, los conflictos bélicos, los desastres naturales, el analfabetismo y los movimientos migratorios, entre otros. Este tipo de factores agudizan los efectos demoledores de la trata de seres humanos y potencian los aspectos de vulnerabilidad en la población afectada.

Estas circunstancias y procesos transgresores con los derechos humanos más básicos, se proyectan sobre las personas víctimas de la trata, muchas de ellas procedentes de países inmersos en un contexto de extrema pobreza y, por tanto, vulnerables de ser captadas por las organizaciones criminales, bien de forma violenta o mediante el engaño de un futuro mejor.

La fenomenología de la trata de seres humanos se configura en un entorno de extrema pobreza y analfabetismo donde los Estados del tercer mundo o los que se encuentran inmersos en conflictos bélicos e inseguros, es donde las mafias y organizaciones delictivas son proclives a buscar y encontrar seres humanos desvalidos a los que atraer y enredar en la desesperación para hacerlos, finalmente esclavos de sí mismos, admitiendo la pérdida de libertad y autonomía personal para obtener comida o medios de subsistencia.

Es por ello que no resulta extraño comprobar cómo en ocasiones, esa pérdida total de la libertad y autonomía personal se produce con el consentimiento de las propias víctimas. Es, precisamente en este punto, donde debemos plantearnos la validez o no de ese consentimiento. Pues la mayor parte de las veces, la víctima asume un compromiso bajo las falsas promesas de trabajo y mejores expectativas de vida, constituyendo así, un elemento diferenciador de la libre voluntad que en este caso, tipifica la forma más clara de engaño.

Así, se ha de valorar que la nueva forma de esclavitud que está asumiendo la fenomenología de la trata de seres humanos, requiere un nuevo planteamiento en materia de control y garantías sobre los derechos humanos que deben asistir, con carácter universal, a todas las personas con independencia del lugar en el que se encuentren. En este sentido, resulta destacable como la trata de seres humanos se presenta como un fenómeno transnacional que se proyecta a nivel mundial.

No son pocos los Estados que se están viendo afectados por esta nueva transgresión de los derechos naturales del hombre y que por tanto, se ven abocados a asumir ante todo, la existencia del fenómeno y el reconocimiento de las víctimas de este proceso, que acaban inmersa en las diferentes redes criminales con distintos desenlaces finales.

Es por ello, que deben articularse medidas consecuentes con este nuevo fenómeno mundial que conlleven entre otras, las mayores garantías para los derechos inherentes al ser humano.

Por lo que un primer paso en esa dirección, sería definir la trata de seres humanos como una flagrante agresión a los derechos naturales del hombre, a los derechos humanos, esto es, a los derechos fundamentales y libertades públicas que los Estados y las instituciones deben proteger, amparar, tutelar y garantizar.

Es en esa responsabilidad colectiva de los Estados que genera obligaciones de amparar y tutelar, además de garantizar los derechos naturales de la persona humana, donde la comunidad internacional se implica de manera taxativa con el objetivo de fortificar las garantías que con carácter universal, deben proteger a todo ser humano.

Precisamente por ello, se pone de manifiesto la importancia que adquiere el fenómeno de la trata, no sólo por significar una clara vulneración de los derechos humanos, sino porque se representa como una global resistencia al cumplimiento que los Estados asumen con otros Estados e instituciones internacionales.

La necesidad de establecer medidas de prevención y control ante el fenómeno de la trata de seres humanos, obliga a la comunidad internacional a adoptar una visión multidisciplinar que abre un debate acerca de su proyección en los derechos humanos, con el objetivo claro de establecer medidas de carácter social y asistencial.

El ideario de los derechos humanos, se presenta como el fundamento de las doctrinas axiológicas que posicionan al sujeto como epicentro de los atributos que le resultan inherentes a su propia naturaleza. En este sentido, la dignidad y los caracteres inmanentemente propios a la naturaleza del hombre, cobran todo su sentido en el fundamento de su reconocimiento.

La proyección transgresora que identifica a la trata de seres humanos, constituye una vulneración directa sobre la propia dignidad del ser humano y con ello, se instituye como evidente lesión al reconocimiento de derechos humanos universales. Es por ello, que la explotación del ser humano en cualquiera de sus manifestaciones, constituye un atentado amplio y directo a la dignidad y la libertad misma, erosionando también con ello, la integridad moral del sujeto.

La trata de seres humanos no sólo atenta contra la dignidad y la libertad, sino también se configura como una forma concreta de agresión a la integridad moral del individuo. Queda claramente definida esta afirmación cuando se constata que el sujeto, la mayor parte de las veces, se ve concernido a realizar actos denigrantes para que otros puedan alcanzar la mayor productividad económica a través de su rendimiento y, por tanto, quedar sometido a una situación que lo anula como persona.

Esa ruptura con la dignidad, la libertad y la integridad moral del individuo se ha visto a lo largo de la historia repetida en diferentes circunstancias e incluso con mayor o menor grado de aceptación social.

Así, la trata de seres humanos puede ser entendida como un fenómeno que, en cada momento histórico, transforma la asunción de las facultades que concretan las exigencias de salvaguarda que deben presidir la dignidad, la libertad y la igualdad humana.

La esclavitud viene entendida como una forma involuntaria de servidumbre humana. En este sentido, se suele hacer referencia a la trata de seres humanos como una moderna forma de esclavitud. Una de las características fundamentales que asume la esclavitud es, precisamente, el sometimiento de la persona a través del uso de la fuerza con el objetivo de explotar el rendimiento de su actividad en beneficio de otro individuo, que se configura como el titular de su persona. Por lo que, puede afirmarse que la esclavitud responde por tanto, al estado de sometimiento en que se encuentra una persona frente a otra.

El recorrido que la institución de la esclavitud ha hecho a lo largo de las distintas épocas históricas, demuestra cómo los derechos naturales del hombre fueron reconocidos paulatinamente a través del tiempo, de forma muy diferenciada.

Así, se constata en las distintas etapas históricas cómo los diferentes argumentos esclavistas que se sucedieron permitían la defensa de ciertos derechos naturales.

En este sentido, puede afirmarse que los derechos naturales reconocidos a los individuos calificados de esclavos constituían, más que valores propios de la persona, eran considerados garantías seguras de que la propiedad material con fines productivos, que eran los propios esclavos, no se deterioraba.

Muchos autores reconocen que la invención de la esclavitud o de cualquier práctica de sometimiento del prójimo, constituye una deshumanización total. Pues estaríamos frente a una *realidad diferente*, en el sentido utilizado por la profesora Laura Miraut, cuando afirma que “la realidad de nuestros días es muy diferentes, sin embargo. Vivimos en un mundo en constante movimiento en el que surgen realidades nuevas que requieren una respuesta inmediata y eficaz por parte del derecho”². Así en esa misma línea, autores como Marina y Valgoma afirman que “cuando apareció el hombre, el universo se amplió con invenciones maravillosas e invenciones malvadas. En ninguna de ambas ocupaciones nos hemos concedido reposo”³.

Así, en este somero recorrido podemos valorar cómo a los esclavos se les iba reconociendo el derecho a la vida, el derecho a no ser lesionados, a tener familia, entre otros, por cuanto la vulneración por parte de sus legítimos dueños de esos derechos, constituía pena punitiva onerosa para éstos.

A lo largo de la historia, se puede comprobar que ese estado de sometimiento que significaba la esclavitud, en muchas ocasiones venía protegido por la propia norma o costumbre legal.

En este sentido, las palabras que Fernández-Armesto defendiera resultan sumamente justificadas, “quienes nos creemos humanos, sentimos una confianza absoluta en nuestra identidad humana y en nuestra capacidad para reconocerla en los demás.

Aun así, el actual concepto es reciente: la mayoría de la gente, de la mayoría de sociedades a lo largo de la mayor parte de la historia, se habría quedado atónita ante una categoría tan universal.

De hecho, a muchas de esas personas les habría costado comprender la palabra 'humano' o encontrar alguna equivalencia en sus idiomas respectivos, salvo como modo de designar a los miembros de su propio grupo”⁴.

En este sentido, a lo largo de la historia se constata cómo se permitía que un sujeto pudiera disponer de otro sin más limitaciones que su propia voluntad.

Así, desde los tiempos más remotos, el esclavo se definía legalmente como una mercancía que el dueño podía vender, comprar, regalar o cambiar por una deuda, sin que el esclavo pudiera ejercer ningún derecho u objeción personal o legal.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA FENOMENOLOGÍA

Dar un concepto claro y certero que defina la Trata de seres humanos es sumamente sencillo, lo difícil es concretar en qué punto de la historia los seres humanos han dejado de ser fuente de poder para sus congéneres, o si alguna vez han dejado de serlo.

En este sentido, podemos constatar lo que afirmara Todorov respecto del goce del poder; “Si el sufrimiento del otro es la mejor prueba de mi poder, no es la única: su felicidad lo es también, aunque lo sea en un grado menor”⁵.

Los seres humanos nos lesionamos y hacemos del otro una fuente de poder o riqueza, sin tener en cuenta que la capacidad deshumanizadora se adquiere y revela trascendente en la víctima, cuando esta ejerce esa misma actitud hacia terceros.

² MIRAUT MARTÍN, L. “Las limitaciones funcionales de los conceptos jurídicos”, Anuario de la Facultad de Derecho, número 16, Madrid, 1998, p. 263.

³ MARINA, J.A. y VALGOMA, M., *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Madrid, 2005, p. 18.

⁴ FERNÁNDEZ-ARMESTO, F., *Breve historia de la humanidad*, Ediciones B, Barcelona, 2005, p. 13.

⁵ TODOROV, T., 1993, *Frente al límite*, Siglo XXI editores, México, 1993, p. 208.

La primera cuestión que debemos abordar, en cuanto a la conceptualización de la trata de seres humanos, es la utilización del término trata, refiriéndonos a su acepción anglosajona “trafficking in persons”. Esta acepción es utilizada por la Convención de Naciones Unidas contra el crimen Organizado Transnacional⁶. En este sentido, será el Protocolo de Palermo el que proporcione un concepto normativo de trata de seres humanos.

Por otro lado, cuando hacemos referencia al término tráfico ilícito de inmigrantes, se parte de la acepción anglosajona de “smuggling of migrants”⁷. La confusión terminológica se produce precisamente por asumir la traducción literal en español del término tráfico de personas, que en la versión inglesa sería “trafficking in persons”.

Para superar esta falta de precisión que se produce en la semántica, la conceptualización de ambos términos viene de la mano de Naciones Unidas. En el caso del tráfico ilegal de seres humanos, se entiende por trata el procedimiento para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico de la entrada ilegal de una persona en un país del que no es nacional ni residente permanente.

Es así como se configura el nuevo modelo de tráfico de seres humanos, cuya proyección no tiene distinción ante cualquier género, raza o etnia, convirtiéndose en un fenómeno de alcance transnacional. Por tanto, la trata de personas o de seres humanos constituye en la actualidad, una realidad que asume un entramado sumamente complejo.

La Convención sobre la Esclavitud de 1926, nos indica una clara definición de lo que era la antigua esclavitud y que actualmente puede ser asimilada por la Trata de seres humanos. Así, la definición de la esclavitud como “el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercen algunos o todos los poderes relacionados con el derecho de propiedad. El comercio de esclavos incluye todos los actos involucrados en la captura, adquisición o la disposición de una persona con el fin de reducirla a la esclavitud; la adquisición de un esclavo con miras a venderlo o intercambiarlo; disposición para la venta o intercambio de un esclavo adquirido con miras a venderlo o intercambiarlo; comercio y transporte de esclavos”⁸.

Con carácter general, la doctrina entiende que el concepto normativo de trata, responde al contenido del artículo 3 del Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y niños⁹, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁰ y así viene entendido cuando defiende que:

⁶ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños. Palermo, 2000. Ratificado por España el 11 de noviembre 2003, en vigor el 25 de diciembre de 2003.

⁷ Es frecuente que se confundan ambos términos por la coincidencia del vocablo inglés “trafficking” con el castellano “tráfico” lo que lleva a posibles interpretaciones erróneas respecto a los términos tráfico de migrantes y trata de seres humanos. La traducción castellana de “smuggling” se corresponde con contrabando, en las fronteras de los países hispanos se utiliza vulgarmente el término tráfico para designar la actividad de favorecer la entrada ilegal de migrantes en el país. Por otro lado, en lo que se refiere a la trata, el vocablo inglés para denominarla se corresponde con “trafficking” que es una acepción empleada habitualmente para referirse al comercio internacional de seres humanos con fines de explotación económica. Dicho esto, es normal que habitualmente se confundan los conceptos de trata y tráfico, en cualquier caso la correspondencia correcta sería denominar a la trata como “trafficking in persons” y al contrabando o entrada ilegal de migrantes como “smuggling of migrants”.

⁸ Convención sobre la Esclavitud (1926).

⁹ Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y niños. Palermo, 2000. Ratificado por España el 11 de noviembre 2003 que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, que contiene en su artículo 3 la definición básica de la trata de seres humanos.

¹⁰ Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Nueva York, 15 de noviembre del año 2.000.

“a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte el traslado la acogida o recepciones de personas recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otra formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción o pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considera “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.”¹¹

Para la profesora Carolina Villacampa, la aprobación del Protocolo de Palermo “constituyó un hito en la lucha contra la trata de personas a nivel internacional, pues constituye el primer documento emitido por Naciones Unidas en que el concepto de trata deja de ser identificado únicamente con el concepto de trata de blancas, como hasta el momento lo había sido, incorporándose al mismo una serie de conductas realizadas con determinados medios y con invariable finalidad de explotar a la víctima con independencia de su nacionalidad.”¹²

Aunque lo cierto es que en éste Protocolo, conocido como Protocolo de Palermo, se aborda de forma pionera el fenómeno desde el término de “trata de personas”.

Con la nueva configuración que realiza el artículo 3, se proporciona un impulso internacional en cuanto a la lucha contra la trata de personas se refiere, puesto que se contemplan una serie de medios por los que se alcanza la finalidad de explotación económica del ser humanos como una vulneración de los derechos humanos, sin entrar a considerar su país de su origen.

Desde un punto de vista doctrinal, es el profesor Muñoz-Conde quien nos brinda un concepto sobre trata de seres humanos cuando defiende que ésta constituye “una actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos al de origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la “esclavitud”; para explotarlas sexualmente o extraerles sus órganos corporales”¹³.

Desde ésta definición, el autor nos adelanta las principales características expositoras de la trata, tales como el de la transnacionalidad, su relación con el crimen organizado, el perfil de la víctima a través de las circunstancias que determinan su modo de vida y, sobre todo, la subyugación de la persona a través de las distintas formas de explotación a la que se la somete.

III. LA ESCLAVITUD MODERNA: LA TRATA DE SERES HUMANOS

¹¹ Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y niños Ratificado por España el 11-12-2003 que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 que contiene en su artículo 3 la definición básica de la trata de seres humanos.

¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 34.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, p. 356.

La perspectiva comercial que adquirió en las etapas históricas últimas, la antigua institución de la esclavitud ha ido dando un dramático giro, constituyendo la actual trata de seres humanos.

Aunque no cabe identificar plenamente una institución con otra, la virtual vulneración de los derechos humanos actuales es totalmente comparable con la nula atención a los derechos naturales que se daba en la esclavitud antigua.

Un modo de esclavitud moderno, aunque no el único, es la trata de seres humanos. La proyección transgresora que adquiere la trata de seres humanos constituye una vulneración de lesa humanidad por cuanto, en ese sentido, negar la dignidad de un solo ser humano hasta el punto de comerciar con su vida e inquietudes vitales constituye, de facto, una lesión al reconocimiento de derechos humanos universales.

La trata de seres humanos en la actualidad, se incardina en ambientes sociales económica y culturalmente quebrados. Las poblaciones más vulnerables son las que están desamparadas por razones de diversa índole, como puede ser la guerra, la hambruna y todo lo que conlleva las situaciones de precariedad. En este sentido, esta situación es proyectada en las personas secuestradas o cautivas, procedentes de países en un contexto de extrema pobreza y, por tanto, vulnerables para ser captadas, bien de forma violenta o mediante el engaño de un futuro mejor. Por lo que resulta destacable señalar que en ocasiones esa situación determinante de la trata de seres humanos es consentida por las víctimas, pues éstas aceptan ser sometidas basándose en falsas promesas de trabajo y mejores expectativas de vida, constituyendo así, un elemento que tipifica la forma más clara de engaño.

La trata de seres humanos se presenta en la actualidad, como un fenómeno de gran repercusión que está afectando a muchos Estados. La base de esa preocupación parece recaer sobre la manifiesta vulneración de los derechos naturales del individuo. Esto representa un ataque directo a los derechos humanos, a los derechos fundamentales y libertades públicas que los Estados y las instituciones deben amparar y tutelar.

La responsabilidad social se amplía cuando la trata de seres humanos adquiere un cariz internacional. En este sentido, alcanza esa categoría geopolítica por cuanto existen voluntades diversas implicadas en la estrategia de trata de seres humanos a ese nivel. Precisamente por ello, se pone de manifiesto la importancia que adquiere este fenómeno, no sólo por la vulneración que implica sobre los derechos fundamentales de la persona, sino también porque representa una global resistencia al cumplimiento exigente de la obligación que los Estados asumen con otros Estados e instituciones internacionales.

La necesidad de establecer medidas de prevención y control en la trata de seres humanos, obliga adoptar una visión multidisciplinar que abre un debate sobre su proyección en los derechos humanos, con el objetivo claro de establecer medidas de carácter social y asistencial.

La trata de seres humanos supone una violación de derechos humanos que se manifiesta en la actualidad como un grave problema de carácter internacional, ya que viene concebida como el secuestro, el traslado o retención de seres humanos a través de la amenaza y el uso de violencia. La trata de seres humanos supone una vulneración clara de la dignidad y la libertad del ser humano. Derechos que, de entrada, se suponen universales y quedan cercenados con este fenómeno.

Los derechos subjetivos del individuo sufren un perjuicio irreparable, por cuanto se atenta contra el propio espíritu de libertad que posee innatamente la persona, su dignidad queda escindida en pro de la voluntad de su virtual propietario. Por lo que no sólo se lesiona internamente el espíritu mismo de la dignidad del sujeto, sino que estas reiteradas vulneraciones de los derechos naturales del hombre suponen una considerable depreciación de la persona, en su acepción biológica natural. Pues la proyección física del individuo abarca, también, un plano espiritual tocante a los derechos subjetivos, que Ferrajoli definía perfectamente cuando afirmaba que "los derechos humanos son derechos

subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios”¹⁴.

Estos derechos, vulnerados de forma lacerante en la trata de seres humanos, por su indudable valor para toda la humanidad deben ser específicamente tutelados y protegidos por el poder vigente. Pues esa innegable valía deriva de que pertenecen al ser humano como derechos inmanentemente propios e inherentes a su propia naturaleza y no como mera mercancía transferible con el objetivo de explotación. En este sentido, Truyol y Serra afirma que “existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”¹⁵.

Toda relación de esclavitud se basa en el principio de propiedad. En este punto, son las redes criminales internacionales, a través de la explotación, las que se lucran por los servicios que prestan las personas esclavizadas. En esta línea, Rosario Serra defiende que “el tipo de explotación del ser humano a la que puede verse sometida una víctima de la trata constituye, sin duda alguna, un atentado a su dignidad y libertad”¹⁶. Precisamente por ello, y por la importancia que asumen los derechos humanos en el caso que nos ocupa, se ahonda sobre las causas que desembocan en este fenómeno que está adquiriendo notoria relevancia en la actualidad. Autores como Esteban Pérez entienden que, desde la perspectiva de nuestro derecho positivo, podemos conceptualizar el delito de la trata de seres humanos como una forma concreta de agresión a la integridad moral del individuo. El sujeto se ve concernido a realizar actos denigrantes para que otros puedan alcanzar la mayor productividad económica a través de su rendimiento, y por tanto, queda sometido a una situación que “lo anula como persona”¹⁷.

Partiendo de la anterior consideración, entiende el Tribunal Constitucional que la dignidad de la persona es “una cualidad ínsita a la misma, que por lo tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se oponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el artículo 15 de nuestra Constitución, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que la persona es un fin en sí mismo”¹⁸.

La importancia que asumen, por tanto, los derechos humanos como garantía de tutela en la persona, se ve entendida en autores como Galván cuando defiende que “el ejercicio de los derechos humanos permite que el ser humano dé vigencia a sus derechos de libertad, igualdad, salud y educación, entre otros, acorde siempre al principio de dignidad de la persona. Para lograr su realización es necesario que el Estado determine los mecanismos que garanticen su respeto y protección”¹⁹.

Y es que el camino que hay que recorrer se ha de configurar en el sentido de establecer una serie de garantías de cumplimiento efectivo de los derechos de libertad, incluyendo con ello “las propias garantías jurídicas, con respecto al tema

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Sobre los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 30.

¹⁵ TRUYOL y SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 11.

¹⁶ SERRA CRISTOBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 2007, p. 30.

¹⁷ PÉREZ ALONSO, E. J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 177, 181, 332.

¹⁸ PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 73. En este sentido, se hace valer el texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, se extrae de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 181/2004 de 2 de Noviembre de 2004, Fundamento Jurídico 13.

¹⁹ GALVÁN TELLO, M. C., “La educación en Derechos Humanos en la enseñanza del Derecho: un desafío”, en *Los derechos humanos en la educación jurídica*, Plaza y Valdés, México, 2012, p. 94.

de la formación libre de la voluntad, que no agotan las posibilidades de actuación para alcanzar ese fin”²⁰. Teniendo en cuenta que “cuando hablamos de garantías jurídicas, hablamos de aquello que al Estado le es posible establecer como mecanismo para asegurar la realización de un objetivo. Pero cabe también buscar la realización de ese objetivo por otros caminos que escapan a la estricta consideración del orden jurídico”²¹.

En un primer intento de aproximación sobre el fenómeno de la trata de seres humanos, se realizará un análisis detenido sobre una realidad espantosa, que Ignacio Ramonet describe con mucho acierto, apuntando que “dos siglos después de la abolición de la esclavitud, regresa una práctica abominable: la trata de personas”²².

La Organización Internacional del Trabajo (OIT.), a través de múltiples informes, estima que son millones de personas en el mundo las que se ven sometidas, por redes ligadas a la criminalidad internacional, a la explotación por la fuerza, en trabajos contra su voluntad y en condiciones inhumanas. Tratándose de mujeres, la mayoría son víctimas de explotación sexual, mientras muchas otras son específicamente explotadas en el servicio doméstico. También se da el caso de personas jóvenes y en buen estado de salud que, bajo diversos engaños, son privadas de su libertad y de su derecho a un desarrollo de su personalidad, perdiendo en el camino su identidad, derechos, dignidad.

IV. UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS VÍCTIMAS INVISIBLES

No cabe duda que una práctica en la que un ser humano usa de otro, de manera abusiva y sin consentimiento válido, lesionando el espíritu natural de la víctima y forzándola a cambiar su propia idiosincrasia de vida, significa violentar los derechos innatos del ser humano en todos sus parámetros. En ese sentido, puede entenderse que los derechos de las víctimas de la trata se transgreden al menos en tres momentos.

En primer lugar, por parte de los gobiernos, que en no pocas ocasiones consienten, e incluso fomentan, todo tipo de acciones discriminatorias contra los sujetos especialmente vulnerables, como son las mujeres, niños, inmigrantes, o cualquier otro sujeto en riesgo de exclusión por razones económicas o sociales. En segundo lugar, sin lugar a dudas, son los tratantes los que atentan gravemente contra los derechos humanos de los sujetos a los que someten, despojándolos de su dignidad a través de los medios más aberrantes y atroces. Por último, desde las instituciones internacionales, en cuanto a su obligación en la persecución y castigo de las redes criminales de ámbito transnacional, que vulneran de forma sistemática los derechos humanos de sus víctimas.

La Trata de seres humanos viola los derechos humanos reconocidos, que se encuentran plasmados y positivizados en una serie de instrumentos internacionales de protección, tutela y garantía. Estos instrumentos establecen derechos humanos que se aplican a todas las personas: hombres, mujeres, niños; en general a toda persona víctimas de la Trata. Los derechos humanos que se presentan en el contexto de la Trata de Personas son el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad jurídica y a la autonomía, entre otros, todos ellos derivados de la dignidad innata del ser humano.

Como hemos defendido con anterioridad, la trata de seres humanos tiene históricamente su génesis en la esclavitud, y es a través del paso del tiempo cuando ha ido cristalizando en la actualidad en el fenómeno que Bales señala como “la nueva esclavitud”²³. En este mismo sentido, plantea Tessier que la actual trata

²⁰ SANTANA RAMOS, M.E. “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía, Madrid, 2014, p. 110.

²¹ *Ibidem*, p. 110.

²² RAMONET, I., “Esclavos en Europa”, en *Le Monde Diplomatique*, Número 189, Valencia, 2011, pp. 44-45.

²³ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global* (traducción de Borrajo Castanedo),

de seres humanos se puede definir como “la moderna trata de esclavos del siglo XXI”²⁴ o “La nueva esclavitud del siglo XXI”²⁵.

En la actualidad, se puede observar cómo a través de diversas formas de explotación humana se vulneran, de manera flagrante los derechos humanos, derechos que deben ostentar las personas con independencia de circunstancias ajenas a la propia esencia humana. Así, para el profesor Pérez Luño, los derechos que se vulneran en la trata de seres humanos vienen entendidos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana. Estas facultades son reconocidas positivamente”²⁶. Esas facultades a las que se hace referencia, y que se le atribuyen al ser humano como facultades inherentes a su condición, para el profesor Ara Pinilla vienen entendidas como “un reflejo en el propio consenso social alcanzado a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”²⁷.

En el caso de la trata, no cabe duda de que esos “derechos humanos” constituyen un valor persuasivo, muchas veces utilizado para convencer y no para describir, y del que frecuentemente se abusa”²⁸. Puesto que en el caso de la trata de seres humanos, el valor que asumen los derechos humanos queda totalmente desvirtuado. Representándose la trata de seres humanos como una nueva forma de esclavitud en la sociedad contemporánea, resulta necesario atender a su contextualización y a la proyección que en la actualidad asume. La profesora Gemma Nicolás plantea que “las preocupaciones modernas respecto de la prostitución y la trata de mujeres tienen su precedente histórico en las pretéritas campañas contra la trata de blancas a finales del siglo XIX”²⁹.

Hasta finales del siglo XX, el tráfico de personas era conocido con el término “trata de blancas”, por su implicación con el comercio de mujeres blancas europeas y americanas, con las que se comercializaba para prostituirlas en África, Asia y el Este de Europa.

A través de la evolución del tráfico de seres humanos se produce un giro en su denominación, de manera que el tráfico de personas evoluciona hacia la comercialización de hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes.

Hasta el momento en que se aprueba el Protocolo de Palermo, todas las referencias normativas anteriores trataban el fenómeno desde el concepto de “trata de blancas”. En referencia a la conceptualización de la trata de blancas, la profesora Sonia García, desde una perspectiva histórica, refiere que el término “trata de blancas” fue utilizado por primera vez en la Conferencia de París de 1902, dirigida a la creación de un instrumento internacional para la supresión del tráfico de esclavas blancas. Aunque inicialmente la única finalidad fue diferenciar esta conducta del comercio de esclavos negros, lo cierto es que dichas prácticas incluían mujeres de todas las razas y por ello, en el año 1921, se recomendó el abandono de este concepto equívoco por el de tráfico de mujeres y niñas.”³⁰

Siglo XXI Editores, Madrid, 2000, p. 7.

²⁴ TESSIER, K., *The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling*, Volumen XIII, Indiana Journal of Global Legal Studies, Indiana, 1995, p. 261.

²⁵ PÉREZ ALONSO, E. J., “La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español”, en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.) *La Delincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 94.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 46.

²⁷ ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 63.

²⁸ *Ibidem*, p. 16.

²⁹ NICOLÁS LAZO, G., “Migraciones femeninas y trabajo sexual: Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres”, AA.VV., R. Bergalli (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 229-260.

³⁰ GARCÍA VÁZQUEZ, S., “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.) *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 18.

Defendiendo que se trata de “un problema antiguo pero que sigue siendo de actualidad”³¹, desde ésta perspectiva y en la misma línea, otros autores señalan la trata de seres humanos como un “problema viejo con un nombre nuevo”³². Así, en la misma línea, Bales afirma con respecto a la esclavitud, que es un fenómeno que “nunca ha desaparecido, sino que ha cambiado de forma”³³. La repercusión y el alcance que se proyecta a través de este fenómeno es la reafirmación de la convicción de que la trata de seres humanos implica la nueva fórmula de esclavitud que se practica en nuestro tiempo, ejercida desde distintas fórmulas de explotación del ser humano, en detrimento y vulneración de sus más elementales derechos.

Tradicionalmente, la trata de seres humanos se ha vinculado a la inmigración que se produce desde zonas deprimidas y más desfavorecidas económicamente. Cepeda reconoce que “las causas principales de la trata son muy complejas y muy a menudo están interrelacionadas entre sí. Pero lo que sí está claro es que uno de los factores más importantes de donde viene esta nueva esclavitud, se encuentra en la mundialización, donde se ha desarrollado en un mundo muy desigualitario, bajo unas declaraciones de poder muy asimétricas, propiciando un sistema de intercambios desiguales entre países y acentuando la dominación de clase y de género ya existentes”³⁴.

V. LA IDENTIFICACIÓN DE LA TRATA DE SERES HUMANOS CON EL TRÁFICO DE PERSONAS

Como hemos venido defendiendo hasta el momento, la denominación del fenómeno de la trata y el fenómeno del tráfico, suelen verse asumidas en el lenguaje ordinario de igual forma por su referencia semántica.

Corresponde precisar, por tanto, las diferencias que existen entre ambos fenómenos, puesto que cuando hablamos sobre la conceptualización de trata de seres humanos no resulta difícil que haya personas que no hagan distinciones entre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, tráfico ilegal o prostitución.

No en pocas ocasiones, los conceptos de trata de seres humanos y tráfico de migrantes o tráfico ilegal, han sido usados como sinónimos. Sin embargo, hacen referencia a conceptos disímiles, precisamente por ello, de ahí surge la necesidad de aclarar las diferencias existentes en ambos fenómenos. En este orden de cosas, una definición clara sobre el tráfico ilegal de personas nos viene dada por el Protocolo de la Organización de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, donde enfatiza el valor de la libertad y dignidad del ser humano con carácter universal.

Así viene recogido en el texto normativo cuando expone que “contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se define en el artículo 3, en su apartado a), el tráfico de migrantes como “la facilitación dispuesta para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o material de otro tipo, de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte, del cual no es nacional o residente permanente”³⁵.

A través de esta conceptualización, podemos comprobar que la finalidad última que persigue el tráfico ilegal de inmigrantes, no es el ánimo de lucro a través de ninguna forma de explotación, sino la que se transgrede de esta forma es la legislación migratoria. En este sentido, la inmigración, sobre todo la inmigración ilegal, supone un caldo de cultivo para aumentar los indicadores criminógenos, en

³¹ FINLEY, M. I., *Esclavitud antigua e ideología moderna*, Barcelona, Crítica, 1982, p. 20.

³² OIM, *Trata de Personas: Aspectos Básicos*, Cim/Oea, México 2006, p. 9.

³³ BALES, K., *La nueva esclavitud en la economía global*, cit., p. 13.

³⁴ PÉREZ CEPEDA A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 1.

³⁵ Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

el perfil delictual que hace referencia a las organizaciones que mercadean con seres humanos.

Ahora bien, a pesar de que ambos términos operan sobre el mismo arsenal conceptual, debemos señalar las diferencias notorias que existen entre ambos conceptos. Ello, qué duda cabe, nos permitirá obtener un resultado más comprensible sobre el fenómeno al que hacemos referencia.

Un intento de aproximación sobre la delimitación conceptual del fenómeno de la trata de personas y del tráfico ilícito de inmigrantes, nos hace comprobar que ambos fenómenos deben ser entendidos de manera separada. Esta exigencia responde a las diferencias existentes entre ambas, y sin duda alguna, obligan a observar los rasgos diferenciadores que, no en pocas ocasiones, resultan bastantes difusos.

La profesora Sonia García defiende, desde esta perspectiva, que ambos términos “siempre se han separado por una ambigua línea sombreada, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos pero representan problemas en parte coincidentes y, es por ello, que sus definiciones jurídicas contienen elementos comunes. No obstante, hay que delimitar el concepto de tráfico de personas, distinguiendo entre trata de personas y tráfico ilícito de personas”³⁶. En esta línea apunta Sonia García, especificando que entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas hay tres diferencias radicales que permiten individualizarlos, así como las características que la definen; encontramos el consentimiento, la explotación, la transnacionalidad, entre otras.

1. El consentimiento

En el caso del tráfico ilícito, aunque suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los inmigrantes prestan su consentimiento; mientras que las víctimas de trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso posterior por parte de los traficantes.

El consentimiento constituye el principio básico de cualquier relación o compromiso de naturaleza contractual. Por ello, la manifestación de la voluntad de la persona, como rasgo diferenciador, supone una clara evidencia para diferenciar ambas situaciones.

Por un lado, y tratándose del tráfico ilegal de personas, hay que destacar como elemento diferenciador la existencia de manifestación de la voluntad de los sujetos. En cambio, en el caso de la trata, en ninguno de los casos existe una autonomía de la voluntad a la hora del consentimiento, puesto que la autonomía del individuo queda reducida mediante la coacción, el miedo, el engaño o la extorsión.

Como aspecto más característico del tráfico ilegal de migrantes, señalaremos que es la persona migrante la que se pone en contacto con los traficantes “voluntariamente” para que las trasladen a los países del denominado “primer mundo”. En este contexto, el traficante de migrantes ilegales no necesita articular ningún tipo de estrategia para la captación, además de que la relación con la persona transportada acaba una vez que ésta cruza la frontera del país de destino.

2. La explotación

El tráfico ilícito termina con la llegada de los inmigrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas a posteriori. Este dato explica perfectamente por qué las víctimas de la trata suelen resultar gravemente afectadas y tener más necesidad de protección que los inmigrantes clandestinos.

Una diferenciación básica entre ambos conceptos resulta del objetivo final: en el caso que nos ocupa, el tráfico ilegal, una vez que los sujetos llegan al destino,

³⁶ GARCÍA VÁZQUEZ, S. “Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas”, en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Año 5, Número 10, julio-diciembre, 2008, p. 3.

la posible conexión con el transportador finaliza en ese momento. Por el contrario, cuando se trata de seres humanos se refiere, es en el mismo instante en que llega a su destino, cuando comienza el calvario de la persona víctima de dicho fenómeno.

3. La transnacionalidad

El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado o sólo son desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado.³⁷

Como hemos venido defendiendo, en todo caso el tráfico ilegal de seres humanos responde siempre a la idea de fenómeno transnacional. Sin embargo, en la trata de seres humanos, resulta difícil obviar que todos los países están expuestos a que se pueda producir tal situación en sus propias delimitaciones territoriales. Por ello, cuando se trata se refiere, ésta no puede entenderse como un fenómeno transnacional, sino que también puede producirse a nivel nacional, en un país en concreto. Nos referimos a los casos de trata interna. Tal es así, que el traslado de la víctima hacia otro lugar es una fase más del proceso de trata. Es decir, que la fase de transporte no se configura como elemento necesario para la plena ejecución de la trata de personas.

VI. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA COMO PRESUPUESTO NECESARIO

La definición que nos aporta las Naciones Unidas, a través de la Convención De Las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, concreta la red criminal como un “Grupo estructurado de tres o más personas existente por un periodo de tiempo y que tenga por fin la comisión de un delito transnacional grave, mediante una acción concertada recurriendo a la intimidación, la violencia, la corrupción o a otros medios para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

En concordancia, nuestro ordenamiento interno, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 282 bis³⁸, define la delincuencia organizada como una “asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente y reiterada, conductas que tengan como fin alguno de los siguientes delitos: secuestro de personas, prostitución, contra el patrimonio, contra los derechos de los trabajadores,...”. A tal respecto, se puede observar que nuestro derecho positivo considera las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de seres humanos como delincuencia organizada.

En cuanto a la estructura de las organizaciones criminales, la profesora Sonia García defiende que su modo de actuar responde “como una empresa jerarquizada, usando medios violentos, persuasivos métodos de corrupción policial y judicial, y con un alto grado de profesionalización”³⁹. Destaca, de tal forma, el gran nivel de organización y estructura que presentan estas mafias criminales.

Siguiendo la misma línea, Isabel Sánchez expone que uno de los principales rasgos que hay que destacar en el grupo criminal es “el alto grado de profesionalización de sus miembros. La presencia de una estructura, integrada por un cierto número de personas y con voluntad de tener una permanencia en el tiempo más allá de lo circunstancial, es característica en él”⁴⁰.

Estas organizaciones delictivas presentan, como hemos apuntado, principalmente una estructura piramidal o jerarquizada⁴¹, con unos roles

³⁷ FERNÁNDEZ OLALLA, P. “Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España”, en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.) *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 22.

³⁸ Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Boletín Oficial del Estado, Número 260, de 17 de septiembre de 1882.

³⁹ GARCÍA VÁZQUEZ, S., “La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional”, cit., p. 23.

⁴⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 57.

⁴¹ *Ibidem*, p. 57.

perfectamente delimitados. En el vértice se sitúan los miembros que están alejados de la ejecución material de los delitos, no obstante, son aquellos que toman las decisiones y diseñan las estrategias del grupo. Así defiende la profesora Sánchez, que estas organizaciones se auxilian de distintos profesionales como abogados, economistas, para configurarse como verdaderas empresas criminales, con un alto grado de imbricación en la economía legal y la Administración pública, en sus diferentes niveles⁴².

VII. CONCLUSIONES

Al llevar a cabo un estudio sobre el fenómeno de la trata de seres humanos, la primera tarea que se plantea pone de manifiesto cómo ésta supone una grave vulneración de la dignidad humana, que atenta directamente contra los principios reconocidos por los derechos humanos. Es, en este sentido, donde es constatable en el análisis empírico que se realiza, cómo resalta la evidente relación que se da con la histórica institución de la esclavitud.

Si bien las instituciones de la esclavitud y la trata de seres humanos difieren en el contexto histórico, resultan absolutamente coincidentes en cuanto a la finalidad que persiguen, puesto que ambos presentan un claro indicador común en la explotación humana.

La fenomenología de la trata de seres humanos se configura en un entorno de extrema pobreza y analfabetismo donde los Estados del tercer mundo o los que se encuentran inmersos en conflictos bélicos e inseguros, es donde las mafias y organizaciones delictivas son proclives a buscar y encontrar seres humanos desvalidos a los que atraer y enredar en la desesperación para hacerlos, finalmente, esclavos de sí mismos, admitiendo la pérdida de libertad y autonomía personal para obtener comida o medios de subsistencia.

Es por ello, que no resulta extraño comprobar cómo en ocasiones, esa pérdida total de la libertad y autonomía personal se produce con el consentimiento de las propias víctimas. Es precisamente, en este punto, donde debemos plantearnos la validez o no de ese consentimiento. Pues la mayor parte de las veces, la víctima asume un compromiso bajo las falsas promesas de trabajo y mejores expectativas de vida, constituyendo así, un elemento diferenciador de la libre voluntad que, en este caso, tipifica la forma más clara de engaño.

En este sentido, se ha de valorar que la nueva forma de esclavitud que está asumiendo la fenomenología de la trata de seres humanos, requiere un nuevo planteamiento en materia de control y garantías sobre los derechos humanos que deben asistir, con carácter universal, a todas las personas con independencia del lugar en el que se encuentren. En este sentido, resulta destacable como la trata de seres humanos se presenta como un fenómeno transnacional que se proyecta a nivel mundial. Y por todo ello, resulta de extrema necesidad que se articule medidas consecuentes con este nuevo fenómeno mundial que conlleven entre otras, las mayores garantías para los derechos inherentes al ser humano.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BALES, K. *La nueva esclavitud en la economía global* (traducción de Borrajo Castanedo), Siglo XXI Editores, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ OLALLA, P. "Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España", en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.) *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

⁴² Ibídem, p. 63.

- FERNÁNDEZ-ARRESTO, F. *Breve historia de la humanidad*, Ediciones B, Barcelona, 2005.
- FERRAJOLI, L. *Sobre los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- FINLEY, M. I. *Esclavitud antigua e ideología moderna*, Barcelona, Crítica, 1982.
- GALVÁN TELLO, M. C. "La educación en Derechos Humanos en la enseñanza del Derecho: un desafío", en *Los derechos humanos en la educación jurídica*, Plaza y Valdés, México, 2012.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. "Inmigración ilegal y Trata de personas en la Unión Europea: La desprotección de las víctimas", en *Revista de Derecho Constitucional europeo*, Año 5, Número 10, julio-diciembre, 2008.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. "La lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional, comunitario y nacional", en AA.VV., M. C. Vidal Fueyo (coord.) *La Trata de Seres Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- MARINA, J.A. y VALGOMA, M. *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Madrid, 2005.
- MIRAUT MARTÍN, L. "Las limitaciones funcionales de los conceptos jurídicos", *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 16, Madrid, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.
- NICOLÁS LAZO, G. "Migraciones femeninas y trabajo sexual: Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres", AA.VV., R. Bergalli (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- OIM, *Trata de Personas: Aspectos Básicos*, Cim/Oea, México 2006.
- PASCUAL LAGUNAS, E. *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009.
- PÉREZ ALONSO, E. J. *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ ALONSO, E. J., "La Trata de seres humanos en el Derecho Penal Español", en AA.VV., C. Villacampa Estiarte (coord.) *La Delincuencia Organizada: Un reto a la Política Criminal Actual*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- PÉREZ CEPEDA A. I. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.
- RAMONET, I. "Esclavos en Europa", en *Revista Le Monde Diplomatique*, Número 189, Valencia, 2011.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I. *La criminalidad organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SANTANA RAMOS, M.E. "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía*, Madrid, 2014.
- SERRA CRISTOBAL, R. y LLORIA GARCÍA, P. *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 2007.

- TESSIER, K. *The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling*, Volumen XIII, Indiana Journal of Global Legal Studies, Indiana, 1995.
- TODOROV, T. *Frente al límite*, Siglo XXI editores, México, 1993.
- TRUYOL Y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*. Aranzadi, Pamplona, 2011.

Garantia Constitucional do acesso às informações dos Contribuintes à luz do Supremo Tribunal Federal

Constitutional Guarantee of access to information of Taxpayers in the light of the Federal Supreme Court

Maria de Fátima Ribeiro¹

Lucas Pires Maciel²

Universidade de Marília, Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Sigilo fiscal e o princípio da publicidade; 3. O instituto do *habeas data*; 4. O Recurso Extraordinário 673.707/MG; 4.1. Considerações sobre a defesa do Fisco; 4.2. O objeto e a defesa do contribuinte; 4.3. Destaques da OAB no Recurso Extraordinário; 5. Outras considerações após a decisão do RE 673.707/MG; 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: Trata sobre o respeito aos direitos e limites do controle da atuação fiscal brasileira referente ao sigilo fiscal, por intermédio do *habeas data*, instituto garantido na Constituição Federal. É impetrado pelos contribuintes como um meio para efetivação do direito às informações de seus dados, conforme RE 673.707/MG. Ainda restam dúvidas quanto ao período prescricional do fornecimento das informações sobre o pagamento de tributos bem como sobre a necessidade ou não do esgotamento das vias administrativas para interpor respectiva ação. Questionou-se: Quem pode ter acesso a essas informações? Quais informações podem ser divulgadas? As informações requeridas pelo contribuinte são de caráter público? O acesso dessas informações fiscais, requeridas pelo contribuinte, estaria ofendendo o direito fundamental ao sigilo fiscal?

Abstract: It deals with the respect to the rights and limits of the control of the Brazilian fiscal action regarding the fiscal confidentiality, through *habeas data*, institute guaranteed in the Federal Constitution. It is filed by taxpayers as a means to enforce the right to information of their data, according to RE 673.707 / MG. There are still doubts as to the prescriptive period for the provision of information on the payment of taxes as well as on whether or not the exhaustion of administrative procedures is necessary to file suit. It was asked: Who can have access to this information? What information can be disclosed? Is the information required by the taxpayer public? Would the access of such tax information, required by the taxpayer, be offending the fundamental right to fiscal secrecy?

Palavras-chave: Sigilo fiscal; Habeas data; Informações do contribuinte.

Keywords: Tax secrecy; Habeas data; Taxpayer information

1. Introdução:

Especificamente será analisado o instituto do *habeas data* impetrado pelos contribuintes, como um meio para efetivação do direito às informações de dados de seus dados que devem ser fornecidas pela administração fazendária. O *habeas data* é um instituto jurídico de garantia constitucional, previsto no art. 5º

¹ Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP. Pós Doutora em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília – Brasil.

² Mestrando em Direito na UNIMAR – Universidade de Marília – São Paulo, Brasil. Especialista em Direito Tributário. Advogado e Professor do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente – São Paulo – Brasil.

LXXII, “a”, da Constituição Federal. As principais questões que pretendemos abordar nesse texto dizem respeito aos direitos e limites do controle da atuação fiscal brasileira referente ao sigilo fiscal.

A administração fazendária é o órgão que armazena e gerencia essas informações. Com a informatização, o processo do fornecimento de informações poderia ser ágil e eficiente, permitindo uma melhor administração dos dados fiscais. No entanto, algumas considerações precisam ser efetuadas sobre o fornecimento desses dados por intermédio da administração fazendária bem como sobre a efetividade do *habeas data*. Mesmo com a posição do Supremo Tribunal Federal no RE 673.707/MG, em 17 de junho de 2015, assegurando que o *habeas data* é garantido constitucionalmente para o contribuinte buscar junto às autoridades fazendárias, informações sobre seus dados pessoais ou de suas empresas, ainda restam dúvidas quanto ao período prescricional do fornecimento das informações sobre o pagamento de tributos bem como sobre a necessidade ou não do esgotamento das vias administrativas para interpor respectiva ação.

A discussão do tema abordado, foi a partir da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que rejeitou o uso do *habeas data* pelo contribuinte para acesso de informações sobre sua própria situação fiscal. Uma empresa mineira solicitou informações à Receita Federal sobre tributos recolhidos e de dívidas fiscais, registradas em nome dela no período de 1991 a 2004 que constavam no Sistema de Conta Corrente da Pessoa Jurídica (SINCOR), que é uma espécie de conta corrente no qual são registrados os débitos e créditos relativos às Pessoas Jurídicas.

A Receita Federal negou o pedido administrativo e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região rejeitou o acesso às informações solicitadas, por entender que o banco de dados da Receita não seria cadastro público, daí vedadas as informações para o contribuinte e ao público em geral: *incabível a pretensão do impetrante de se obrigar a Fazenda Pública a apresentar informações complexas, onerosas e gerais, oriundas de cadastro que não tem caráter público*³.

Outros contribuintes também impetraram diversas ações de *habeas data* com pedido de concessão de ordem, para exigir que a Receita Federal fornecesse as informações requeridas.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do Recurso Extraordinário⁴. Destacou que a ausência de caráter público dos sistemas não impede o acesso a informações, porquanto não constitui argumento suficiente para indeferir o *habeas data*, já que o cadastro é mantido por uma entidade governamental. Asseverou, portanto, que é direito do contribuinte a obtenção de informações contidas no SINCOR, com fundamento no art. 5º LXXII, “a”, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal⁵ deu provimento ao recurso da empresa mineira, entendendo ser cabível o *habeas data* na hipótese requerida e reconhecendo o direito do contribuinte ter acesso aos dados solicitados. O Tribunal contrariou os argumentos da União de que os dados não teriam utilidade para o contribuinte, e que o efeito multiplicador da decisão poderia tumultuar a decisão. O *habeas data* pode ser utilizado pelos contribuintes para ter acesso a dados sobre os pagamentos efetuados ao Estado. Assim decidiu por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar Recurso Extraordinário impetrado (*habeas data*) para ter acesso às informações referentes a pagamentos efetuados junto à Receita Federal.

A decisão teve repercussão geral (Tema 582 do STF) reconhecida com a seguinte tese: *Habeas data é a garantia constitucional adequada para obtenção, pelo cidadão, de dados concernentes ao pagamento de tributos constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos de arrecadação fazendária dos entes estatais.*

³ RE 673.707/MG.

⁴ RE 673.707/MG.

⁵ O Plenário do STF por unanimidade deu provimento ao RE 673.707/MG em 17/6/15.

Por meio dessa garantia constitucional, os contribuintes podem ter conhecimento sobre os pagamentos de tributos que realizaram em um determinado período, eventuais débitos e créditos, verificando os pagamentos efetuados em duplicidade bem como os créditos compensáveis que eventualmente possam ter em seu favor entre outras pretensões.

Daí verificar o voto do Ministro Edson Fachin, que seguindo o entendimento dos demais ministros, pontuou: *Em se tratando desse tipo de registro, o que está a se dizer é que não se está diante de uma exceção. Pelo contrário, se está diante do acesso de uma garantia constitucional*⁶.

A apreciação do RE 673.707/MG foi considerada histórica no Supremo, considerando principalmente situações posteriores à Constituição Federal de 1988.

Um dos pontos controvertidos é saber se o banco de dados privado, que diz respeito ao próprio impetrante, pode ser considerado de caráter público. A partir daí poderá ser questionado: Quem pode ter acesso a essas informações? Quais informações podem ser divulgadas? As informações requeridas pelo contribuinte são de caráter público (cadastro público)? Quais os instrumentos jurídicos que garantem ao contribuinte o acesso aos seus dados? O acesso dessas informações fiscais, requeridas pelo contribuinte, estaria ofendendo o direito fundamental ao sigilo fiscal? Há que necessariamente esgotar as vias administrativas para ingressar com a Ação de *habeas data*? Há que se falar em período prescricional referente aos dados que a Receita deverá fornecer ao contribuinte?

O presente artigo foi elaborado com base em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, por intermédio do método dedutivo.

2. Sigilo fiscal e o princípio da publicidade:

Antes da análise do instituto do *habeas data* é relevante destacar que o sigilo fiscal é a proteção constitucional das informações prestadas pelos contribuintes ao Fisco, assegurado pelos direitos fundamentais protegidos pelo inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja:

Art. 5º...

(...)

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

(...).

A Ordem dos Advogados do Brasil apresentou Memorial no RE 673.707/MG, argumentando que a propositura de ação judicial para obtenção de informações tem se tornado cada dia mais comum.⁷ Naqueles autos, é possível verificar que os requerimentos de informações foram respondidos com um lacônico argumento de que *o requerimento feito pelo contribuinte esbarra no sigilo fiscal, não alterado pela Lei de Acesso à Informação, e que mesmo se pudesse exigir deveria apresentar os documentos necessários de representação*.⁸

Não há que se falar em sigilo fiscal, quando é o próprio contribuinte que exige do órgão público informações que lhe digam respeito. Não por outro motivo é

⁶ Voto do Ministro Edson Fachin no RE 673.707/MG.

⁷ Como se vê na decisão proferida pela Justiça Federal do Distrito Federal: Processo nº 30715-20.2015.4.01.3400.

⁸ Idem. Ibidem.

que a decisão explica que o sigilo fiscal tem como escopo preservar o próprio sujeito passivo, a fim de que terceiros não tenham acesso a questões afetas à privacidade da sua vida fiscal. Por decorrência lógica, não pode ser invocado contra ele próprio.⁹

Daí surge a questão: quem pode ter acesso à essas informações? Inicialmente é necessário verificar se o contribuinte possui o direito de acessar as informações administrativas fiscais do banco de dados da Receita Federal. A partir daí poderá ser questionado: Quais informações administrativas podem ser acessadas, e quais os instrumentos jurídicos que garantem esse acesso?

Para esclarecer tais questionamentos, há necessidade de apresentar as respostas com base nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 (Lei de acesso à Informação – LAI). Conforme Jardim¹⁰, a noção de acesso à informação se relaciona a um direito, mas também a dispositivos políticos, culturais, materiais e intelectuais que garantem o exercício efetivo desse direito.

O sigilo fiscal pode ser entendido como a proteção constitucional das informações prestadas pelos contribuintes ao Fisco, especialmente por meio das obrigações acessórias, contra a violação por terceiros ou para fins estranhos à fiscalização tributária. Assim, compete ao ente da Administração preservar e proteger aquelas informações fiscais recebidas contra terceiros não autorizados a acessá-las. Além disso, o sistema jurídico não autoriza o uso dos dados fiscais para uma finalidade diversa daquela relacionada à arrecadação e fiscalização tributária. É o que explica Luís Eduardo Schoueri¹¹: *se a autoridade administrativa teve uma informação em razão do seu ofício, é apenas no exercício deste que a informação pode ser utilizada.*

O sigilo fiscal não foi expressamente incluído no rol dos direitos e garantias fundamentais do contribuinte. Isso, todavia, não impede de classificá-lo como um direito integrante do estatuto do contribuinte. Na verdade, *o direito ao segredo dos dados fiscais decorre de um desdobramento necessário do direito fundamental à privacidade e do sigilo das comunicações, previstos no art. 5º, X e XII da Constituição*¹². O art. 198 do Código Tributário Nacional¹³ destaca o dever de sigilo da administração tributária em face dos dados fiscais que armazena em razão do seu ofício. O Superior Tribunal de Justiça julgou nesse sentido: O sigilo fiscal se insere no direito à privacidade protegido constitucionalmente nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, cuja quebra configura restrição a uma liberdade pública, razão pela qual, para que se mostre legítima, se exige a demonstração ao Poder Judiciário da existência de fundados e excepcionais motivos que justifiquem a sua adoção¹⁴. A proteção do sigilo fiscal alcança aquelas informações sobre o contribuinte que já se encontram em poder da administração fazendária.

Nas ponderações de Sundefeld¹⁵, “como a administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever de absoluta transparência”. Com efeito, após destacar que todo o poder emana do povo e em

⁹ Idem. Ibidem.

¹⁰ JARDIM, J.M. *O acesso à informação arquivística no Brasil: problemas de acessibilidade e disseminação*. In: MESA REDONDA NACIONAL DE ARQUIVOS, Rio de Janeiro, 1999.

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 815.

¹² MACHADO, Edinilson Donizete; JANINI, Tiago Cappi. *O sigilo Fiscal e a lei de acesso à informação: possibilidades de acesso à informação administrativa fiscal* in *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 14, n. 2, jul./dez. 2015, p. 14.

¹³ A Lei Complementar 104/2001 alterou o art. 198 do Código Tributário Nacional criando uma nova hipótese de quebra do sigilo fiscal: mediante solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

¹⁴ HC 160.646/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 01.09.2011.

¹⁵ SUNDEFELD, Carlos Ari. *O princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, visita e intimação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan./mar. 1995, p. 95.

seu nome é exercido (CF/88, Artigo 1º, d1º), destaca o autor: “é óbvio que o povo, titular do poder, tem o direito de conhecer tudo que concerne à administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”¹⁶. Não é admissível, portanto, o sigilo na atuação administrativa, a não ser para resguardar situações que dizem respeito à segurança da sociedade, do próprio Estado, como também para preservar a dignidade da pessoa humana¹⁷.

O artigo 37 da Constituição Federal destaca o princípio da publicidade ou transparência administrativa, de observância obrigatória a todos os Poderes, em todos os níveis, excetuando-se apenas situações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado (Artigo 5º, inciso XXXIII), inviolabilidade das decisões do júri (Artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”), ou mesmo hipóteses de defesa da intimidade ou interesse social justificadas em lei (Artigo 5º, inciso LX).

Se tais informações dizem respeito ao contribuinte, este poderá ter acesso a elas. O registro de dados deve ser entendido de maneira mais abrangente, envolvendo tudo que diga respeito ao interessado: (...) *Registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade.* (...) ¹⁸

Atualmente, com a evolução do Estado Democrático de Direito, não tem mais cabimento um modelo burocrático de relação entre a Administração Pública e os particulares, seja caracterizado pela rigidez e pelo autoritarismo, com grande distanciamento entre essas partes, transmitindo a ideia de uma ampla supremacia do Poder Público. Ao invés, a Administração Pública deve agir com publicidade, ampla transparência, aproximando-se dos cidadãos, inclusive com elementos que permitam cada vez mais a sua participação na gestão da coisa pública¹⁹. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ enfatiza que não há Estado Democrático de Direito com o “ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

No RE 673.707/MG o Ministro Marco Aurélio ao comentar a negativa da Receita Federal em fornecer as informações solicitadas pelo contribuinte em questão, destacou em seu voto que *é mola mestra, na Administração Pública, não o mistério, mas a publicidade*. E salientou: *Qual é a razão de ser desse cadastro, ou seja, o cadastro revelado pelo Sistema de Conta Corrente de Pessoa Jurídica – e nada surge sem uma justificativa, uma justificativa ao menos socialmente aceitável?* A razão de ser está em acumular dados alusivos a pessoas jurídicas não de direito público, mas de direito privado, pontua o Ministro.

Poderia se discutir se o acesso pelo contribuinte dessas informações fiscais requeridas estaria ofendendo o direito fundamental ao sigilo fiscal. Entendemos que não, porque esse direito fundamental protege o acesso de terceiros às informações fiscais ou sua obtenção para fins estranhos à fiscalização tributária. No caso em tela, o contribuinte estaria acessando as suas próprias informações fiscais, não de terceiros ou sigilosas.

¹⁶ Ibidem, p. 95.

¹⁷ ZAMPIERI, Marcelo Carlos. *Processo Administrativo Tributário: Um Enfoque sobre a possibilidade de quebra do Sigilo Bancário*. VIDYA 39, disponível em <<https://www.periodicos.unifra.br/index.php/VIDYA/article/view/444>>, acesso em 08.jul.2017.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição*. Saraiva, 1ª ed., 2013, p. 487.

¹⁹ MACHADO, Edinilson Donizete; JANINI, Tiago Cappi. *O sigilo Fiscal e a lei de acesso à informação: possibilidades de acesso à informação administrativa fiscal in Prisma Jur.*, São Paulo, v. 14, n. 2, jul./dez. 2015, p. 12.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 117.

3. O instituto do *habeas data*:

O *habeas data* é um instituto jurídico de proteção constitucional para acessar informações dos dados dos impetrantes (no caso dos contribuintes ao Fisco), assegurado pelos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal (art. 5º):

Art. 5º -

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Nessa linha tem-se a posição do Supremo Tribunal Federal, tratando da natureza jurídica do *habeas data*:

O 'habeas data' configura remédio jurídico-processual,²¹ de natureza constitucional, que se destina a garantir em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: a) direito de acesso aos registros existentes; b) direito de retificação dos registros errôneos e c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.

O *habeas data* como uma das espécies de remédios constitucionais ocupa um papel de relevo na *teorética constitucional porque auspicia a garantia de direitos constitucionais, possibilitando sua concretização normativa*²². A doutrina assim dispõe sobre este remédio constitucional: "(...) O *habeas data* é considerado como um *writ*, uma garantia, um remédio constitucional à disposição dos cidadãos para que eles possam implementar direitos subjetivos que estão sendo obstaculizados, assegurando o liame entre a normatividade e a normalidade. (...)

²¹ STF, HD 75/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19-10-2006. *Veja Também a respeito do Habeas Data com as considerações obtidas em um Congresso em Buenos Aires: Considerando que la acción de hábeas data es una de las tres acciones procesales (acción de amparo, acción de hábeas data y acción de hábeas corpus) que consagra la Constitución Nacional. Que tiende a proteger la intimidad de las personas asegurada como inviolable en la propia Constitución Nacional (art.17). Se trata de proteger un ámbito de la vida de los seres humanos que les pertenece sólo a ellos, y al que los demás sólo pueden acceder si aquellos lo autorizan. (...) La acción resulta procedente con todos sus efectos. Que no deben operar restricciones que la acoten al derecho a solicitar la rectificación y/o actualización de los datos obrantes en poder de la administración fiscal. El *habeas data* debe ser una medida que garantice el acceso a las actuaciones por parte del contribuyente, en aras de articular la defensa de sus derechos (acciones administrativas y/o judiciales), que le permitan un conocimiento amplio acerca de la legitimidad de los actos dictados por el organismo recaudador (incorporación en la base Apoc.). 17º SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA CPCECABA, 9 al 11 de Septiembre de 2015. Buenos Aires, COMISIÓN Nº 1: "DERECHOS DEL CONTRIBUYENTE".*

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK. Lenio Luiz. *Comentários à Constituição*. Saraiva, 1ª ed., 2013, p. 487. Sua inspiração adveio da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, que previram instituto semelhante para resguardar o direito à informação e à transmissão de dados, adiantam os autores.

Sua inspiração adveio da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola de 1978, que previram instituto semelhante para resguardar o direito à informação e à transmissão de dados (...).²³

A regulamentação e disciplina do rito processual do *habeas data* se dá pela Lei nº 9.507 de 12 de novembro 1997. O parágrafo único do artigo 1º destaca que considera de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora depositária das informações. Estabelece a exigência de requerimento administrativo junto ao órgão detentor dos dados a que se busca conhecimento, regulando inclusive prazos e o acesso. A solicitação será deferida ou indeferida no prazo de quarenta e oito horas e a decisão será comunicada ao requerente em vinte e quatro horas. Em caso de recusa sobre as informações solicitadas, a Lei 9.507/97 prevê que será concedido *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público (artigo 7º, I). A lei do *habeas data* prevê a demonstração da pretensão resistida quando da impetração desta garantia, anexada à petição inicial (art. 8º).

Prevê o art. 7º da referida lei que:

Conceder-se-á *habeas data*:

I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

A Lei 12.527/2011²⁴ estabeleceu que os órgãos públicos devem observar a publicidade como preceito geral, **regulamentando o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Esta lei passou a dispor sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso às referidas informações, estando a ela subordinados os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo os Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e do Ministério Público bem como as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios**²⁵.

Destaca o artigo 5º da Lei em referência que:

É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Quem pode ter acesso às informações pessoais junto às administrações públicas que armazenam esses dados? Possuem legitimidade ativa para a impetração do *habeas data*, que se configura na pertinência subjetiva da ação, pessoas físicas e pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que preencham os requisitos exigidos, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais. Aos contribuintes foi assegurado o direito de conhecer as informações

²³ Ibidem, pág. 487.

²⁴ Regulamentada pelo **Decreto nº. 7.724/2012**.

²⁵ Igualmente, as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato e gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público. Com isso, pode ser observado que estas informações não são de uso privativo da Receita Federal ou de outros órgãos, mas dizem respeito ao próprio contribuinte.

Assim, as informações administrativas devem se adequar aos princípios da publicidade, transparência e eficiência, privacidade, segurança nacional entre outros.

O Supremo Tribunal Federal privilegiou o direito à informação, ao decidir pela procedência da ação para declarar inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias na ADI Nº 4.815, como se vê de trecho do voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia: *O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão. Coarctar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões. O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende, pois, a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos, formulações, sendo todos e cada um responsável pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem.*

E também o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

... que o habeas data configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu triplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. (RHD 22, Rel.: Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/1991).

E quais informações que constam nos dados da Receita Federal podem ser divulgadas? Assim, entendemos que as informações sigilosas devem ser preservadas, as informações de interesse coletivo devem ser divulgadas, considerando o princípio da transparência (art. 37 da Constituição Federal) e as informações de caráter privado, devem ser franqueadas apenas para os interessados, no caso para os contribuintes.

4. O Recurso Extraordinário 673.707/MG

O Ministro Luiz Fux, relator do RE 673.707/MG reconheceu a Repercussão Geral (Tema 582 do STF). O Ministro destacou em sua decisão que o tema *é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, ultrapassando os interesses subjetivos da causa, uma vez que alcança uma quantidade significativa de impetrações de habeas data, com o fim de acesso aos dados constantes no SINCOR.*

Assim decidiu por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar Recurso Extraordinário impetrado (*habeas data*) para ter acesso às informações referentes a pagamentos efetuados junto à Receita Federal, seguindo o voto do Relator, com destaque para a tese firmada: *O habeas data é a garantia constitucional adequada para a obtenção dos dados concernentes ao pagamento de tributos do próprio contribuinte constantes dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.*

O desdobramento dessa tese será discutido a seguir, considerando a defesa da Fazenda, os argumentos do contribuinte bem como os pontos relevantes destacados nos Memoriais apresentados pela OAB.

4.1. Considerações sobre a defesa do Fisco:

Os fundamentos apontados pela Fazenda Nacional no referido Recurso Extraordinário que impossibilitaram a divulgação das informações requeridas pelo contribuinte foram: a) o SINCOR não pode ser considerado um banco de dados de caráter público, pois se trata de sistema informatizado de controle interno do órgão; b) os chamados pagamentos “não alocados (disponíveis ou não vinculados)” requeridos pelo contribuinte são, na verdade dinâmicos, efêmeros e temporários, destituídos de caráter definitivo por conta de falta de análise e depuração por Auditor-Fiscal; 3) a inutilidade dessas informações como prova de eventual pagamento indevido, a ser utilizada no âmbito de uma ação de repetição de indébito em face de seu caráter provisório; 4) a desnecessidade do *habeas data* para a obtenção das informações acerca dos seus débitos tributários e pagamentos realizados, posto que deveria tê-los em sua contabilidade; 5) o risco para a ordem administrativa decorrente do efeito multiplicador de eventual precedente no sentido do cabimento do *habeas data* na hipótese.

Todos esses fundamentos foram rebatidos pelo Ministro Relator, principalmente o argumento da União no sentido de que existiria falta de interesse de agir, já que as informações solicitadas pela impetrante são as mesmas já repassadas pelo recorrente ao Fisco. Tal argumento não se sustenta, pontificou o Relator.

4.2. O objeto e a defesa do contribuinte:

Os contribuintes apresentaram, entre outros, os seguintes argumentos: Tendo em vista que na Receita existem informações armazenadas sobre a situação fiscal do contribuinte, créditos e pagamentos efetuados a maior, os contribuintes pretendiam conhecer anotações constantes nos arquivos da Receita Federal com relação a todos os débitos de qualquer natureza contidas no Sistema SINCOR ou de qualquer outro onde estivessem registrados. De igual modo, pretendiam conhecer a relação de todos os pagamentos efetuados para a liquidação de débitos através de vinculação automática ou manual. E ainda, conhecer todos os pagamentos sem correlação a débitos existentes, disponíveis no banco de dados do órgão público em questão. Com isso, a empresa pretendia averiguar a existência de pagamentos feitos em duplicidade para quitação de impostos e contribuições federais controlados por aquele órgão e utilizar eventuais créditos na compensação de débitos.

Não há, no caso, a hipótese de sigilo de informações, única exceção legal capaz de impedir o conhecimento das informações. Assim, tais informações pretendidas não são de uso privativo da Receita Federal. Em vista disto, as informações têm caráter público, e se negadas ao contribuinte, o *habeas data* seria o instrumento próprio para solicitar informações.²⁶

As informações fiscais dos contribuintes de posse do Fisco não podem ser disponibilizadas para terceiros, exceto mediante autorização judicial ou por solicitação de autoridade administrativa no interesse da administração pública, nos termos do art. 198 do CTN. No caso em questão, o contribuinte é o titular dos dados fiscais e a ele dizem respeito. Se, são dados do contribuinte, pode-se afirmar que o mesmo poderá ter acesso aos respectivos dados. Não há que se falar, neste caso, em quebra sigilo o atendimento da solicitação do contribuinte. Poderia se discutir se esse acesso pelo contribuinte, dessas informações fiscais estaria ofendendo o direito fundamental ao sigilo fiscal? Não estaria, pois esse direito fundamental protege o acesso de terceiros às informações fiscais ou sua obtenção para fins estranhos à fiscalização tributária. Nesse caso, o contribuinte estaria acessando as suas próprias informações.

²⁶ O impetrante não precisa justificar a razão pela qual pleiteia informações, visto que a ação tem por finalidade trazer ao conhecimento do requerente, informações relativas a si mesmo. Assim, não há que se falar em utilização indevida dos dados, pois os dados são sobre os solicitantes. NASRALLAH, Amal. *Informações Fiscais e Habeas Data*. nov/2012.

Poderia, ademais, sustentar o *caráter inquisitório da fiscalização tributária como argumento para se obstar que o contribuinte tenha acesso às informações fiscais. Porém, tal caráter deve ser interpretado em conjunto com os direitos fundamentais, principalmente com o princípio da cientificação, que assegura ao particular o direito de ser notificado sempre que houver alguma atividade administrativa acerca de sua esfera de interesse.*²⁷ Tal direito ao acesso às informações do contribuinte, está garantido pelo Estado Democrático de Direito na Constituição Federal²⁸.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríptico aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros. Trata-se, portanto, de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem²⁹.

4.3. Destaques da OAB no Recurso Extraordinário:

A Ordem dos Advogados do Brasil - OAB participou do caso como *amicus curiae* no RE 763.707/2015. No memorial, a entidade afirmou que a Receita Federal violou o direito constitucional das pessoas terem acesso aos dados³⁰ de seus interesses ao disponibilizar apenas informações relativas a débitos tributários, mas não os eventuais créditos ou pagamentos feitos que não estejam alocados a débitos, destacando:

Com efeito, é notório que diversos pagamentos efetuados pelos contribuintes ficam sem vinculação a um débito específico. É dizer: muito embora tenha havido o pagamento de um tributo, o mesmo não é processado no sistema, constando o débito em aberto *ad aeternum*, inclusive servindo de motivo para que seja negada a indispensável certidão negativa para os contribuintes.

A OAB observou que a demora da Receita Federal em fazer a consolidação de pagamentos realizados nos programas de parcelamentos (REFIS e

²⁷ MACHADO, Ednilson Donizete; JANINI, Tiago Cappi. *O sigilo Fiscal e a lei de acesso à informação: possibilidades de acesso à informação administrativa fiscal* in *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 9-31, jul./dez. 2015, p. 25.

²⁸ De igual modo ocorre no Equador, conforme o artigo 94 da Constituição do país, qualquer pessoa tem direito ao acesso das informações que a ela se referem, canalizadas pelo princípio da publicidade da informação, incluindo a Lei Orgânica de Transparência e acesso à Informação Pública. Neste sentido o *habeas data* *garantiza la posibilidad de acceder a la información y exigir su correcta utilización, pudiendo solicitar su corrección en caso de inexactitudes e incluso la supresión de ciertos datos, conforme a la normativa vigente*. La Administración Tributaria, está obligada a cumplir con esta garantía de acceso a la información que posee sobre los contribuyentes, pudiendo, estos, exigir conocer cuál es la información que se tiene sobre él, que tipo de uso se hace de la misma, vigilar por su corrección y saber en que medida sirvió de fundamento para la actuación administrativa. CARBALLO, Daniel A. López. *Habeas Data en el derecho tributario ecuatoriano*, in El Observatorio, 2013.

²⁹ RHD 22, Rel.: Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/1991.

³⁰ A conduta perpetrada pela Receita Federal do Brasil, ademais, viola diretamente direitos fundamentais garantidos no art. 5º, XXXIII, XXXIV e LXXII da Constituição da República, os quais determinam que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, podendo valer-se do *habeas data* para assegurar o conhecimento de tais informações. Estas são algumas das justificativas apresentadas no Memorial pela OAB.

suas reaberturas, PAES, PAEX etc.) é outro grave exemplo que prejudica o contribuinte. Isto porque, na medida em que, enquanto não há consolidação, o contribuinte necessita com frequência da via judicial para obter sua Certidão Negativa de Débitos, sobrecarregando o Poder Judiciário, independente de ter cumprido todos os requisitos da legislação tributária.

A Receita Federal apenas disponibiliza, para consulta eletrônica, informações a respeito de débitos, não dando acesso a eventuais créditos e/ou pagamentos efetuados que não estejam alocados a débitos, manifestou a OAB.

O contribuinte, pessoa física ou jurídica, pode se utilizar do instituto do *habeas data* para ter conhecimento de sua situação tributária junto a Fazenda Pública. Havendo requerimento administrativo neste sentido sem resposta tempestiva ou com recusa expressa é cabível o *habeas data*, como ficou pontuado na tese do Recurso Extraordinário em análise.

Portanto, não é dado ao Poder Público *recusar a informação, nem sob a alegação de que se trataria de informação sigilosa, nem porque se trataria de informação de uso interno, nem muito menos porque a informação enfrentaria dificuldades operacionais para ser fornecida*. A garantia constitucional não é relativa nem limitada, inadmitindo restrições, destaca Janczeski³¹.

A Súmula n. 02, do STJ caminha no mesmo sentido, ao dispor que "não cabe o *habeas data* (Constituição Federal, art. 5º, LXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa". Não havendo expressa manifestação da autoridade, *a juntada com a peça exordial de cópia do requerimento administrativo basta para cumprir com a exigência legal. O impetrante não está obrigado a expor os motivos relativos ao fim e às razões do pedido, nem a demonstrar que tais motivos estejam pautados no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade*.³²

Por fim, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 582 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a tese de que o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais.

5. Outras considerações após a decisão do RE 673.707/MG:

Conforme destacado anteriormente, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 673.703/MG em 2015, que decidiu que o *habeas data* é a garantia constitucional própria para obtenção dos dados dos contribuintes, referentes aos pagamentos de tributos dos sistemas de controle da arrecadação da Fazenda e de órgãos que armazenam essas informações, algumas dúvidas ainda persistem. Pela análise de algumas jurisprudências é possível verificar que restam esclarecer quanto à necessidade ou não do contribuinte ter que requerer as informações sobre os seus dados bem como do esgotamento das vias administrativas para interpor a ação do *habeas data*.

Ao comentar sobre o respectivo instituto, Pereira destaca que:

³¹ JANCZESKI, Célio Armando. *Habeas Data em Matéria Tributária*. Publicado em 03/03/2006.

³² Ibidem. O contribuinte, pessoa física ou jurídica, pode se utilizar do *habeas data* para ter conhecimento de sua situação tributária junto a Fazenda Pública. Havendo pleito administrativo neste sentido sem resposta tempestiva ou com recusa expressa, cabível o remédio constitucional, eis que não é dado ao Poder Público recusar a informação, nem sob a alegação de que se trataria de informação sigilosa, nem porque se trataria de informação de uso interno, nem muito menos porque a informação enfrentaria dificuldades operacionais para ser fornecida. A garantia constitucional não é relativa nem limitada, inadmitindo restrições. A utilidade prática do writ se dá especialmente quando o contribuinte necessita das informações a seu respeito, constantes dos registros da Fazenda Pública, para aforar medidas judiciais, como p.ex. pagamentos feitos em duplicidade ou que objetivem sanar irregularidades decorrentes de pagamentos realizados.

... a jurisprudência é pacífica em autorizar o ingresso de ações judiciais sem passagem pela via administrativa nas ações em geral, no caso de *habeas data*, contudo, o entendimento continua unânime, mas em sentido totalmente contrário: tanto o STJ quanto o Supremo são uniformes em decidir que somente se concede ordem de *habeas data* se houver negativa do Poder Público em fornecer as informações solicitadas pelo cidadão³³.

Os Tribunais se posicionaram, sobre a possibilidade ou não, do contribuinte em ingressar em juízo diretamente, sem a negativa prévia da administração pública. Para o Supremo Tribunal Federal:

Esse posicionamento já se mostra consolidado desde a vigência da Constituição anterior, no entanto, com o aumento crescente de demandas judiciais em face de órgãos públicos sem, todavia, prévia manifestação do Poder Executivo, o próprio Judiciário começa a rediscutir a jurisprudência. Ainda em fase embrionária, é verdade, mas evidencia a intenção de fazer nova leitura sobre a matéria, tanto que houve reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário cujo objeto é exatamente analisar se é necessário efetuar requerimento administrativo prévio antes do ajuizamento de demanda judicial³⁴. (RE 631240 RG/MG, relator: Ministro Joaquim Barbosa)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região analisou em 2016 o acesso do contribuinte na base de dados da Receita Federal via *habeas data*³⁵. Trata-se de *habeas data* impetrado por uma empresa em face de Delegado da Receita Federal em Santa Catarina, com o objetivo do fornecimento de demonstrativos das anotações constantes dos sistemas de conta corrente de pessoa jurídica (SINCOR e CONTACORPJ), utilizados pela Secretaria da Receita Federal, além do apontamento de eventuais créditos possíveis de recolhimento feitos a mais ou indevidos, ocorridos entre 2009 e 2015.

Inconformada, a União apelou da decisão favorável ao contribuinte. Em suas razões, *preliminarmente, defendeu a inépcia da inicial por falta de documento indispensável à propositura da ação, porquanto não comprovado o esgotamento da via administrativa, a teor da exigência contida no art. 8º, § único da Lei 9.507/97 e Súmula 2 do STJ*³⁶ (grifamos). No mérito, sustenta a ausência de caráter público dos bancos de dados da Receita Federal destinados a uso privativo do órgão. A impetrante, por sua vez, aduz que o relatório anexado não contém a coluna "valor disponível", sendo estranho ao pedido inaugural. Afirma que deve ficar clara a obrigação da apelada de fornecer os dados relativos a eventuais créditos.³⁷

³³ PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. *Ingresso em Juízo e Prévia Postulação Administrativa: Releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida Solução de Controvérsias*, in Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul./Dez. 2013, p. 146.

³⁴ Idem, ibidem, p. 147. Destaca ainda o autor que atualmente o valor social é outro: mais importante que abrir as portas do Judiciário é garantir efetividade e rapidez às decisões judiciais. A sociedade não clama pelo direito de agir, e sim pela rápida e eficiente solução de litígios. Do contrário, garantir-se-ia a porta de entrada sem fornecer ao cidadão a possibilidade e pelo menos enxergar a porta de saída. Op. cit. p. 150.

³⁵ APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 500450585.2015.4.04.7206/SC.

³⁶ . A Súmula n. 02, do STJ dispõe que "não cabe o *habeas data* (CF, art. 5º, LXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa".

³⁷ Idem. Relator Des. Federal Fernando Quadros da Silva em 30.03.2016, após a decisão do STF no Tema 582 - RE 673.707/MG 2015.

Foi verificada a negativa do pedido solicitado pelo contribuinte junto à Receita Federal. Assim entendeu o Relator, rejeitando a preliminar. No mérito, foram destacadas diversas decisões do Tribunal Regional Federal da 4^a Região e principalmente o Recurso Extraordinário RE 673.707/MG, sendo negado provimento às apelações.

Entendeu, portanto, o Tribunal que havendo a negativa do Delegado, não teria necessidade de outras negativas da instância administrativa, conforme voto do Relator.

Portanto, tratando-se de tese definitivamente julgada pelo STF, a questão não merece maiores digressões, afirmou o Relator. No que se refere ao apelo da impetrante, consoante constou da origem, *não cabe à Receita Federal a apuração de eventual crédito em favor do contribuinte, razão porque o feito foi julgado parcialmente procedente apenas para garantir o acesso à informação constante dos sistemas SINCOR e CONTACORPJ ou ainda de quaisquer outros sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil que contenham registros de pagamentos de tributos*³⁸.

Por fim, considerando os mais recentes precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do *prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados, e a fim de evitar que, eventualmente, não sejam admitidos os recursos dirigidos às instâncias superiores, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pelas partes*, destacou o Relator.³⁹

O professor Celso Bastos⁴⁰ afirma que a exigência do prévio esgotamento da via administrativa, como condição indispensável para que se impetre o *habeas data*, é insustentável, pois a intenção do constituinte é proporcionar ao indivíduo meio rápido e eficaz de se ter acesso a esses dados. Pode-se observar que a Constituição Federal não estabeleceu limites para a interposição da ação de *habeas data*.

Há autores que entendem que não é necessário impetrar dois *habeas data* para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação, sob pena de retrocesso da conquista dos direitos, ou seja, um só processo poderia possibilitar que o impetrante tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação. Neste sentido é a doutrina de José Afonso da Silva⁴¹ quando ensina que "o processo do *habeas data* pode desenvolver-se em duas fases. Na primeira, o juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipule; juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada tiver a retificar, di-lo-á e se arquivará o processo. Se tiver retificação a fazer, dirá quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial, e então o juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório".

Por outro lado, deve ser considerado que a Fazenda Pública só é obrigada a guardar documentos relativos a tributos pagos de forma indevida ou não, pelo prazo prescricional (05 anos), mediante a aplicação do parágrafo único do artigo 195 do Código Tributário Nacional.

Na ação de *habeas data*⁴² impetrada na 2^a Vara Federal de Recife, ficou evidenciado na decisão:

³⁸ A existência de relatório que contenha coluna "valor disponível" e a compatibilidade ou não do extrato anexado ao Evento 27 com aqueles constantes dos sistemas indicados deverá ser examinada quando do retorno dos autos à origem. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5004505-85.2015.4.04.7206/SC

³⁹ APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5004505-85.2015.4.04.7206/SC.

⁴⁰ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 88.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15^a. Edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998, p. 455.

⁴² Processo nº 0805473-25.2016.4.05.8300, 2^a Vara Federal em Recife, Relator Francisco

... se é para exame da existência de eventual crédito da Contribuinte decorrente de eventual pagamento indevido, como vimos, o prazo é de cinco anos para a Contribuinte, bem como para a Fazenda Pública, quanto à guarda de documentos e informações eletrônicas. A Impetrante pede informações retroativas ao ano de 1993, mas fez o pleito administrativo em 05.07.2016, conforme atesta documento que juntou ...

Considerando o período prescricional, ficou determinado no caso em tela, que a autoridade fiscal está obrigada a apresentar informações para os fins indicados na petição inicial, de fatos ainda não abrangidos pelo prazo prescricional de cinco anos⁴³.

Assim, ao determinar que a autoridade fiscal forneça as informações constantes do Sistema de Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - SINCOR e do sistema Conta-Corrente de Pessoa Jurídica - CONTACORPJ, retroativamente ao período não prescrito, houve destaque também sobre o perigo da demora, considerando se há crédito a receber, decorrente de pagamento indevido de tributo, certamente a empresa, necessita dos respectivos valores que representam capital de giro, muito importante nesta época de crise econômico-financeira, pontuou o Relator⁴⁴.

6. Conclusões:

Conforme decidido no RE 653.707/MG, as informações constantes do SINCOR, do CONTACORPJ, bem como de quaisquer dados dos sistemas informatizados de apoio à arrecadação fazendária, no que tange aos pagamentos de tributos, não envolvem a hipótese de sigilo legal ou constitucional, posto que requerida pelo próprio contribuinte, sobre dados próprios.

O acesso pelo contribuinte das informações fiscais requeridas não ofende o direito fundamental ao sigilo fiscal, porque esse direito fundamental protege o acesso de terceiros às informações fiscais ou sua obtenção para fins estranhos à fiscalização tributária. No caso em tela, o contribuinte estaria acessando as suas próprias informações fiscais, não de terceiros ou sigilosas.

As informações fiscais sigilosas relativas ao próprio contribuinte devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da legislação e da Constituição Federal, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. É o que ponderou o Ministro Relator Luiz Fux: "8. As informações fiscais conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei ou da constituição, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não se aplica no caso *sub examine*, *verbis*: Art. 5º....XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Ressaltamos que possuem legitimidade para a impetração do *habeas data*, pessoas físicas e pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, desde que preencham os requisitos exigidos, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais. Aos contribuintes foi assegurado o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter

Alves dos Santos Junior, em 20.07.2016.

⁴³ Pelo princípio da utilidade, não teria sentido a Impetrante ter informações sobre eventuais créditos referentes a períodos já prescritos.

⁴⁴ Processo nº 0805473-25.2016.4.05.8300, 2ª Vara Federal em Recife, Relator Francisco Alves dos Santos Junior, em 20.07.2016.

público, em especial, a recuperação de tributos pagos, dentre outras. Com isso, pode ser observado que estas informações não são de uso privativo do órgão que armazena as informações, no caso da Receita Federal, pois dizem respeito ao próprio contribuinte. Se o contribuinte possuir créditos tributários, quer seja por falta de adequada alocação por parte da Receita Federal, estes deverão ser revelados aos contribuintes.

Será gratuito o procedimento administrativo para acesso às informações, retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de ***habeas data***.

Embora o Supremo Tribunal tenha dado provimento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator no RE 673.707/MG em 2015, apreciando o tema 582 da repercussão geral, assentando a tese de que o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento dos tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais, observamos que alguns questionamentos ainda restaram pendentes. Um deles é saber se há necessidade de recorrer até as instâncias finais administrativas, antes de ingressar com a ação do *habeas data*. Verificamos que basta uma negativa ou a falta de resposta ao pedido nos termos da legislação, para a postulação em juízo, até porque a Constituição Federal não estabelece limites.

De igual modo, merece destaque a questão prescricional. Entendemos que a Receita Federal deverá armazenar os dados relativos aos tributos pagos de forma indevida ou não, pelo prazo prescricional (05 anos), mediante a aplicação do parágrafo único do artigo 195 do Código Tributário Nacional. Então, terá a obrigação de fornecer os dados para o contribuinte, considerando também o período prescricional.

7. Referências Bibliográficas:

- ALVIM, J. E. C. *Habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição*. Saraiva, 1^a ed., 2013.
- CARBALLO, Daniel A. López. *Habeas Data en el derecho tributario ecuatoriano*, in El Observatorio, 2013. <http://oiprodat.com/2013/02/06/el-habeas-data-en-el-derecho-tributario-ecuatoriano>
- JANCZESKI, Célio Armando. *Habeas Data em Matéria Tributária*. In Publicado em 03/03/2006. <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/2zbz/ha-beas-data-em-materia-tributaria-celio-armando-janczeski>
- JARDIM, José Maria. *O acesso à informação arquivística no Brasil: problemas de acessibilidade e disseminação*. In: MESA REDONDA NACIONAL DE ARQUIVOS, Rio de Janeiro, 1999. Acesso em 14.07.17: <<https://arquivoememoria.files.wordpress.com/2009/05/informacao-arquivistica-no-brasil.pdf>>
- MACHADO, Edinilson Donizete; JANINI, Tiago Cappi. *O sigilo Fiscal e a lei de acesso à informação: possibilidades de acesso à informação administrativa fiscal* in *Prisma Jur.*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 9-31, jul./dez. 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- NASRALLAH, Amal. *Informações Fiscais e Habeas Data*. nov/2012 <http://blogdireitotributario.blogspot.com.br/2012/11/informacoes-fiscais-e-habeas-data.html>.
- PEREIRA, Jonas Patrezy Camargos. *Ingresso em Juízo e Prévia Postulação Administrativa: Releitura constitucional como meio de assegurar uma rápida*

- Solução de Controvérsias*, in Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul./Dez. 2013.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Sigilo Fiscal, Alienação e deformidades da legalidade: em defesa do fim dos julgamentos públicos secretos*, in O Direito Tributário – entre a forma e o conteúdo, IBET/Noeses, São Paulo, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª. Edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *O princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, visita e intimação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jan./mar. 1995.
- ZAMPIERI, Marcelo Carlos. *Processo Administrativo Tributário: Um Enfoque sobre a possibilidade de quebra do Sigilo Bancário*. VIDYA 39, disponível em <<https://www.periodicos.unifra.br/index.php/VIDYA/article/view/444>>.

Impactos socioeconômicos das TIC e da sociedade informacional nas relações de trabalho

Socioeconomic impacts of ICT and informational society in work relations

Vinicius de Assis¹

Cinthia Obladen de Almendra Freitas²

Antônio Carlos Efig³

Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

SUMÁRIO: Introdução. 2. Tecnologias de informação e comunicação (TIC), sociedade informacional e revolução técnico-científica. 3. A evolução tecnológica e seus reflexos na sociedade e nas relações de emprego. 3.1 Breve histórico da evolução tecnológica. 3.2 Os reflexos nas relações de trabalho. 4. Comprometimento da empregabilidade e do desenvolvimento por implemento de políticas neoliberais e das tecnologias da informação e comunicação. 4.1 Reflexos e efeitos concretos na legislação trabalhista decorrentes das TIC e da sociedade informacional. 5. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O artigo descreve os principais aspectos envolvidos aos modelos de sociedades informacional e tecnológica, suas características sócio-históricas e fatores que favoreceram para suas formações. Apresenta um breve histórico da evolução dos meios tecnológicos, a partir do ponto de vista da informação, nos séculos XX e XXI. Discute como tais características e fatores refletem diretamente no tecido social, nas relações trabalhistas, de modo a evidenciar alterações em seus aspectos tradicionais, desencadeando uma revolução técnico-científica a partir das tecnologias da informação e comunicação. Por fim, analisa os efeitos socioeconômicos da expansão global da racionalidade neoliberal, justificadora do capitalismo e da revolução tecnológica, por reformabilidade de direitos sociais de trabalhadores com o comprometimento da empregabilidade e desenvolvimento social.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedades Tecnológica e Informacional; Impactos trabalhistas; Desenvolvimento; Empregabilidade.

ABSTRACT: The paper describes the main aspects involved in the models of informational and technological societies, their socio-historical characteristics and factors that favored their formations. It presents a brief history of the evolution of technological means, from the point of view of information, in the 20th and 21st centuries. It discusses how these characteristics and factors reflect directly in the social relations, in labor relations, in order to show changes in their traditional aspects, triggering a technical-scientific revolution from the information and

¹ Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho no Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas do Estado de Rondônia (Fapero). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Advogado. email: vinicius_assis26@hotmail.com

² Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professora Titular da PUCPR na Escola de Direito. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da mesma instituição. email: cinthia@ppgia.pucpr.br

³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor Titular da PUCPR na Escola de Direito. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da mesma instituição. Advogado. email: ace@eradv.com.br

communication technologies. Finally, it analyzes the socioeconomic effects of the global expansion of neoliberal rationality, justifying capitalism and the technological revolution, by the reformability of social rights of workers with the commitment of employability and social development.

KEYWORDS: Societies Technological and Informational; Labor impacts; Development; Employability.

INTRODUÇÃO

Na pós-modernidade, as mudanças no tecido social possuem íntima ligação com as implementações das inovações tecnológicas, de comunicação e os ajustes econômicos, da qual o novo mundo abarca para se criar, desenvolver e manter no cenário desenvolvimentista econômico.

Esse movimento de expansão das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e os efeitos da sociedade informacional evidenciam, basicamente, transformações nas organizações das empresas, nos métodos de produção, na política financeira dos governos, no comércio nacional e internacional e nas relações de trabalho, dentro do sistema capitalista ultravalorizado.

As relações de trabalho estão diretamente ligadas às transformações advindas das TICs, oriundas do capitalismo e da globalização, cujos programas, políticas e ideologias são fundados em um modelo neoliberal, com vistas à liberalização do mercado e à desregulamentação do trabalho e do capital, por meio da flexibilização de direitos sociais.

Nesse sentido, indaga-se: quais os reflexos socioeconômicos da tecnologia e da informação nas relações de trabalho, dentro de uma perspectiva de ajuste neoliberal? De que forma o Estado tem de se comportar perante essas alterações sociais, para não comprometer o desenvolvimento social e a empregabilidade?

O artigo tem por base a proposição de que os impactos socioeconômicos da era das novas tecnologias deterioraram as relações de trabalho por sua precarização e comprometem a empregabilidade e o desenvolvimento nacional, em razão dos efeitos socioeconômicos da expansão global da racionalidade neoliberal, justificadora do capitalismo financeiro, por reformas de direitos sociais, causando evidente retrocesso social.

A partir dessas considerações, o artigo tem por escopo apresentar, resumidamente, por meio de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e análise de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do ano de 2015 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica, por meio de método histórico e comparativo do processo de reconfiguração social advindos das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e da sociedade informacional.

2 TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC), SOCIEDADE INFORMACIONAL E REVOLUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

A tecnologia evidencia-se na atualidade como um dos primordiais fatores que influenciam diretamente a sociedade, podendo ser vista como fonte de progresso e desenvolvimento, tanto social quanto econômico, a qual, todavia, acaba por resultar em aspectos positivos, outrora negativos, o que requer análise cautelosa acerca do assunto.

As mudanças e inovações sociais ocorridas ao longo do tempo disparam em uma crescente influência dos recursos tecnológicos e o avanço das TIC no contexto social, trazendo, ainda, exponenciais transmutações para a economia global e seu desenvolvimento.⁴

⁴ PEREIRA, Danilo Moura; SILVA, Gislane Santos. As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) como aliadas para o desenvolvimento. *Cadernos de Ciências Sociais*

Conceitos como velocidade, acessibilidade, mobilidade, distância e sociabilidade verificam-se em constante transformação⁵, refletindo, dessa forma, em uma típica quebra de paradigmas com marco inicial na Revolução Industrial, a qual provocou avanços no que tange os conhecimentos tecnológicos e, consequentemente, alterações na estrutura social.

Nesse sentido, a partir do século XVII, a humanidade veio a acumular maiores conhecimentos e acelerou ainda mais o processo de transformação social, desencadeando uma verdadeira revolução tecnológica, a qual recebe também outras denominações: Manuel Castells a denominou “Revolução das Novas Tecnologias da Informação”; Nicholas Negroponte chamou-a de “Revolução Digital”; Jean Lojkin, de “Revolução Informacional”; e Jeremy Rifkin a dispôs como a “Era do Acesso”.⁶

Vive-se o paradigma denominado *everyware* descrito por Greenfield⁷, ou seja, tudo é acessível a partir de qualquer lugar e em qualquer tempo, sendo que a tecnologia é móvel e está embarcada e presente na vida de todos sem que isto seja percebido ou notado a cada momento. O termo acessível está sendo utilizado para a ação de conseguir o acesso aos dados, aos arquivos, aos relatórios, aos sistemas, por meio de um aparato tecnológico e digital.

As sociedades são múltiplas. Usufruem de vantagens advindas das TICs, mas necessitam enfrentar uma gama de problemas. Como sociedades inclusas na contemporaneidade estão: sociedade de consumo, sociedade tecnológica, sociedade de informação, sociedade informacional, sociedade de risco e sociedade sustentável. Estas sociedades apresentam preocupações no que diz respeito à segurança e privacidade das pessoas, dos dados pessoais e não pessoais (sensíveis ou não), assumem a sensação de vulnerabilidade dos consumidores, usuários e cidadãos que navegam na Internet fazendo compras, pagando contas e estabelecendo relacionamentos, ofertam serviços *online* e coletam volumes de dados nunca antes possível ou processável sem as TICs, estabelecem o ambiente digital e desafiam-se diante dos riscos do uso não responsável das TICs e da premência de sustentabilidade de um modelo econômico que seja ao mesmo tempo funcional e socioambiental. Tecnologias como a computação em nuvem, aplicativos para celulares e *smartphones*, comunicação instantânea (SMS – *Short Message Service*, *WhatsApp*, entre outros) e redes sociais fazem parte do dia a dia.

Diante disso, a Revolução Industrial é inequivocamente um dos mais relevantes fenômenos desenvolvidos ao longo do século XVIII. Seus desdobramentos na vida social e econômica floresceram ao longo do período compreendido entre 1780 e 1840, embora haja importantes processos desencadeadores da revolução anteriores a 1780. Para Hobsbawm, “A revolução industrial não foi um episódio com um princípio e um fim, ela continua a se desenvolver”.⁸

Aplicadas. Vitória da Conquista. n. 10. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/884/891>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁵ FREITAS, Cinthia O. A.; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos. Neuromarketing e as novas modalidades de comércio eletrônico (*m-st-f-commerce*) ante o Código de Defesa do Consumidor. *Derecho y Cambio Social*. v. 42, p. 1-22, 2015. p. 3.

⁶ ROTHGIESSER, Tanya Linda. Cidadania Digital: uma proposta de educação complementar para a inclusão digital e o combate às desigualdades sociais no Brasil contemporâneo – o caso CDI. Rio de Janeiro, agosto de 2010, p. 15. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16712/16712_1.PDF>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁷ GREENFIELD, Adam. *Everyware: The dawning age of ubiquitous computing*. AIGA: New Riders, 2006.

⁸ HOBBSAWM, Erick J. *A Era das Revoluções – 1789-1848*. 11ª ed., Paz e Terra, 1998. p. 39.

O rápido crescimento populacional e a constante migração do homem do campo para as grandes cidades acabaram por provocar um excesso de mão de obra massiva, que, de outro giro, proporcionou a acumulação de capital. Esse fato se deu, aliado ao avanço do desenvolvimento científico, com a invenção da máquina a vapor e de inúmeras outras inovações tecnológicas, marcando a insurgência do fenômeno da industrialização mundial.

Dessa forma, nos séculos XI e XII identifica-se a chamada “revolução técnica”, que apenas restou estável no século XV, momento em que se passa do reino da ferramenta para o reino da máquina. Então, gradativamente, inicia-se uma evolução tecnológica do trabalho, da instrumentação rumo à mecanização. Ocorreu o que denomina-se de desenvolvimento do maquinismo, dando origem à “revolução técnica”, marcada pelo automatismo mecânico substituindo o homem pela máquina (declínio do homem operacional).⁹

Logo, a constância do modo de produção inaugurado pela Revolução Industrial, bem como, a sua expansão ao redor do globo, deu o tom da nova ordem econômico-produtivista mundial que se firmara no século XX. Surge o sistema capitalista moderno e globalizado tal qual hoje se conhece.

Conjugam-se a isso os caracteres da globalização e transnacionalidade, repercutindo na aplicabilidade de políticas inerentes aos ideais neoliberais do modelo capitalista.

O movimento de expansão em questão impulsionou, conforme aponta Dreifuss¹⁰, a dinamização de processos de transformação transnacionalizante de mundialização de estilos, usos e costumes; globalização tecnológica, produtiva e comercial; e de planetarização da gestão.

Dessa feita, a globalização pode ser identificada como processo de natureza econômico-comercial, por intermédio da qual intensificaram-se os movimentos de comércio, economia e desenvolvimento tecnológico¹¹, revelando processo de internalização ou de criação de um mercado advindo do próprio capitalismo, “*um mundo moldado pelas novas tecnologias, pelas novas estruturas sociais, por uma nova economia e uma nova cultura*”.¹²

Globalização e desenvolvimento tecnológico, portanto, são conceitos indivisíveis, partes de um mesmo processo, sobretudo no que toca ao desenvolvimento, em específico das tecnologias comunicacionais e informacionais – responsáveis diretas pela novel concepção de tempo e espaço na dinâmica das relações humanas.

Já como causa reflexa, evidencia-se ainda a transnacionalização, tendo por escopo o sistema capitalista ultravalorizado, em referência à desterritorialização político-social, e articulando o movimento à margem das soberanias dos Estados¹³.

⁹ CARVALHO, Agenor Manoel de. O impacto da tecnologia no mercado de trabalho e as mudanças no ambiente de produção. *Revista Evidência*. Araxá, n. 6, p. 153-172, 2010. p. 160.

¹⁰ DREIFUSS, René Armand. A época das perplexidades. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 135.

¹¹ Ulrich Beck ainda referencia acerca dos termos Globalismo: “Designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política: trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo”; bem como Globalidade: “Que denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno especialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’ [...] a globalidade designa apenas a nova situação da segunda modernidade”. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 27-31.

¹² CAPRA, Fritjof. *Conexões Ocultas*. Ciência para uma vida sustentável (Trad. Marcelo Brandão Cipolla). São Paulo: Editora Cultrix, 2002. p. 141.

¹³ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *Direito e*

Com sua base material na revolução informacional, seus efeitos vêm a ser observados na organização das empresas, nos métodos de produção, nas relações de trabalho e na política financeira dos governos, no comércio nacional e internacional, nas finanças, na esfera política e em inúmeros aspectos da vida social¹⁴.

Assim, a gama de conhecimentos obtidos nesse período resultou em diversos aspectos que refletem hoje o modelo atual de sociedade, chamada, neste ponto, de sociedade tecnológica, visualizada sob o prisma da implementação de avanços que, por vezes, não acompanha o ritmo de adaptação social.

As transformações no sistema capitalista decorrem da, em muitas de suas facetas, revolução tecnológica, sobretudo, na informática e nas telecomunicações¹⁵.

Além disso, percebe-se por influência da própria revolução tecnológica, a propagação de informações e conhecimentos de modo constante e cada vez mais intenso, proposições que são resultantes das tecnologias da informação e comunicação que alteraram as percepções sociais, principalmente por meio da internet (“tecnologia mãe”), da qual, inclusive, para Castells marca o surgimento da “sociedade informacional”, caracterizada pela apreensão e transmissão de informações¹⁶.

Nessa conjuntura, afigura-se a era da informação, revelando a sociedade informacional, que desempenha papel estratégico na ascensão socioeconômica, e é, naturalmente, um dos elementos-chave da sociedade pós-moderna, fundadora de novas formas de se relacionar socialmente, profissionalmente, negocialmente e culturalmente.

Logo, a revolução tecnológica e a transformação social advinda com esta estão ligadas à apreensão e à transmissão de informações por toda a estrutura atual, demonstrando que o grau de desenvolvimento das sociedades, atualmente no modo de desenvolvimento informacional, tem no número de computadores por habitante um indicador fundamental.

Ampliam-se as oportunidades e o alcance das ações humanas. Novos espaços e novas formas de articulação são reforçados pela própria informação, fonte de poder na sociedade informacional.

Contudo, esses aspectos também funcionam, por vezes, como meio de segregação dos que não têm acesso a tais meios, promovendo a marginalização desses atores, e, por isso, submetendo-os àqueles que utilizam esses elementos como forma de dominação. Na sistemática do modelo de sociedade informacional, vê-se que a introdução das tecnologias disponíveis é utilizada para feitos positivos, bem como negativos.

Durante a década de 80, que sobrevieram relevantes mudanças, como a popularização dos microcomputadores (PCs ou *personal computers*), que promoveram um processo de descentralização e difusão da informática em contraponto a um passado em que a tecnologia informática restringia-se a grupos mais seletos. O que se devia em grande parte não apenas por conta da dificuldade

Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). 1. ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

¹⁴ GORENDER, Jacob. Globalização, tecnologia e relações de trabalho. *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, Estud. av. v.11, n. 29, Jan./Apr. 1997. p. 01. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000100017>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁵ Ibidem, p. 01.

¹⁶ ROTHGIESSER, Tanya Linda. *Cidadania Digital: uma proposta de educação complementar para a inclusão digital e o combate às desigualdades sociais no Brasil contemporâneo – o caso CDI*. Rio de Janeiro, agosto de 2010, p. 22. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16712/16712_1.PDF>. Acesso em: 19 dez. 2017.

de acesso a tais bens – em razão de seus elevados preços – mas, também, em virtude da dificuldade de ordem técnica em operá-los.

Diante disso, compreende-se a Revolução técnico-científica, alinhada à sociedade informacional, incidindo em um novo paradigma disseminatório de políticas informacionais difundidas das mais diversas formas, primordialmente, por intermédio da microeletrônica e do surgimento da internet.

Assim o que é particular ao modo informacional é a ação do conhecimento sobre os próprios conhecimentos, como uma espécie de círculo virtuoso de interação entre o conhecimento tecnológico e a aplicação da tecnologia, de modo a qualificar os conhecimentos apreendidos e o processamento da informação¹⁷. Castells aborda diferentes aspectos da nova sistemática sociotécnica por via das TIC, a saber: Macromudanças da microengenharia: eletrônica e informação; Criação da internet; Tecnologias de rede e difusão da computação.

Enfim, por meio das transformações sociais, econômicas, políticas e tecnológicas provenientes dos movimentos que corroboraram para tanto, em especial à tecnologia, são também revolucionadas a comunicação e a ciência, rompem-se fronteiras e cria-se uma sociedade tecnológica.

Portanto, perfaz-se, a partir disso, a configuração de um novo modelo de sociedade pautado na virtualidade, globalização, tecnologia e informação, que incidem diretamente nas relações trabalhistas, conforme discutido a seguir.

3 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE E NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Com o tempo houve um processo de amadurecimento tecnológico, principalmente nos meados dos anos 90, que impactou diretamente o processo do trabalho, introduzindo aspectos de forma de divisão técnica e social deste. Contudo, ressalta-se que não apenas as questões tecnológicas findam como única causa do procedimento encontrado nos locais de trabalho, mas é um reflexo de várias outras decisões, como de ambiente cultural, político e administrativo. Inicia-se com uma breve histórico da evolução tecnológica para poder-se alcançar as relações de trabalho na sociedade contemporânea que é informacional e tecnológica.

3.1 Breve histórico da evolução tecnológica

O recorte tecnológico pretendido por este estudo leva à análise da evolução dos meios tecnológicos, a partir do ponto de vista da informação, nos séculos XX e XXI. Até a década de 70 os meios de comunicação envolviam os correios, os telégrafos e o telefone fixo. A informação era transmitida por meio de cartas manuscritas, telegramas e voz. O paradigma exigia que o usuário estivesse fixo a um determinado local para então fazer uso da tecnologia e, por conseguinte, receber ou enviar dados e informações.

O desenvolvimento dos computadores iniciou-se muito antes da década de 70, tendo-se como marco a década de 30, quando em 1937 a IBM e a Marinha Americana desenvolveram o MARK I, o qual por aspecto de curiosidade, media 2,5 m de altura e 18 m de comprimento. Era considerado um computador eletromecânico.¹⁸ O primeiro computador eletrônico digital surgiu somente 1939, denominado de ABC, sendo o primeiro a usar válvulas para circuitos lógicos.¹⁹ Sucessivos estudos e desenvolvimentos permitiram a criação do ENIAC (1946), o UNIVAC I (1951), o IBM 701 (1953) e o IBM 650 (1954).²⁰

Deve-se ter em mente que a palavra 'informática' surgiu pela junção das palavras 'informação' e 'automática', evidenciando o valor da informação e

¹⁷ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 2007. p. 54.

¹⁸ MEIRELLES, Fernando de Souza. *Informática: novas aplicações com microcomputadores*. 2. ed., São Paulo: Makron Books, 1994.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

caracterizando o “computador como agente responsável pelo processo de transformação para a nova sociedade da informação”²¹.

Somente no início da década de 70 é que surgiram os microprocessadores ou Circuitos Integrado (CI), ou popularmente denominados de Chips.²² Foram os CIs que permitiram que os computadores apresentassem as seguintes características: confiabilidade, compactidade e baixo consumo de energia elétrica.²³

Na década de 80, as redes de computadores puderam ser aplicadas devido ao desenvolvimento de sistemas de cabeamento e protocolos de comunicação, os quais estabelecem uma convenção que controla e possibilita a conexão, comunicação, transferência de dados entre dois sistemas computacionais.

Mas anteriormente, mais especificamente na década de 60, é que ocorreu o lançamento do primeiro computador eletrônico, denominado RAMAC 305, pela empresa IBM; a chegada do homem na Lua em 20 de julho de 1969, pela Missão Apollo 11; a primeira transmissão de televisão via satélite em 25 de junho de 1967 a criação da ArpaNet em abril de 1969, ou seja, o núcleo central da Internet. A ArpaNet foi criada pela *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos possibilitando o compartilhamento de dados e a troca de mensagens (correio eletrônico ou e-mail).²⁴

Na década de 80, mais especificamente nos anos de 1985 e 1986, o PC (*Personal Computer*) e os compatíveis tornaram-se um padrão tanto para aplicações profissionais quanto pessoais.²⁵ Nos anos de 1986 a 1988 surgem os micros 286 e 386, os quais evoluíram para 486 no início da década de 90. Nesta mesma época surgiram os *notebooks* e *palmtops*.²⁶

Era iniciada a mobilidade, sendo o paradigma do fixo colocado em confronto à necessidade de as pessoas não precisarem estar fixas a um determinado lugar para acessar, trabalhar, receber e enviar dados e informações. Nesta mesma época era lançado o microprocessador Pentium, trazendo velocidade de processamento na ordem do dobro de um computador 486. Associava-se, então, mobilidade e velocidade, características de interesse de uma sociedade que se construía em torno da informação.

Assim, os desenvolvimentos tecnológicos da década de 60 embasaram o que seria, na década de 90, conhecido como Internet. Deve-se observar que a Internet surgiu durante a Guerra Fria, os Estados Unidos e a União Soviética disputavam a hegemonia política, econômica e militar no mundo. Assim, o objetivo inicial da ArpaNet era militar, tendo em vista que os Estados Unidos fossem atacados e perdessem os meios convencionais de comunicação, as forças armadas norte-americanas poderiam manter a comunicação e troca de informações. Porém, nas décadas de 70 e 80, a Internet passou a ser utilizada para fins acadêmicos, isto é, para troca de idéias e mensagens entre professores e estudantes universitários. Somente na década de 90, com o desenvolvimento do serviço *World Wide Web* (daí surge o *www* que é utilizado para localizar sites) ou simplesmente *web*, pelo engenheiro inglês Tim Bernes-Lee, é que a Internet pôde ampliar seus horizontes e de seus usuários. Neste contexto, o *www* foi o primeiro integrador de informações, permitindo que dados, informações e conteúdos pudessem ser acessados de qualquer lugar, através de uma forma simples e consistente. Em termos tecnológicos, o que possibilita a Internet ser um diferencial, é a utilização do

²¹ Ibidem, p. 3.

²² Ibidem.

²³ MEIRELLES, Fernando de Souza. *Informática: novas aplicações com microcomputadores*. 2. ed., São Paulo: Makron Books, 1994.

²⁴ EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade de Informação: O Direito à Inclusão Digital. *Revista Direito Empresarial (Curitiba)*, v. 12, 2009, p. 87-103.

²⁵ MEIRELLES, Fernando de Souza. op. cit.

²⁶ Ibidem.

hipertexto, o qual constitui um padrão para apresentação das informações com base em uma linguagem denominada de HTML (*Hypertext Markup Language*).²⁷

A base de transporte das informações na Internet é o protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*).²⁸ Assim, no ambiente *www* diversas aplicações podem ser escritas no formato do protocolo de nível de aplicação do TCP/IP conhecido como *http* (*Hypertext Transfer Protocol*).²⁹

O paradigma inicial da Internet era constituir-se em uma rede mundial de computadores trocando informações entre si, mas se tornou muito mais que isto. Deste modo, para auxiliar e facilitar a 'navegação' foram criados diversos softwares denominados *browsers* ou navegadores, podendo-se citar o *Internet Explorer*, o *Netscape Navigator*, o *Mozilla* e o *Google Chrome*. Observa-se que o verbo 'navegar' está ligado à Internet devido ao fato do usuário poder passar de uma página web (*web page*) para outra através de um simples *click* no *mouse*, cada palavra ou parte do texto pode estar ligado a outros textos, por isto, denomina-se de hipertexto ou *hyperlink*.³⁰ Na verdade, o *hyperlink* não consiste somente no conceito de vínculos embutidos, para especificar textos dentro do mesmo arquivo ou computador, mas principalmente por conter *hyperlinks* para textos e arquivos localizados em outros computadores em diferentes localizações.³¹

Cabe, portanto, explicar que toda esta estrutura é passível de funcionamento visto que os dispositivos computacionais possuem cada qual um endereço fixo ou dinâmico – *IP Address*.³² O homem inserido no meio ambiente digital, tal qual tratado por Cavedon et al.³³, entretanto, desconhece o funcionamento desta característica técnica. Assim, um IP fixo é um número, denominado de endereço IP, o qual identifica um computador em uma rede de computadores. Esta relação é unívoca, ou seja, cada computador possui um único endereço. Já o IP dinâmico significa que a cada conexão na rede o computador recebe uma identificação, um endereço diferente e que somente é válido durante o tempo que aquele computador permanecer conectado à rede. Só e somente só pela existência do endereço IP é que, por exemplo, um *smartphone* pode acessar páginas na Web, receber um e-mail ou realizar o *download* de um arquivo.

Também a Internet possibilitou a prática do correio eletrônico ou *email*, entendido como uma das aplicações de rede de computadores mais antigas de acordo com Peterson e Davie³⁴, sendo um método para enviar e receber mensagens eletrônicas mediante utilização de sistemas eletrônicos de comunicação.³⁵ Desta forma, pessoas em diferentes pontos geográficos passaram a se comunicar de forma fácil, rápida, e a baixo custo.

Agregado a uma conta de *email* tem-se um endereço virtual. Sua formação é dividida pelo nome do usuário e um domínio da *Internet*, separados pelo símbolo @. Exemplo disso é o endereço eu@exemplo.com.br. O *login* de acesso deste

²⁷ EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. op. cit.

²⁸ COMER, Douglas E. *Internetworking with TCP/IP: principles, protocols, and architecture*, Second Edition. Prentice-Hall International, Inc., v. 1, 1991.

²⁹ GARFINKEL, Simson; SPAFFORD, Gene. *Web security & commerce*. O'Reilly & Associates, Inc., 1997.

³⁰ EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. op. cit.

³¹ LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. *Sistemas de Informação*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 1999. p. 169.

³² NUNES, Sérgio Sobral. *Redes de Comunicação*. Universidade do Porto, Faculdade de Engenharia, Mestrado em Gestão da Informação, 2004. p. 75-89.

³³ CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O Meio Ambiente Digital sob a Ótica da Teoria da Sociedade de Risco: Os avanços da informática em debate. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 5, 2015, p. 194-223.

³⁴ PETERSON, Larry L.; DAVIE, Bruce S. *Redes de Computadores: uma abordagem de sistemas*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

³⁵ LIMEIRA, Tania Maria Vidigal. *E-marketing*. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

endereço é “eu”, sendo único dentro do domínio “exemplo”, o qual foi registrado como pertencente ao país Brasil, visto a indicação de “br” representando o domínio. Uma conta de *email* pode ser solicitada/criada em servidores de *email* disponibilizados gratuitamente ou não. Algumas empresas privadas que disponibilizam este tipo de serviço gratuitamente são a *Yahoo* e *Gmail*.

Foi então que a virada do século XX trouxe realmente grandes avanços permitindo que qualquer conteúdo seja veiculado na Internet. Entende-se por conteúdo, qualquer tipo de dados ou arquivo em formato de texto, voz, imagem, vídeo e som. Freitas e Batista³⁶ asseveram que “A Internet definiu mundialmente um marco na evolução das tecnologias de informação e comunicação (TIC), tendo também modificado as possibilidades de realizações de transações comerciais ao redor do mundo.”

Com o advento da computação móvel (celulares e *tablets*), das redes sociais, da TV digital interativa (TVDi) e, ainda, das redes de altavelocidade pode-se desenvolver e implementar novas modalidades de comércio eletrônico focadas nos seguintes elementos básicos: m – mobilidade, s – social, t – televisão e f – Facebook. Surgiram então o *m-commerce* (*mobile-commerce*), *s-commerce* (*social-commerce*), *t-commerce* (*TV-commerce*) e *f-commerce* (*Facebook-commerce*).³⁷

O paradigma do século XXI exige mobilidade, versatilidade e facilidade, sendo que os *smartphones* e *tablets* integram a Computação Ubíqua e a Computação Móvel diante do paradigma denominado *everyware* por Greenfield³⁸ como:

Ever more pervasive, ever harder to perceive, computing has leapt off desktop and insinuated itself into everyday life. Such ubiquitous information technology – “everyware” - will appear in many different contexts and take a wide variety of forms, but it will affect almost every one of us, whether we’re aware of it or not.

De acordo com Freitas e Batista³⁹ “É a união entre *anytime*, *anywhere* e *anything*, ou seja, a qualquer hora, em qualquer lugar pode-se ter acesso a qualquer coisa, produto ou serviço por meio direto aos sites das lojas virtuais ou indireto por meio das redes sociais.”

Para que o século XXI apresente-se muitos destes desenvolvimentos, por exemplo: *smartphones* e redes sociais; percorreu-se um caminho de avanços tecnológicos, o qual leva o estudo dos predecessores de Zuckerberg, fazendo-se necessário analisar as contribuições associadas a Bill Gates e Steve Jobs. Na década de 90 o lema da Microsoft era “*Information at your fingertips*”⁴⁰.

3.2 As relações de trabalho

Com efeito, nessa linha de raciocínio Manuel Castells descreve que da análise feita aos canais oficiais franceses, nos últimos 50 anos, percebe-se que: George Friedmann criticou o trabalho da fábrica taylorista; Pierre revela a alienação dos trabalhadores ante a mecanização; Serge Mallet dispõe o surgimento de uma nova classe de trabalhadores focada na capacidade de gerenciar e operar a tecnologia avançada; Benjamin Coriat, analisando o modelo pós-fordista, concluiu

³⁶ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos. Neuromarketing e as Novas Modalidades de Comércio Eletrônico (m-s-t-f-commerce) frente ao Código de Defesa do Consumidor. *Derecho y Cambio Social*, v. 42, 2015. p. 5.

³⁷ Ibidem.

³⁸ GREENFIELD, Adam. op. cit., p. 9.

³⁹ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BATISTA, Osvaldo Henrique dos Santos, op. cit., p. 9.

⁴⁰ MEIRELLES, Fernando de Souza. op. cit., p. 85.

pela flexibilidade e integração de relações entre produção e consumo; e desvenda, a partir daí, a ideia da automação como fator preponderante na valorização dos recursos da inteligência humana no processo de trabalho.⁴¹

Ademais, para partir para a premissa dos impactos das novas tecnologias e os impactos sociais, antes, porém, a tecnologia e seu impacto na sociedade é um tema de caráter inclusive filosófico, não podendo ser discutido com base na tecnologia, de modo isolado, havendo de se observar três níveis: “O que a tecnologia pode oferecer-nos, o que queremos dela e como podemos obter o que queremos?”.⁴²

Impactos positivos e negativos são incitados nesse momento. Deveras, levando em conta essa seara de pensamento, a difusão das tecnologias da informação surte efeitos similares em fábricas, escritórios e organizações de serviços.

Jair Teixeira Reis dispõe de que com as novas tecnologias a distância, telecomunicações e informática, houve o distanciamento do tradicional modo de produção que concentrava máquinas e pessoas em fábricas, apresentando hoje maior flexibilidade nas relações trabalhistas, como na modalidade de teletrabalho.⁴³

Ao analisar os impactos da introdução de tecnologias novas, Rattner⁴⁴ referencia a distinção de dois posicionamentos quanto às consequências sociais: uma otimista, haja vista a capacidade de resolver os problemas da crise por meio de uso de tecnologias microeletrônicas, gerando renda e propriedade; outra pessimista, prevendo desemprego em massa, desqualificação da força de trabalho e conflitos sociais.

Com essa linha de pensamento, haverá exagero quanto à perspectiva do papel da tecnologia como agente primordial de mudança, porém, não se pode simplesmente desprezá-lo. Entre as vantagens proporcionadas por intermédio desse modelo, está a redução de custo de mão de obra, maior produtividade, facilidades na execução das tarefas, maior conforto e lucros, mobilidade física e de capital mais célere e melhora da qualidade dos produtos, dentre outras.

Contudo, considerando que o trabalho, a qualificação profissional e o emprego são premissas que garantem a liberdade, igualdade, justiça social, segurança social, visibilidade e existência individual produtiva e útil⁴⁵, com todas essas transformações corre-se o risco de retomarmos formas retrógradas de exploração do trabalho e de gerar um caos social, retrocedendo em termos de direitos sociais.

4 COMPROMETIMENTO DA EMPREGABILIDADE E DO DESENVOLVIMENTO POR IMPLEMENTO DE POLÍTICAS NEOLIBERAIS E DAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Os impactos de tecnologias, de modo geral, sob o emprego são substanciais. A relação entre tecnologia e nível de emprego é estrita, o avanço tecnológico, ao visar à produção de mercadorias e lucro tem como resultado o desemprego estrutural. Enquanto para os que permanecem no mercado de trabalho, há uma fragmentação e racionalização do meio.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. op. cit., p. 305.

⁴² MUMFORD, 1981 apud LEITE 1996, p. 68; LEITE, Jaci Correa; FELDMANN, Paulo Roberto. Tecnologia e organizações: um estudo sobre os efeitos da introdução de novas tecnologias no setor bancário brasileiro. 1996.[s.n.], São Paulo, 1996.

⁴³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O teletrabalho e a subordinação estrutural*. Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado. In: REIS, Daniela Muradas; MELO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro. São Paulo: LTr, 2013, p. 206.

⁴⁴ RATTNER, Henrique. *Impactos Sociais da Automação: o caso do Japão*. São Paulo: Nobel, 1988, p. 21-22.

⁴⁵ GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez e LOPES, Mariane Helena. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013, p. 140.

As transformações na gestão da economia capitalista mundial, defronte à crise do próprio regime, criam um padrão com caracteres de liberalização das economias, privatização de serviços essenciais e flexibilização de normas trabalhistas.

Ao longo dos anos, grandes empresas sofreram mudanças profundas, pelo o avanço tecnológico desenfreado, surgindo alguns problemas relacionados a seara do trabalho. A incessante busca de tecnologias pelas empresas faz com que eclodam novas regras, haja vista a necessidade de se encaixar no mercado, trazendo a reflexão sobre a existência como ser social dentro desse jogo, além de elevar a competitividade no mercado.⁴⁶

Existe uma característica estruturalista, que aborda a introdução de inovações proporcionando economia de trabalho humano, enquanto em um cenário macroeconômico existe uma seara abordada de que tecnologia causa desempregos, em virtude da própria substituição de diversos trabalhadores por robôs e automação integral, que chega a ocupar o lugar de 20 a 30 operários, precisando apenas de um deste total antes existente⁴⁷.

A possível exploração capitalista, nesse contexto, viola a própria dignidade da pessoa humana, tornando volátil e efêmera a proteção aos direitos trabalhistas, acabando também por aumentar o tempo à disposição do trabalhador ao empregador, tendo em vista o comando a distância deste, como no caso do teletrabalho.

A globalização, a transnacionalidade de empresas e a sociedade de risco são elementos justificadores da revolução tecnológica e do capitalismo financeiro decorrente da globalização neoliberal, atrelados a programas, políticas e ideologia econômica recomendados por organizações financeiras, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional.

O cenário econômico neoliberal surge sob o argumento de combate à crise fiscal decorrente do endividamento público dos custos do estado do bem-estar social, visando à diminuição dos gastos estatais, por meio de privatizações e desestatizações, abertura da economia ao capital transnacional e redução do tamanho do Estado, mas na verdade desumaniza as pessoas, coisifica as relações sociais, por meio do consequente desemprego estrutural e da degradação socioambiental.

Com efeito, a era da globalização rompe a capacidade dos Estados em garantir o bem-estar social, em razão dos acertos neoliberais, visto que transfere para organizações financeiras e grandes corporações o poder de decidir sobre questões sociais e econômicas.⁴⁸

No mercado atual, diferentemente daquele do século XIX notoriamente liberal, a presença do Estado como um agente do sistema econômico capitalista é incontornável, e, por essa razão, as economias do século XXI, em contraponto ao Estado Neoliberal e ao Estado Social-Burocrático, prevaleceria o Estado Social-Liberal, onde garante ao mesmo tempo os direitos sociais, desenvolvimento econômico e a função social do contrato, consubstanciado nos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e boa-fé.

Em verdade, a intervenção estatal na economia sempre foi uma constante. A ruptura do Estado Liberal para o Estado Social promoveu, na verdade, uma mudança na forma desta intervenção. Isso porque, as normas interventoras no

⁴⁶ FERREIRA, Ana Paula Cavalcanti. Tecnologia de informação controle e mundo do trabalho: pensar tecnologia na ótica do trabalhador. *Revista Eletrônica de ciências sociais*. Número 11 – Outubro de 2006, p. 14-24.

⁴⁷ CARVALHO, Agenor Manoel de. O impacto da tecnologia no mercado de trabalho e as mudanças no ambiente de produção. *Revista Evidência*. Araxá, n. 6, p. 153-172, 2010, p. 167.

⁴⁸ SILVEIRA, Edson Damas da. RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. Globalização multicultural, direitos universais humanos e socioambientais. *Revista Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v.2, n. 1, p. 11-39, jan/jun. 2011. p. 21

Estado Liberal revestiam-se de um carácter proibitivo, ou mesmo repressivo⁴⁹, ao passo que, no Estado Social a intervenção na economia reveste-se de um teor finalístico, buscando atingir as metas programáticas estabelecidas no documento constitucional.

4.1 Reflexos e efeitos concretos na legislação trabalhista decorrentes das TIC e da sociedade informacional

A sociedade globalizada com economia e empresas transnacionais, numa realidade de revolução tecnológica e do capitalismo financeiro, subsidiada por ideários económicos neoliberais, levam à imposição de reformas estruturais antipúblicas, com vistas à liberalização do mercado e desregulamentação do trabalho e do capital.

Exemplo claro disso é a reforma dos direitos sociais trabalhistas (reforma trabalhista), onde autoriza o viés consumerista de autonomia da vontade das partes entre empregado e empregador, individualista, pela prevalência do negociado sobre o legislado, alteração de intervalo intrajornada, jornada intermitente, criação de subempregos, com o consequente afastamento da Justiça do Trabalho, num claro modelo neoliberal, fundado no livre-mercado.

Não se pode olvidar o fato de que as recentes alterações dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), impõem retrocesso sociojurídico dos direitos sociais dos trabalhadores, pois evidente sentido negativo das modificações, ofendendo o patamar mínimo civilizatório.⁵⁰

A proteção constitucional dos direitos sociais é imprescindível no sentido de impor ao Poder Público sua vinculação a valores considerados inabaláveis pela sociedade civil⁵¹, ao contrário do que prescreve a doutrina neoliberal.

⁴⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003, p. 18.

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7a ed. S.P.: LTr, 2008. pp. 1402-1403.

⁵¹ GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n.3, 1999, 230 p., p. 97.

Dessa forma, é juridicamente inviável a supressão de garantias sociais já atingidas, pela atividade legiferante nacional, sem a devida compensação normativa e qualitativa mais vantajosa, em observância ao princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural⁵².

O pensamento meramente econômico consumerista permeia toda lógica da expansão global da racionalidade neoliberal. Para os adeptos do pensamento neoliberal conservador, o Estado Social intervencionista só deveria intervir para aliviar a pobreza absoluta, o que, aos olhos dos defensores de um real sistema de Estado Social, representa um pacto pela coletividade.

Contudo, a dinâmica do Estado Social de Direito na norma jurídica ganha um papel preponderante na conformação da vida econômica e social. A norma, agora, perde a neutralidade axiológica típica do Estado Liberal, transformando-se num “programa de realizações”⁵³, constituindo-se como um dos pressupostos da atividade econômica e social.

Irrompe-se, portanto, nessa transição de valores e funções atribuídos ao tamanho do Estado um novo entendimento do Estado de Direito, de uma noção formal e garantística, passando a uma noção material e conformadora⁵⁴, fundado em uma natureza positiva, em um comportamento ativo (prestacional), orientador, influenciável, dentre outras, por questões socioeconômicas e não só pela orientação do mercado, consubstanciado no individualismo e na livre iniciativa.

No viés mais contundente, Fábio Konder Comparato descreve o conjunto de direitos sociais severamente abalados pelo ajuste individualista neoliberal, indicando um retrocesso ao capitalismo do século XIX, onde a massa trabalhadora tornou-se dispensável no sistema capitalista vigente.⁵⁵

Exemplo de efeitos socioeconômicos da onda neoliberal é o que se passou na Espanha, por meio de reformas estruturais antipúblicas. O desajuste estrutural promovido após a crise econômica de 2008, decorrente da precarização do contrato de trabalho por utilização indiscriminado da terceirização, trabalho intermitente, trabalho de tempo parcial e criminalização da atividade sindical, entre outros. A consequência foi aumento da desigualdade social e tensões sociais em decorrência do aumento do índice de desemprego.

Dessa forma, os efeitos socioeconômicos do neoliberalismo dentro da sociedade tecnológica, portanto, impõe um novo ritmo, que atropela as constituições sociais no cenário geopolítico, em especial a brasileira, sob o argumento de que se trata de um luxo a ser extirpado ou, pior, sua manutenção é um atentado contra o Estado.⁵⁶

Outrossim, diante das alterações legislativas negativas dos direitos sociais trabalhistas, sob a reintrodução da política econômica neoliberal advinda do modelo de sociedade globalizada e transnacional, com viés de promoção de “desenvolvimento econômico”, recai uma grande indagação: haverá um comprometimento do desenvolvimento nacional e da empregabilidade?

Um indicativo de resposta seria sim. Alguns cenários decorrentes da reforma trabalhista já podem ser traçados: o viés consumerista do “novo” contrato de trabalho certamente ampliará a precarização e a exploração do trabalho, informalismo e individualismo, vez que a “libertação” dos trabalhadores para concordar com piores condições de trabalho tende a favorecer os grandes empregadores, aumentando seus lucros, e, por consequência, não haverá diminuição do número de desempregados.

⁵² REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 21.

⁵³ MONCADA, Luís S. Cabral de. op. cit., p. 31.

⁵⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. op. cit., p. 32.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52-53.

⁵⁶ GABARDO, Emerson. op. cit., p. 97.

É necessário estabelecer um recorte temporal recente no Brasil para aferirmos delimitadamente, como políticas de valorização do trabalhador influenciam na melhora das condições socioeconômicas dos cidadãos. Um período voltado ao desenvolvimento social, de 2003 a 2014, quando se passou a implementar programas neoliberais de governo e a partir daí até 2015.

Para isso, o Plano Nacional de Amostra de Domicílios⁵⁷ (PNAD) de 2015, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que afere a trajetória da redução da desigualdade, nos traz dados reveladores sobre a influência do ajuste neoliberal no desenvolvimento do País.

O rendimento médio mensal real de todos os trabalhos aponta uma queda nos rendimentos reais, de 2014 a 2015 em torno de 5%, de R\$ 1.950 para R\$ 1.853, bem como todas as categorias de emprego tiveram redução no rendimento médio mensal, em especial os trabalhadores domésticos, 3,1%.

Na distribuição da população ocupada por rendimento médio mensal real do trabalho no período de 2014 a 2015, houve um aumento na classe D (ganho de 1 a 2 salários mínimos) de 3,5%, passando de 33,5% para 37% da população, o que demonstra claramente o aumento da desigualdade e exclusão social.

O contingente de trabalhadores ocupados com carteira de trabalho assinada, no setor privado, registrou queda de 5,1% (menos 1,8 milhão de pessoas), em comparação a 2014. Também houve queda para os empregados sem carteira assinada, 9,1%.

Portanto, dentro da perspectiva de valorização dos direitos sociais, com políticas públicas inclusivistas, leva uma consequente ampliação da igualdade e inclusão social. Exemplo claro foi a política de valorização do salário mínimo, que em setembro de 1994, após o plano real, era de R\$ 70,00, já em janeiro de 2010 era de R\$ 510,00, uma elevação de 628%. A diferença dos valores supera os indicadores de inflação do período de 1-12-1994 a 31-12-2009, de aproximadamente 230%. Por óbvio, a variação nominal do salário mínimo e da inflação gerou um aumento no poder aquisitivo do trabalhador brasileiro.⁵⁸

O conceito de desenvolvimento passa por uma transformação econômica, política e social, onde o crescimento da qualidade de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo, como ensina Luiz Carlos Bresser-Pereira.⁵⁹ Dessa forma, a perspectiva de desenvolvimento econômico e social passa por políticas econômicas voltadas a elevar as garantias aos direitos sociais, dentre eles, ao trabalho, seja pelo aumento do número de empregos formais, uma melhor distribuição de renda, aprimoramento da estruturação do mercado de trabalho e consequente diminuição da extrema pobreza, que de 2004 a 2014 foi de 63%.⁶⁰

Isto é, o avanço econômico deve trazer em seu cerne o objetivo de manutenção dos direitos de ordem social, com o objetivo de evitar as desigualdades sociais. Por essa perspectiva, Daniel Wunder Hachem pontua, o desenvolvimento e os direitos sociais são indispensáveis para a garantia da cidadania; porquanto, aqui, os interessados são os cidadãos, indistintamente.⁶¹

⁵⁷ IBGE – Instituto Brasileiro de geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 2015. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁵⁸ MELO, Frederico Barbosa de. O resgate do salário mínimo: instrumento ético, político e econômico. In: GUIMARÃES, Juarez. *As novas bases da cidadania: políticas sociais, trabalho e Previdência Social*. São Paulo: Perseu Abramo, 2010, p. 1-5.

⁵⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e crise no Brasil*, 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977. p. 21.

⁶⁰ IPEA – Instituto de Pesquisa econômica Aplicada. Em 10 anos, redução da extrema pobreza foi de ao menos 63%, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27000>. Acesso em: 19 dez. 2017.

⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos Direitos Fundamentais, Econômicos e Sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013.

Por fim, à luz da voracidade da racionalidade neoliberal, justificadora da revolução tecnológica e do capitalismo, ao impor retroação de direitos sociais, seja por flexibilização, desregulamentação precarização e terceirização, com o discurso retórico de modernização das relações de trabalho, freia o ciclo desenvolvimentista, aumentando os níveis de desigualdade, pobreza/miséria, no contexto de crescimento econômico.

Uma sociedade individualista, sem emprego, sem garantia dos direitos sociais, sem solidariedade, pauperizada, não consome, e a consequência é o surgimento de tensões sociais perigosas, advindas de um mercado marcado pelo pensamento de privatização dos lucros e socialização dos prejuízos.

Dessa forma, com todos os reflexos supracitados, a legislação social trabalhista não pode ignorar o avanço tecnológico e informacional e seus efeitos nas relações trabalhistas, todavia, qualquer modificação de direitos sociais, necessariamente, deve observar e conciliar aspectos de progresso e não retrocesso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reformulação sistêmica do cenário socioeconômico proveniente da influência das TICs e do arranjo de políticas neoliberais dispara seus efeitos nas relações de trabalho e seus regramentos. Com o fenômeno da globalização e da transnacionalização, barreiras tradicionais de mercado são superadas, subsidiadas no crescimento econômico proporcionado pela modernização.

Declinam, dessa forma, alterações por via do implemento de tais aspectos que incidem na organização do trabalho, gestão, condições laborais, formas de regulação de conflitos que geram impactos na redefinição da própria legislação trabalhista.

Entretanto, os impactos encontrados resultam em comprometimento dos níveis de empregabilidade defronte de condições que não de ser asseguradas e, ainda, direitos sociais constitucionalmente garantidos. Os avanços econômicos, por vezes, tornam o trabalhador apenas objeto da relação coordenada para busca do lucro de forma mais fácil e célere.

Logo, nesse contexto, reformas legislativas de direitos sociais devem observar a adequação ao desenvolvimento social, todavia, sem prejudicar direitos já adquiridos e precarizar as relações laborais. A busca há de ser pela conciliação entre a modernização e o ciclo desenvolvimentista socialmente equilibrado.

A inserção de novas tecnologias e informações, por conseguinte, não justifica a retirada de direitos sociais dos trabalhadores. Em razão disso, os vínculos e mutações laborais não de seguir os princípios de dignidade da pessoa humana, do não retrocesso social e garantir um padrão mínimo de qualidade de vida aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. "O teletrabalho e a subordinação estrutural". *Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado*. In: REIS, Daniela Muradas; MELO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro. São Paulo: LTr, 2013.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Desenvolvimento e Crise no Brasil*, 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.
- CAPRA, Fritjof. *Conexões Ocultas*. Ciência para uma vida sustentável (Trad. Marcelo Brandão Cipolla). São Paulo: Editora Cultrix, 2002.
-

- CARVALHO, Agenor Manoel de. "O impacto da tecnologia no mercado de trabalho e as mudanças no ambiente de produção". *Revista Evidência*. Araxá, n. 6, p. 153-172, 2010.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. A era da Informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, 2007.
- CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, HelineSivini; FREITAS, CINTHIA Obladen de Almendra Freitas. "O Meio Ambiente Digital sob a Ótica da Teoria da Sociedade de Risco: Os avanços da informática em debate". *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 5, 2015, p. 194-223.
- COMER, Douglas E. *Internetworking with TCP/IP: principles, protocols, and architecture*. Second Edition. Prentice-Hall International, Inc., v. 1, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. S.P.: LTr, 2008.
- DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade de Informação: "O direito à inclusão digital". *Revista Direito Empresarial (Curitiba)*, v. 12, 2009, p. 87-103.
- FERREIRA, Ana Paula Cavalcanti. "Tecnologia de informação controle e mundo do trabalho: pensar tecnologia na ótica do trabalhador". *Revista Eletrônica de ciências sociais*. Número 11 – Outubro de 2006.
- FREITAS, Cinthia O. A. e BATISTA, "Osvaldo Henrique dos Santos. Neuromarketing e as novas modalidades de comércio eletrônico (*m-st-f-commerce*) frente ao Código de Defesa do Consumidor". *Derecho y Cambio Social*. 2015.
- GABARDO, Emerson. "Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n.3, 1999, 230 p.
- GARFINKEL, Simson; SPAFFORD, Gene. *Web security & commerce*. O'Reilly & Associates, Inc., 1997.
- GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez e LOPES, Mariane Helena. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013.
- GOENDER, Jacob. "Globalização, tecnologia e relações de trabalho". *Revista Estudos Avançados*. São Paulo, Estud. av. v.11, n. 29, Jan./Apr. 1997.
- GREENFIELD, Adam. *Everyware: The dawning age of ubiquitous computing*. AIGA: New Riders, 2006.
- HACHEM, Daniel Wunder. "A Maximização dos Direitos Fundamentais, Econômicos e Sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento". *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho de 2013.
- HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções – 1789-1848*. 11ª ed., Paz e Terra, 1998.
- IBGE – Instituto Brasileiro de geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2015. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default.shtm>>. Acesso em: 19 dez. 2017.
- IPEA – Instituto de Pesquisa econômica Aplicada. *Em 10 anos, redução da extrema pobreza foi de ao menos 63%*, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27000>. Acesso em: 19 dez. 2017.
- LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. *Sistemas de Informação*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos S.A., 1999.
- LIMEIRA, Tania Maria Vidigal. *E-marketing*. 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Fernando de Souza. *Informática: Novas aplicações com microcomputadores*. 2ª. ed., São Paulo: Makron Books, 1994.
- MELO, Frederico Barbosa de. "O resgate do salário mínimo: instrumento ético, político e econômico". In: GUIMARÃES, Juarez. *As novas bases da cidadania*:

- políticas sociais, trabalho e Previdência Social*. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003.
- MUMFORD, 1981 apud LEITE 1996, p. 68; LEITE, Jaci Correa; FELDMANN, Paulo Roberto. *Tecnologia e organizações: um estudo sobre os efeitos da introdução de novas tecnologias no setor bancário brasileiro*. 1996.[s.n.], São Paulo, 1996.
- NUNES, Sérgio Sobral. *Redes de Comunicação*. Universidade do Porto, Faculdade de Engenharia, Mestrado em Gestão da Informação, 2004.
- PEREIRA, Danilo Moura e SILVA, Gislane Santos. "As Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) como aliadas para o desenvolvimento". *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*. Vitória da Conquista. n. 10. 2010.
- RATTNER, Henrique. *Impactos sociais da automação: o caso do Japão*. São Paulo: Nobel, 1988.
- REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- ROTHGIESSER, Tanya Linda. *Cidadania Digital: uma proposta de educação complementar para a inclusão digital e o combate às desigualdades sociais no Brasil contemporâneo – o caso CDI*. Rio de Janeiro, agosto de 2010, p. 15. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- SILVEIRA, Edson Damas da. RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. "Globalização multicultural, direitos universais humanos e socioambientais." *Revista Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 11-39, jan/jun.2011.
- STELZER, Joana. "O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica." *Direito e Transnacionalidade*. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). 1. ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención al ámbito sanitario.

The patrimonial responsibility of the Public Administration, special mention to the sanitary field.

Martín Moreno Bodes¹

Universidad Europea de Madrid

Sumario: Introducción: El derecho universal a la protección de la salud. La responsabilidad patrimonial de las AAPP. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo fin de máster está estructurado en dos grandes partes; la primera versa sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en un ámbito genérico y la segunda sobre la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

Tras una breve introducción acerca de la configuración del derecho a la protección de la salud en los Estados modernos, analizaremos las características y los elementos generales de este tipo de responsabilidad, determinando la jurisdicción competente y el procedimiento de reclamación. En el segundo bloque se estudiará el ámbito de aplicación de la responsabilidad sanitaria y se abordarán criterios establecidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente como el de la *lex artis* y el consentimiento informado.

Abstract: The present master's thesis is structured in two main parts; the first one will deal with the patrimonial responsibility of the Public Administrations in a generic area and the second one on the patrimonial responsibility in the sanitary area.

After a brief introduction about the configuration of the right to health protection in modern states, we will analyze the characteristics and the general elements of this type of responsibility and determine the competent jurisdiction and the procedure to claim it.

The second block will analyze the scope of health responsibility and will address the criteria established in Law 41/2002, of November 14, on the autonomy of the patient as the *lex artis ad hoc* and informed consent.

Palabras clave: responsabilidad, daño, lesión, Administración, extracontractual, patrimonial, *lex artis ad hoc*, consentimiento informado.

Keywords: responsibility, damage, injury, administration, extra-contractual, patrimonial, *lex artis ad hoc*, informed consent.

Introducción: El derecho universal a la protección de la salud

El derecho a la salud está configurado como uno de los principios rectores y como un pilar básico en la configuración de los Estados Modernos. De este modo, son multitud los textos legales tanto a nivel internacional,

¹ Máster en Abogacía por la Universidad Europea de Madrid. Graduado en Derecho.

comunitario y nacional que reconocen la protección a la salud como un derecho fundamental que todo Estado² ha de respetar, entre ellos se pueden destacar los siguientes:

- **La Declaración de los Derechos Humanos (ONU, 1948).** Este texto, firmado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, reconoce en su artículo 25 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia la salud y el bienestar...”.
- **La carta social Europea del Consejo de Europa (1961).** También este texto, en su artículo 11 establece la obligación de protección de la salud a las partes contratantes.
- **El pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (ONU, 1966).** Es el artículo 12 el que establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”
- **Constitución Española de 1978.** El capítulo III de la Carta Magna, bajo la rúbrica “Principios Rectores de la Política Social y Económica” en su **artículo 43** reconoce el derecho a la protección de la salud. Además, se establece en este mismo precepto que les competirá a los poderes públicos la organización y tutela del derecho a la protección de la salud, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Del mismo modo, el **artículo 41 de la CE** reconoce el derecho de todo ciudadano **a disfrutar de un régimen público de Seguridad Social** que garantice la asistencia y prestaciones suficientes en caso de necesidad, recalcándose en el mismo el carácter libre de las mismas. Para el desarrollo de este derecho, se creó – aunque actualmente está derogada- la Ley General de la Seguridad Social en el año 1994, por la que se garantizaba el derecho de todo español y todo ciudadano extranjero (con residencia en España) a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

En virtud de lo dispuesto, y como sostiene GUERRERO ZAPLANA puede definirse la organización sanitaria como ““el sistema organizativo previsto para la prestación de servicios a través de relaciones contractuales y extracontractuales que garantizan la prestación de medios idóneos tanto en tratamiento hospitalario, ambulatorio en el propio domicilio del enfermo, tendente a facilitar el estado de salud de las personas, facilitar su recuperación su curación o disminuir sus efectos perniciosos.”³

A pesar de que no es objeto de estudio en el presente trabajo, es necesario -debido a la actual configuración de nuestro Estado de Autonomías- hacer referencia, al menos de un modo genérico, al reparto de competencias en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este sentido, cabe señalar que el artículo 148.21 de la CE dispone que las CCAA podrán asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Asimismo, el

² Para más información sobre el Estado moderno, puede consultarse al respecto: DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, (2015) “A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático” Revista Internacional Consinter de Direito, Vol. I, pp. 306 y ss.

³ Guerrero Zaplana, J. (2006). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.40.

artículo 149.1.16 del mismo texto reconoce como competencia exclusiva del Estado la sanidad exterior, determinar las bases y la coordinación general de la sanidad y elaborar la legislación sobre productos farmacéuticos.

¿Qué entendemos por responsabilidad? Posibles vías de reclamación en el ámbito sanitario.

El derecho a la protección de la salud se ha configurado, en las últimas etapas de nuestra historia como un derecho fundamental y fuertemente protegido por los Estados. Como señala el profesor MIRANDA GONÇALVES⁴ para entender qué se entiende por responsabilidad sanitaria, resulta necesario esclarecer el concepto de responsabilidad en general. La RAE dispone que el concepto responsabilidad se identifica con la “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.” Extrapolando este concepto al ámbito de la responsabilidad sanitaria, podríamos definirla como la obligación de reparación del daño producido (tanto al causante directo del daño como a las AAPP) como consecuencia de una defectuosa asistencia sanitaria.

Aunque a lo largo del presente trabajo haremos más hincapié en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia Sanitaria, la producción de un daño a consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria, otorga al perjudicado diferentes vías de reclamación, las más frecuentes son:

- Responsabilidad Civil. Se podrán reclamar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al paciente en base a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil (en adelante CC) por la que se establece que “el que por acción u omisión cause un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Del mismo modo, el artículo 1903 establece la responsabilidad de las personas que estuvieran a cargo de la productora del daño. Resulta también importante mencionar la vía de la acción directa que nos otorga el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, por la que se podrá reclamar directamente la indemnización del daño a la compañía aseguradora.
- Responsabilidad Penal. La producción de un daño en que intervenga culpa o negligencia en materia sanitaria, podrá dar lugar al nacimiento de responsabilidad penal.
- Responsabilidad Administrativa. La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, otorga al paciente otra vía de reclamación de los daños ocasionados por la defectuosa asistencia sanitaria. A través de la exigencia de responsabilidad patrimonial, las AAPP responderán de los daños que los personales a cargo de éstas ocasionen a terceros, incluso en lo que al ámbito sanitario se refiere.

La responsabilidad patrimonial de las AAPP

Antes de entrar en detalle sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene delimitar el ámbito subjetivo de la misma. Para ello, debemos de acudir al artículo 2 de la Ley 39/2015 de 1 de

⁴ Miranda Gonçalves, R. (2017) “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español”, *Direito á saúde*, Ed. Juruá, Lisboa, pp. 247-268.

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas pues, en él, se establece que dicha Ley se aplicará al sector público, que está compuesto por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran las Administración local y también al sector público institucional.

Características esenciales de la responsabilidad patrimonial.

A diferencia de lo que sucede en otro tipo de responsabilidades, como es el caso de la responsabilidad aquiliana o extracontractual del CC, la responsabilidad patrimonial de la Administración, en general, se caracteriza por los siguientes aspectos:

- * Responsabilidad **objetiva**. Al contrario de lo que sucede con la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 de CC, la responsabilidad patrimonial de las AAPP, se caracteriza por ser una responsabilidad objetiva. El criterio responsabilidad objetiva atiende a que no es necesario que concurra una actuación dolosa o negligente por parte del sujeto causante, sino que será suficiente la producción de un daño para que surja la obligación de indemnizar. Este carácter diferenciador de la responsabilidad patrimonial de las AAPP, viene establecido en el artículo 32 de la Ley 40/2015 donde se establece que las AAPP responderán de toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión producida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En el ámbito sanitario sucede exactamente lo mismo, la Administración responderá ante el ciudadano siempre que exista un daño, tanto si los servicios sanitarios públicos han funcionado de manera normal como anormal. Este carácter también ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Supremo como en el caso de la sentencia de 3 de noviembre de 2011 que estableció que “la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se considera una responsabilidad objetiva por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”. Como resulta lógico, al ser la sanidad un servicio público prestado por las AAPP, entendemos que el criterio de la objetividad es extrapolable al ámbito sanitario⁵. No obstante, también ha sido matizado por los tribunales, que la administración sanitaria, no es una aseguradora universal y la responsabilidad no es puramente objetiva sino modulada o cuasi objetiva⁶.
- * Carácter **directo** de la responsabilidad. Las AAPP serán responsables directas y automáticas de los daños ocasionados por el personal al servicio estas. Así lo establece el artículo 36 de la Ley 40/2015 cuando señala que “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares **exigirán directamente a la Administración Pública** correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.” No obstante, siempre y cuando haya intervenido en la

⁵ STS 20 de junio de 1997.

⁶ STS de 9 de octubre de 2012.

producción del daño culpa o negligencia, y previo abono de la indemnización al lesionado, las AAPP podrán repetir contra el causante del daño.

- * Como sostiene el profesor MIRANDA GONÇALVES, la responsabilidad patrimonial de la administración es una responsabilidad de carácter **general** en el sentido de que “afecta a todas las Administraciones Públicas por el mero hecho de prestar servicios públicos, entendidos como actividad administrativa”⁷.
- * Otra nota diferenciadora de la responsabilidad patrimonial es su carácter **integral**. El carácter integral implica que la Administración deberá cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados al administrado por el funcionamiento de los servicios públicos. El carácter integral de la responsabilidad patrimonial ha sido reconocido de pacíficamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA entiende que “es, por lo demás muy claro: la indemnización debe dejar «indemne» a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe restituir éste en su pleno valor anterior a los sucesos dañosos, debe cubrir, por tanto, todos los «daños y perjuicios» sufridos «en cualquiera de sus bienes o derechos», como decía el artículo 40 de la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (y hoy repite el art. 139.1 Ley 30/1992)”⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo:
 - o Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS el 17 de abril de 1998, donde se define con especial claridad esta nota diferenciadora que caracteriza este tipo de responsabilidad. “Es principio consagrado por la Jurisprudencia (S 11 Jul. 1997, entre otras) que a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se persigue la consecución de una **situación de indemnidad**, o reparación integral, para aquel que ha sufrido una lesión antijurídica como consecuencia del normal o anormal funcionamiento de un servicio público”.
 - o STS de 10 de octubre de 2011 establece que “El principio de reparación integral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la administración comprende **todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado**, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral”.
 - o STS de 3 de noviembre de 2008 “la reparación integral del daño que rige en esta materia, en cuanto **completa dicha reparación hasta cubrir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos** y lograr la indemnidad del derecho subjetivo o del interés que resulta lesionado”.

7 Miranda Gonçalves, R. (2017). La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español. Direito á saúde, Lisboa: Ed. Juruá, p.254.

8 García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002) Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid: Civitas, p.418-419.

Elementos generales para la concurrencia de responsabilidad patrimonial

La ya derogada Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establecía – del mismo modo que hace la LRJSP en su artículo 32 - los principios y elementos generales para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. No obstante, ha sido la constante y reiterada jurisprudencia⁹ la que ha establecido una enumeración detallada de los mismos:

- I. El daño producido ha de tratarse de un **daño efectivo, individualizado y en relación con una persona o grupo de personas**, es decir nunca potencial o futuro.
- II. El daño debe ser **consecuencia del funcionamiento** –normal o anormal- de **los servicios públicos**.
- III. Ha de existir una **relación de causalidad** directa entre la acción (u omisión) de la Administración y del resultado producido, sin que existan elementos que puedan romper el nexo causal.
- IV. Ausencia de fuerza mayor
- V. Que el **daño sea antijurídico**, en el sentido de que el reclamante “no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta”¹⁰.

Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las AAPP

Como hemos señalado anteriormente, el **carácter objetivo** de la responsabilidad patrimonial hace responsable a las Administraciones Públicas de los daños producidos a los administrados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, **sin que sea exigible la intervención de culpa o negligencia en la acción que ocasiona el daño producido**. El apartado 1º del artículo 32 de la Ley 40/2015 recoge la extensión de esta responsabilidad rezando que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”

La responsabilidad patrimonial de la Administración comprende aquellos supuestos en los que los daños sean causados directamente por el personal a su servicio. Por ello, el art. 36 de la LRJSP establece que para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública, los daños y perjuicios derivados causados por las autoridades y personal a su servicio. No obstante, siempre y cuando hayan intervenido dolo, culpa o negligencia grave en la producción del daño, y una vez haya sido satisfecha la indemnización de los daños producidos al particular, dispone el ya referido artículo 36 que la Administración iniciará de oficio un procedimiento de reclamación frente al personal a su servicio.

⁹ Sentencias TS de 24 de marzo de 1992, 5 de octubre de 1993 y 22 de marzo de 1995.

¹⁰ STS de 21 de abril de 2005.

Funcionamiento normal de la Administración.

Como hemos detallado anteriormente, el carácter objetivo de la responsabilidad implica que para que esta tenga lugar, no es necesaria la intervención de una conducta dolosa o culposa por parte del personal a cargo de la AP, basta con que se produzca un resultado dañoso. Por ello, siempre y cuando no intervenga fuerza mayor o el sujeto no esté obligado por una norma a soportar el daño producido, la Administración será responsable de los daños que se puedan producir.

Pero es que incluso el **funcionamiento normal** de la Administración, entendido como “aquel comportamiento totalmente ajustado a la legalidad y sin presencia de culpa de personas a cargo de la misma, **puede provocar riesgos que produzcan daños antijurídicos**”¹¹.

Del mandato constitucional que el art. 106.2 de la CE, así como del propio art. 36.1 de la LRGSP, cabe englobar el caso fortuito dentro del funcionamiento normal de los servicios públicos, pero en todo caso estarán excluidos los de fuerza mayor, como veremos más adelante.

Funcionamiento anormal

Cuando nos referimos al término funcionamiento anormal de los servicios públicos, nos referimos a aquellos supuestos en los que el daño producido se debe a la conducta culposa o negligente del agente que lo causa. Por ello, siempre y cuando concorra culpa en la acción u omisión del causante del daño, nos encontraremos ante un supuesto de funcionamiento anormal de la AP.

No obstante, la jurisprudencia sostiene que el funcionamiento anormal de la AP, no solamente comprenderá los supuestos en los que haya intervenido culpa del agente causante del daño. Se comprenderán también como tales, “los daños que se deban a la ilegalidad de una actividad administrativa dañosa, sin que en la realización de tal conducta se pueda apreciar culpabilidad”¹².

En este sentido, ha venido estableciéndose por los tribunales que el funcionamiento anormal del servicio público que es causante del daño, no tiene que estar obligatoriamente conectado a la omisión de los deberes del personal a cargo del servicio público sino que “En efecto, el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración determina que la anormalidad en el servicio no debe necesariamente estar conectada a la existencia de una infracción subjetiva de los deberes de los funcionarios, sino que **basta con demostrar, como aprecia la sentencia de instancia, que objetivamente existió una deficiencia, aun cuando fuera aislada, determinante de la omisión de cuidados** que pudieron evitar el fallecimiento. El no haberse advertido al centro penitenciario de los antecedentes de tendencia suicida del interno constituye por sí mismo un elemento demostrativo de que la vigilancia practicada no fue suficiente, pues de haberse conocido esta circunstancia las autoridades del centro

¹¹ Jurídicas, N. (2009). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 3 Oct. 2017].

¹² Jurídicas, N. (2009). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 3 Oct. 2017].

hubieran, como afirma la sentencia de instancia, ordenado cuidados especiales que hubieran podido impedir el suicidio”¹³.

Caso fortuito vs fuerza mayor

Como ya hemos comentado con anterioridad, nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el artículo 106.2 de la CE como en el artículo 32.1 de la LRJSP, determina que la responsabilidad patrimonial de las AAPP se extenderá a los supuestos de caso fortuito, pero no a los casos de fuerza mayor. Por ello, conviene distinguir qué es lo que entiende la doctrina y la jurisprudencia por ambos conceptos.

1. Caso fortuito. Los daños producidos por caso fortuito son aquellos daños producidos por hechos que no pudieron ser previsibles o evitables, pero que son producidos por el funcionamiento de los servicios públicos.
2. Fuerza mayor. Son aquellos daños que han sido producidos por hechos imprevisibles o irresistibles, pero que son completamente ajenos a la actividad administrativa.

En tal sentido, resulta de especial relevancia la distinción que la jurisprudencia ha realizado respecto de ambas figuras “El motivo ha de ser desestimado en el primero de los aspectos planteados por cuanto como ha establecido esta Sala, por todas sentencias de 31 May. 1999, importa recordar, y en esto se muestran hoy coincidentes la doctrina científica y la jurisprudencia, que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el **caso fortuito hay indeterminación e interioridad**; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 Dic. 1974: «Evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida.»

b) En la **fuerza mayor**, en cambio, **hay determinación irresistible y exterioridad**; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 May. 1986: «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado»”¹⁴

Respecto a la carga de la prueba en los supuestos excluyentes de responsabilidad patrimonial, establece el TS que “el carácter objetivo de la responsabilidad impone que **la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la**

¹³ STS 28 de marzo del 2000.

¹⁴ STS 10 de octubre de 2002.

Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia”¹⁵.

Resulta relevante conocer el significado conceptual de ambas figuras, pues la Ley 40/2015 en su artículo 34 dispone que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. Por ello, debido al carácter previsible y evitable del caso fortuito, todos aquellos supuestos que puedan producirse en relación a los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos, deberán extenderse al ámbito de la responsabilidad patrimonial, siempre y cuando se vulneren las pautas de conducta científica o técnicamente correctas.

Daño

Antes de entrar en detalle sobre los presupuestos necesarios para que los daños producidos por las AAPP sean indemnizables, debemos conocer el alcance de la indemnización. En este sentido, conviene señalar lo establecido en el artículo 1106 del CC pues, “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”. Es decir, será indemnizable por la Administración tanto el **daño emergente** como el **lucro cesante**. Dentro del daño emergente han de englobarse tanto los daños materiales producidos al particular, así como los daños morales.

En lo que a la cuantificación del lucro cesante se refiere, y con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto por parte del lesionado, la jurisprudencia viene exigiendo que el reclamante pruebe de forma clara y efectiva la ganancia dejada de obtener, evitando estimaciones dudosas o meramente contingentes¹⁶.

El daño producido al particular por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser ante todo un daño **antijurídico**, en el sentido de que el mismo no tenga el deber jurídico de ser soportado por el perjudicado. Como establece nuestra jurisprudencia en multitud de sentencias “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que **tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica**, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”¹⁷.

El párrafo 2º del artículo 32 de la Ley 40/2015 establece los elementos generales del daño indemnizable en materia de responsabilidad patrimonial:

1. Efectivo
2. Evaluable económicamente
3. Individualizado

¹⁵ STS de 4 de octubre de 1999.

¹⁶ STS de 25 de noviembre de 2009.

¹⁷ STS de 18 de junio de 2012.

Estos requisitos, que analizaremos a continuación, vienen establecidos en la norma, pero han venido desarrollados por la jurisprudencia.

Efectivo

El requisito de la efectividad del daño hace referencia a que el daño producido como consecuencia del funcionamiento de la Administración, ha de ser un daño real “excluyéndose las indemnizaciones de daños hipotéticos ni futuros relacionados con las ganancias futuras o esperadas.”¹⁸

Evaluable económicamente

El apartado 3º del artículo 32 de la Ley 40/2015, reconoce el derecho que ostentan los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas, de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que la lesión producida sea consecuencia del funcionamiento de la Administración y siempre y cuando el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Cuando el daño se produce sobre bienes de carácter patrimonial resulta sencilla, en la mayoría de los casos, la evaluación económica de los mismos puesto que esta vendrá determinada por el valor económico de los mismos. Debido a su carácter integral, la Administración responderá también de los daños morales ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos, aunque la valoración de estos será más compleja.

Finalmente, conviene añadir que “a través de la exigencia de la evaluación económica del daño, han de excluirse las molestias que sufran los particulares cuando éstas carezcan de transcendencia patrimonial apreciables”¹⁹.

Individualización del daño

El daño producido por la AP solamente será indemnizable si está individualizado. La individualización del daño implica que este haya afectado a una persona (ya sea física o jurídica) o a un grupo de personas determinadas.

Relación de causalidad e imputabilidad

Haciendo nuevamente mención al carácter objetivo (o cuasi objetivo) de la responsabilidad patrimonial, hemos de matizar que no es suficiente con que se produzca un daño a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, sino que también es necesario que ese daño sea antijurídico (no puede existir deber jurídico de soportarlo) y que exista una relación de causalidad entre la actividad o inactividad administrativa y la lesión producida al particular. Se ha establecido por la jurisprudencia que la relación de causalidad deberá de atender a una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto.²⁰

Como hemos comentado anteriormente, tanto el artículo 106.2 de la CE como el artículo 32.1 de LRJSP establece que no serán indemnizables los

¹⁸ STS de 19 de octubre de 1990.

¹⁹ Jurídicas, N. (2017). La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) · Noticias Jurídicas. [online] Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/> [Revisado el 2 Oct. 2017].

²⁰ Sentencias TS 25 de mayo de 1995, 19 noviembre de 1994 o 4 de mayo de 1995.

daños producidos por casos de fuerza mayor, por entender que se produce una ruptura en el nexo causal, al no darse una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto.

Jurisdicción competente

Con anterioridad a la entrada en vigor de la anterior Ley 30/1992, la responsabilidad patrimonial podía ser reclamada en tres órdenes jurisdiccionales diferentes: el orden civil, el contencioso administrativo y el social. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y con la actual Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (por la que se deroga la Ley 30/1992), no cabe duda de que la responsabilidad patrimonial de la Administración compete única y exclusivamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Así lo establece la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que, en su artículo 2 apartado E establece que “El **orden jurisdiccional contencioso-administrativo** conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

e) **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas**, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”

Al ser competente la jurisdicción contencioso-administrativa, para acudir a la vía judicial será obligatorio **agotar la vía administrativa previa**.

Plazo de prescripción

Del mismo modo que sucede en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC), el plazo de prescripción en los supuestos de responsabilidad patrimonial de las AAPP será de un año. Así lo establece el artículo 67.1 de la Ley 39/2015 cuando señala que “el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”. Este mismo precepto dispone que el plazo empezará a computar desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

El principio de actio nata

Con arreglo a un criterio jurisprudencial muy bien asentado²¹, en virtud del principio actio nata (nacimiento de la acción) el cómputo para su ejercicio sólo puede comenzar si se conocen con plenitud los aspectos de índole fáctica y jurídica que constituyen presupuestos para determinar su alcance, esto es, cuando se manifiestan al afectado en su precisa dimensión los dos elementos del concepto de lesión: el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Es por ello que el dies a quo comenzará en el mismo momento que se determine con exactitud el alcance de los efectos lesivos y no en el momento de la producción del daño²². Asimismo, el dies ad quem será transcurrido el año desde que se conoce el alcance de los daños.

²¹ Sentencias TS 22 de febrero de 1993, 18 de abril de 2000, 27 de febrero de 2001 y 9 de abril de 2007, entre otras.

²² STS de 21 de diciembre de 2010.

Interrupción de la prescripción

Dispone el CC en su artículo 1973 que la prescripción de la acción se podrá interrumpir de tres modos, siendo estos mismos aplicables al orden administrativo:

1. Por su ejercicio ante los Tribunales
2. Por la reclamación extrajudicial del acreedor
3. Por el reconocimiento de la deuda por parte del deudor

La interrupción de la prescripción es de carácter automático, de tal modo que se producirá en el mismo momento en el que se cumpla alguno de los supuestos establecidos en el CC. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, el principal efecto que conlleva es el reinicio del cómputo del plazo que el perjudicado ostenta para ejercitar su derecho.

Procedimiento para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

El procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, regulado en la Ley 39/2015, debe pasar por las dos fases que son preceptivas en toda reclamación que se dirige contra la Administración; la vía administrativa previa y, en muchos casos, cuando no prospere la pretensión en ella, la vía contencioso-administrativa. Solamente si la Administración Pública le deniega la responsabilidad patrimonial de forma expresa o tácita (a través del silencio administrativo), se podrá acudir a la vía contencioso-administrativa. El procedimiento administrativo en materia de responsabilidad patrimonial, podrá iniciarse de dos modos que serán abordados a continuación; a instancia de parte o de oficio.

Iniciación a instancia de parte

Cuando el procedimiento se incoe a instancia de parte, establece el artículo 66 la ley 39/2015 que la solicitud de iniciación deberá contener:

- I. Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente;
- II. Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación;
- III. Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud;
- IV. Lugar y fecha;
- V. Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio;
- VI. Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

Aunque el procedimiento administrativo se caracteriza por su “informalismo”, dispone el párrafo cuarto del artículo 66 que las AAPP deberán de establecer modelos de uso voluntario a disposición de los interesados.

Además de los requisitos establecidos por el artículo 66, dispone el artículo 67 que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en la solicitud que realicen los interesados, se deberán de especificar:

- ✓ Lesiones producidas,
- ✓ Relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento de la AP,

- ✓ Evaluación económica del daño producido,
- ✓ El momento en el que la lesión efectivamente se produjo.

Otra de las peculiaridades del procedimiento de responsabilidad patrimonial, es que será preceptivo solicitar un informe al servicio cuyo funcionamiento haya producido la lesión indemnizable.

Una vez que el particular recibe el dictamen, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta por el órgano competente para suscribirlo, será necesario que la resolución se pronuncie sobre:

- ✓ La existencia o inexistencia de la relación de causalidad.
- ✓ La cuantía y el modo de indemnización.

Iniciación de Oficio

En la Ley 39/2015 se reconocen tres formas de iniciación de oficio del procedimiento administrativo:

1. Por acuerdo del **Órgano Competente**.
 - a. Por iniciativa propia. De acuerdo con el artículo 59, por iniciativa propia ha de entenderse la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.
 - b. Orden Superior. También se contempla la posibilidad de que se incoe el procedimiento por orden superior, entendida la misma como la emitida por un órgano superior jerárquico del competente para iniciar el procedimiento.
2. **Por petición razonada de otros órganos**. Se entiende por petición razonada, la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.
3. **Por denuncia**. La denuncia debe ser entendida como aquella actuación llevada a cabo por cualquier persona en la que se pone en conocimiento a un órgano administrativo la existencia de un hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado de oficio, establece dos peculiaridades:

- Que **el derecho a la reclamación del interesado no haya prescrito** en el momento de la incoación.
- Se les **concederá a los presuntamente lesionados, un plazo de diez días** para que formulen cuantas alegaciones, documentos, pruebas e informes estimen oportunos. Aunque no se hayan personado en plazo los presuntamente lesionados, el procedimiento se instruirá de igual manera.

Competencia para resolver en la vía administrativa

Para determinar la competencia para resolver de aquellos asuntos de responsabilidad patrimonial de las AAPP, habrá de determinarse el ámbito de producción de la lesión; Si la lesión se produce en el ámbito de la Administración General del Estado, será competente el **ministro** respectivo²³, si se produce en el ámbito autonómico o local, la competencia la ostentarán **los órganos correspondientes de las CCAA** o las Entidades que integran la Administración Local (por ejemplo, los ayuntamientos).

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, en los supuestos de Entidades de Derecho Público, el órgano competente para resolver será aquel que se haya determinado en su régimen jurídico, y solamente con carácter subsidiario se aplicarán las normas del ámbito de aplicación.

Es importante recalcar que la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las AAPP, **pondrá fin a la vía administrativa**²⁴. Por ello, el perjudicado tendrá diferentes opciones en caso de que se desestimen sus pretensiones:

- I. Continuar con la vía administrativa, interponiendo el **recurso potestativo de reposición** ante el mismo órgano que dictó la resolución.
- II. Iniciar la vía contencioso-administrativa a través del **recurso contencioso-administrativo** en el plazo de dos meses desde el día siguiente en que se notifique.

Silencio administrativo

Por silencio administrativo se entiende el transcurso del plazo sin que se dicte resolución. En este sentido, se establece en el artículo 24.1 de la LRJSP que “el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario.” Es por ello, que se establece el silencio positivo como regla general en los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del interesado. No obstante, el mismo artículo 24.1 en su párrafo segundo anuncia que el silencio tendrá efecto desestimatorio - y, por lo tanto, negativo- en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El artículo 91.3 de la Ley 39/2015, establece que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, transcurridos seis meses desde que se haya iniciado el procedimiento sin que se haya recaído o notificado resolución expresa, podrá entenderse que la resolución es desestimatoria por silencio negativo.

Una vez transcurrido el plazo de seis meses, el particular estará habilitado para iniciar la vía contencioso-administrativa, mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo.

²³ O el consejo de ministros en los supuestos previstos en el artículo 32.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una Ley así lo disponga.

²⁴ Así lo dispone el artículo 114 de la Ley 39/2015.

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

Una vez abordado el estudio sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, nos centraremos en la responsabilidad en el ámbito sanitario. Es evidente que todo lo dicho hasta el momento sobre la responsabilidad patrimonial en general, es aplicable a la responsabilidad patrimonial sanitaria, al tratarse de un servicio de carácter público prestado por la Administración Pública.

Delimitación Objetiva

En el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es necesario concretar cuál es el concepto de actuación de la Administración sanitaria para determinar cuáles son los supuestos de responsabilidad. En este sentido, GUERRERO ZAPLANA²⁵ engloba la actuación de la Administración sanitaria en tres supuestos:

- I. Por imperativo del artículo 43.2 de la Constitución Española, “compete a los poderes públicos, organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.” Por lo tanto, se podrá hablar de responsabilidad en los casos en los que se produce la **actividad material ordinaria de la Administración sanitaria** prestando los servicios a los que está obligada.
- II. También existirá responsabilidad patrimonial sanitaria en aquellos supuestos en los que el daño se produzca como consecuencia de la **omisión de los deberes legalmente atribuidos** a la Administración Sanitaria.
- III. Finalmente, también cabría encajar dentro del ámbito de la responsabilidad sanitaria y, por lo tanto, dentro de la responsabilidad patrimonial, los daños ocasionados a terceros mediante el **ejercicio de potestades administrativas** o de carácter reglamentario, como sería el caso de las vacunaciones obligatorias.

En definitiva, la actividad de la Administración en materia sanitaria, engloba riesgos derivados por los propios médicos al servicio de las Administraciones públicas, del equipo sanitario e incluso de la organización de la sanidad desde un punto de vista meramente administrativo.

Delimitación subjetiva

Es conveniente esclarecer que la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario, es una responsabilidad que no se le imputa al médico o profesional sanitario, sino que se trata de una responsabilidad exclusiva de la Administración, como resulta de los preceptos legales que la regulan (art. 106.2 CE o artículos 32 y ss de la Ley 40/2015).

Como sostiene GUERRERO ZAPLANA “quiere ello decir que, aunque es necesario analizar la actividad de todos los profesionales médicos que intervengan en el proceso curativo que se trate, en lo supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, las hipotéticas sentencias condenatorias que se dicten solo pueden ir referidas a la Administración responsable del resultado dañoso producido en la salud del paciente por el que se reclama”²⁶.

²⁵ Guerrero Zaplana, J. (2004). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.128-129.

²⁶ Guerrero Zaplana, J. (2004). Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria. Valladolid: Lex Nova, p.129.

También es por ello que el artículo 46 de la Ley 40/2015 reza “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 46, la misma ley 40/2015 en su artículo 47 dispone que una vez resarcido el daño producido a los lesionados, y siempre y cuando haya intervenido dolo, culpa o negligencia grave por parte del personal al servicio de la administración, se les exigirá a estos de oficio en vía administrativa la responsabilidad en la que hubieran incurrido. Para exigir dicha responsabilidad y para cuantificarla se tendrán en cuenta criterios como el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso, según infiere el artículo 48 del mismo texto.

Fundamento garantía de la integridad física, psíquica y moral del paciente

Como se ha comentado en la introducción del presente trabajo, el derecho a la salud, así como la competencia atribuida a la Administración pública en materia sanitaria, viene reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española. También cabe hacer referencia a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que en los artículos 1 a 6 de la misma, se hace alusión al deber de prestación de la atención sanitaria que compete a la Administración (tanto a nivel estatal como a nivel autonómico). En el mismo sentido, conviene nombrar el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, puesto que, en su artículo 148, se contempla la responsabilidad derivada de la prestación de servicios sanitarios.

También sirve de fundamento lo establecido en el Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial Española de 1999. En él se establecen determinadas obligaciones tanto a los médicos como al personal sanitario tales como el secreto profesional, la obligación de informar al paciente, y la de actuar siempre conforme a la *lex artis*.

Obligación de medios vs obligación de resultado

Tradicionalmente, ha sido objeto de discusión si la obligación que opera en el ámbito de la responsabilidad profesional médica se trata de una obligación de medios o de una obligación de resultados.

Es conveniente dilucidar, antes de determinar qué tipo de obligación opera en el ámbito de la sanidad pública, qué ha de entenderse por obligación de medios y por obligación de resultados; Como sostiene MORENO QUESADA²⁷, la obligación de medios es “aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que le cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación”. En cambio, la obligación de resultados es “aquella en las que se es deudor de un resultado

²⁷ “Problemática de las obligaciones de hacer”, Revista de Derecho Privado, 1976, pp. 474 y ss.

que el obligado se compromete a procurar cualesquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor”.

Con anterioridad a la línea jurisprudencial seguida en la actualidad, el TS establecía distinción de la obligación a prestar si se tratase de medicina satisfactiva/voluntaria o medicina curativa/asistencial. La medicina voluntaria, estaba sujeta a una obligación de resultado puesto que la relación médico paciente se perfeccionaba en un contrato de arrendamiento de obra y el no cumplimiento del mismo supondría el nacimiento del denominado cumplimiento defectuoso. Por otro lado, la anterior doctrina jurisprudencial, coincidente con la actual, establecía una obligación de medios en lo que a la medicina curativa o asistencial se refiere.

Es en el año 2009 cuando el TS en su sentencia de 20 de noviembre adopta un cambio interpretativo²⁸ en el tipo de obligación a la que se compromete el médico. La misma corriente se adopta en la STS de 7 de mayo de 2014 en donde se establece que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención"²⁹.

Por lo tanto, el criterio empleado en la actualidad por el TS es el de que la obligación médico paciente siempre será una obligación de medios. Cosa diferente es que el médico garantice la obtención de un resultado concreto pactado con el paciente. En estos supuestos, al tratarse de un contrato de obra, el paciente adopta la postura del cliente, y el incumplimiento de un resultado previamente pactado, será exigible vía responsabilidad contractual del 1101 del CC.

Presupuestos de la responsabilidad patrimonial sanitaria

Los presupuestos exigibles para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial general, son predicables al ámbito sanitario de la misma. Como se ha analizado anteriormente, el primer presupuesto exigible para la concurrencia de la responsabilidad es la producción de un daño. Ese antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado (a persona o grupo de personas) también es exigible en el ámbito sanitario. También resulta obligatoria la existencia de un nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público sanitario puesto que de lo contrario no estaríamos ante supuestos indemnizables por la Administración sanitaria.

El criterio de la lex artis. Concepto.

La lex artis, es un término frecuentemente utilizado por los Juzgados y Tribunales de nuestro país para hacer referencia a la responsabilidad

²⁸ Sentencias TS 20 noviembre de 2009, 3 marzo 2010 y 19 julio 2013 entre otras.

²⁹ STS 7 de mayo de 2014.

derivada de la actuación médica. Por ello y al encontrarse íntimamente ligado a los supuestos de responsabilidad extracontractual de la Administración sanitaria, es un término empleado reiteradamente en el orden contencioso-administrativo.

La jurisprudencia define la *lex artis* como “aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”³⁰. Dentro de dicho concepto, han de incluirse “no solamente el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza”³¹.

La actuación negligente contraria a la *lex artis*, entiende el TS “...permite imputar el resultado dañoso a la demandada, por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, no por el resultado, puesto que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica”³².

Por todo ello, resulta vital aplicar el criterio de la *lex artis* médica a la hora de reclamar la responsabilidad correspondiente, puesto que de lo contrario “implicaría acoger una responsabilidad basada exclusivamente en la producción de un resultado, ajena a cualquier valoración sobre la culpa”³³

Lex artis ad hoc y los protocolos de actuación médica

La *lex artis ad hoc* ha sido definida por la jurisprudencia como “aquel criterio valorativo de corrección del acto médico teniendo en cuenta las características del autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital”³⁴. La *lex artis ad hoc* determina que el médico estará sujeto a cumplir los elementos formales y protocolarios de las técnicas previstas, así como la aplicación de las mismas con la precisión técnica y el cuidado exigible para cada caso concreto.

Es importante destacar que con afán de garantizar la buena praxis médica y con ánimo de orientar al médico en su labor de diagnóstico, se suelen elaborar protocolos de actuación médica. En los protocolos de actuación médica “se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria[...] Son normas técnicas que carecen de juridicidad, si bien pueden ser acogidas como reglas por el juez para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto que se le

³⁰ STS 18 de diciembre de 2006.

³¹ STS 23 de mayo de 2006.

³² STS 18 de diciembre de 2006.

³³ Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. (2017). *Lex artis médica*. [online] Disponible en: http://guíasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAC1Owa7CQAJ8G47G6uF54dL6bubFaGO80pa0xHVXF1rt37t1H8kAYYaB58hxrvtmBCpDX7JNpIDnX3w8x3rODIYNYpryNQ-tLhdep4pibNQ-w4IjNuWIKRO7HibgM6hNcfTdKTSfAlxewIXYe_1_USxbb4KWDiqEmAF-nZG8Mg_XBIsKwnVdEquHRHmWI7HKlnrGQStyJ9vMH5W3rp_OXyStaVo1mybcxnDlqX6p6MK3Lsu_-HPvALTG0EAQAWE [Revisado el 2 Oct. 2017].

³⁴ Sentencias TS 11 de marzo de 1991, 7 de febrero de 1990 y 20 de octubre de 1997.

plantea, ya sea en el ámbito de la imprudencia penal o en el marco de la culpa civil”³⁵.

La responsabilidad administrativa. Referencia a los servicios médicos

No resulta necesario volver a enumerar los requisitos exigibles para que concurra la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Sin embargo, si resulta interesante, en lo relativo al criterio de la *lex artis*, mencionar el artículo 34.1 de la Ley 40/2015, pues en él se establece que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”. En sensu contrario hemos de entender que si serán indemnizables todos aquellos actos que hubieran podido evitarse según el estado de la ciencia y de la técnica en el momento de su producción.

Conviene hacer mención, aunque sea de forma breve, a lo que nuestros tribunales entienden por daño desproporcionado puesto que en los supuestos en los que un paciente, en el ámbito de la sanidad pública, sufre un daño desproporcionado, deberá de probar el causante del daño que actuó con la diligencia exigible, invirtiéndose por lo tanto la carga de la prueba. En este sentido, nuestros Tribunales entienden que “la doctrina jurisprudencial “del daño o resultado desproporcionado”, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2.011 (recurso de casación núm. 3.536/2.007), «en la 48 afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción»”³⁶. No obstante, también ha sido nuestra doctrina jurisprudencial la que ha establecido que siempre exista un riesgo considerable de que el resultado pueda producirse, no podremos hablar de daño desproporcionado³⁷.

El derecho a la información asistencial y el consentimiento informado. Concepto y requisitos.

La falta de consentimiento informado en la relación médico-paciente, constituye uno de los presupuestos principales alegados ante los Tribunales españoles para reclamar la defectuosa asistencia sanitaria. Por lo tanto, es necesario entrar a valorar esta cuestión que cobra especial importancia en ámbito del derecho sanitario.

Desde un punto de vista dogmático, sostiene DOMÍNGUEZ LUELMO que la necesidad del consentimiento informado se puede enfocar desde dos puntos de vista: “como derecho del paciente a proteger su autonomía personal, de manera que su ausencia implicaría en sí misma un actuar antijurídico del que debería responder el médico, con independencia de la causación de un daño corporal sobre el enfermo; o bien como un deber más del médico para

³⁵ Sentencia AP Madrid 25 de noviembre de 2008.

³⁶ STS de 19 de septiembre de 2012.

³⁷ Sentencias TS de 9 de marzo de 2011 o 2 de enero de 2012.

con sus pacientes, incluido dentro de la actividad curativa, de manera que aquél sólo debería responder cuando realmente se provocara un daño”³⁸.

Para abordar el concepto de información asistencial y consentimiento informado, es necesario analizar, al menos de forma sucinta, la Ley 1/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y el desarrollo de ambos por nuestra jurisprudencia. Esta Ley, tiene por objeto regular tanto los derechos como las obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

El derecho a la información asistencial -comúnmente conocido como “derecho a la información” viene regulado y desarrollado en los artículos 4 y ss de la LAP. Este derecho faculta a los pacientes a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito sanitario (tanto público como privado), toda la información disponible sobre cualquier intervención a la que vaya a ser sometido. La obligación de informar al paciente la ostenta tanto el médico responsable como los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial. Esta información deberá de contener como mínimo la finalidad, la naturaleza, los riesgos y las consecuencias de la intervención. La norma general es que dicha información se preste de forma verbal y que se deje constancia de la misma en el historial clínico del paciente. Es requisito exigible que la información facilitada al paciente sea veraz y se le deberá de comunicar al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, facilitándole la toma de decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

En todo caso, el titular del derecho a ser informado será el paciente, no obstante, dispone el artículo 5.3 que “Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

El capítulo IV de la Ley de autonomía del paciente relativo a “el respeto de la autonomía del paciente”, en los artículos 8 y ss hace mención al consentimiento informado, sus condiciones y sus límites.

Por consentimiento informado, debemos de entender aquel consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información asistencial, haya valorado las opciones propias del caso. La norma general es que el consentimiento sea verbal, no obstante, la ley enumera una lista de supuestos en los que el consentimiento será necesariamente por escrito:

1. Intervenciones quirúrgicas
2. Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores
3. Aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria o previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente

El paciente podrá revocar libremente y por escrito el consentimiento prestado en cualquier momento. Antes de recabar el consentimiento por escrito del paciente, el facultativo deberá informarle de al menos la siguiente información básica:

³⁸ Domínguez Luelmo, A. (2007). Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid: Editorial Lex Nova, pp.310-311.

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, se establecen determinados supuestos en los que el facultativo podrá llevar a cabo intervenciones clínicas a favor de la salud del paciente:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que “no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad”³⁹.

Responsabilidad patrimonial sanitaria. Consecuencias de la ausencia de consentimiento informado

Resulta determinante comprender los efectos o las consecuencias que la ausencia del consentimiento informado puede acarrear desde el punto de vista de la responsabilidad sanitaria de la AP.

Es igualmente importante esclarecer que la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, constituye siempre una **obligación de medios**⁴⁰. En este sentido, establece el Tribunal Supremo “frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad

³⁹ STC de 28 de marzo de 2011.

⁴⁰ STS de 16 de mayo de 2012.

de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles”⁴¹.

Y es que, se ha señalado, el consentimiento informado se configura como uno de los derechos esenciales que tiene el paciente y se encuentra dentro de la obligación de medios a la que está sometida el médico⁴². Por ello, el consentimiento informado ha de englobarse dentro en el concepto de *lex artis*. Es decir, la ausencia de un consentimiento adecuadamente informado implicará una mala praxis médica. La jurisprudencia⁴³ es muy pacífica al afirmar que, para declarar la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, será necesario que se produzca una infracción de la *lex artis*. En este sentido, TS ha establecido que “La observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración”⁴⁴. En definitiva, la ausencia de consentimiento informado supone uno de los presupuestos de responsabilidad administrativa, puesto que el consentimiento informado tiene su encaje específico dentro del criterio de *lex artis*.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos analizado y desarrollado los principios jurídicos que presiden y las normas que regulan la responsabilidad patrimonial exigible a las Administraciones Públicas y su aplicación al específico ámbito de la sanidad.

La reflexión tras el estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial de la materia nos permite sentar, las siguientes conclusiones:

I

Cuando hablamos de responsabilidad patrimonial de la Administración, nos referimos a aquellos supuestos en los que la Administración se configura como la responsable de los daños que el funcionamiento sus servicios públicos pueda ocasionar.

II

Este tipo de responsabilidad se caracteriza por su carácter objetivo, directo y de reparación integral. Para que se produzca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario que el daño producido sea antijurídico, efectivo, esté individualizado en una persona o en un grupo de ellas y que exista una relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público en cuestión.

III

Aunque el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial está regulado en la Ley 40/2015, el procedimiento de reclamación de la misma viene reconocido por la Ley 39/2015. Es importante tomar nota del plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial ya que, al tratarse de un tipo de responsabilidad extracontractual, prescribirá al año desde el conocimiento del alcance de la lesión, aunque, como hemos visto,

⁴¹ STS 5 de junio de 2012.

⁴² STS 8 de septiembre de 2015.

⁴³ Sentencias del TS de 5 de junio, 9 de octubre, 28 de marzo y 10 de junio de 2012.

⁴⁴ STS 29 de junio de 2011.

el código civil contempla diferentes supuestos en los que se produciría la interrupción de la prescripción.

IV

La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, será necesario agotar la vía administrativa antes de que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de este tipo de procedimientos.

V

La responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende a los supuestos de responsabilidad sanitaria, al ser la sanidad un servicio de carácter público.

VI

Las Administración responderá de los daños ocasionados por el personal a su cargo, por ello, y por su carácter objetivo, responderá de los daños producidos por los sanitarios a cargo de la administración.

VII

La jurisprudencia entiende que la relación que existe entre el médico y el paciente es siempre una obligación de medios y nunca una obligación de resultados. El deber de información y la obligación de obtener el consentimiento del paciente debe incluirse dentro de esa obligación de medios

VIII

Para poder hablar de responsabilidad patrimonial sanitaria, la jurisprudencia exige que el daño producido por el personal a cargo de la Administración sea consecuencia del incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. La ausencia de consentimiento informado, al ser uno de los supuestos de vulneración de *lex artis* médica, supone uno de los principales fundamentos de reclamación ante los Tribunales.

Bibliografía

- Del Masso, Fabiano, Miranda Gonçalves, Rubén y Zeferino Ferreira, Rui Miguel, (2015) "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I
- Domínguez Luelmo, Andrés. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Editorial Lex Nova.
- Fuentes Bardají, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad sanitaria*. Cizur Menor (Navarra, España): Thomson Reuters-Aranzadi.
- Galán Cortés, J. (2001). *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (1993). *Curso de derecho administrativo* II. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2002) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Civitas.
- Miranda Gonçalves, R. (2017) "La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el ámbito sanitario español", *Direito á saúde*, Ed. Juruá, Lisboa, 2017.
- Guerrero Zaplana, J. (2003). *La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Guerrero Zaplana, J. (2004). *Las Reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Valladolid: Lex Nova.

- Guerrero Zaplana, J. (2013). *Guía práctica de las reclamaciones sanitarias*. Valladolid. Lex Nova.
- Palomar Olmeda, A. (2017). *Practicum ejercicio de la abogacía*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.
- Rodríguez López, P. (2007). *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*. Barcelona: Atelier.
- Zabala Guadalupe, J. (2009). *Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Carro González, F. (2012). *Las cuatro vertientes de la responsabilidad sanitaria*. Doctorado. Universidad de la Coruña.

Recursos electrónicos

- Responsabilidad de las Administraciones Públicas: plazo de prescripción. (2009). Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUZQzMDtbLUouLM_DxblwMDSwNTA1OQGGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAqimUxjUAAAA=WKE
- Lex artis médica. (2017). Guíasjuridicas.wolterskluwer.es. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUZQ3NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQGGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU1zl8zUAAAA=WKE
- La responsabilidad patrimonial de la administración (análisis jurisprudencial) (2009). Noticias Jurídicas. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>
- Autonomía del paciente. Consentimiento informado (2012). Elderecho.com. Revisado el 28 de septiembre de 2017 a partir de: http://www.elderecho.com/administrativo/Autonomia-paciente-Consentimiento-informado_11_489430006.html

Legislación

- Constitución Española, 1978.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo	7 de febrero de 1990	18 de diciembre de 2006
	19 de octubre de 1990	9 de abril de 2007
	11 de marzo de 1991	3 de noviembre de 2008
	24 de marzo de 1992	20 de noviembre de 2009
	22 de febrero de 1993	25 de noviembre de 2009
	5 de octubre de 1993	3 de marzo de 2010
	19 de noviembre de 1994	21 de diciembre de 2010
	22 de marzo de 1995	9 de marzo de 2011
	4 de mayo de 1995	29 de junio de 2011
	25 de mayo de 1995	10 de octubre de 2011
	20 de junio de 1997	3 de noviembre de 2011
	20 de octubre de 1997	2 de enero de 2012
	17 de abril de 1998	28 de marzo de 2012
	4 de octubre de 1999	16 de mayo de 2012
	28 de marzo de 2000	5 de junio de 2012
	18 de abril de 2000	10 de junio de 2012
	27 de febrero de 2001	9 de octubre de 2012
	10 de octubre de 2002	19 de julio de 2013
	21 de abril de 2005	7 de mayo de 2014
	23 de mayo de 2006	8 de septiembre de 2015
Tribunal Constitucional	28 de marzo de 2011	
Audiencia Provincial de Madrid	25 de noviembre de 2008	

Principios de aplicación en la detención internacional Principles of application in international detention

Vicente Rivero Santana¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: I. Introducción. II. Introducción. III. Figura Jurídica de la detención Internacional. IV. Aplicación de los principios internacionales a la detención. V. Principio de Dignidad. VI. Principio de Legalidad. VII. Principio de control Jurisdiccional. VIII. Principio de Integridad física. IX. Principio de información. X. Principio de asistencia letrada.

Resumen

Cuando hablamos de la figura Jurídica de la Detención, lo primero que debemos que tener en cuenta, es la relación absoluta que tiene con la desobediencia a la ley. Como contrapartida a la limitación de un derecho tan fundamental, como es, la libertad, se debe garantizar unos mínimos de rigurosidad en la actuación por parte de quien detiene. Todas estas garantías deben estar amparadas por el marco normativo de los derechos fundamentales, siendo estos, el claro reflejo de los derechos humanos, que se cristalizan en las Constituciones.

Debemos tener en cuenta que cuando se habla de vulneración de los derechos Fundamentales, esta intromisión siempre debe estar avalada por unos principios que son inherentes al ser humano, por el mero hecho de serlo.

En el marco de esta protección entran en juego los principios que son garantes de que se cumplan rigurosamente la protección de la esfera más íntima del detenido, es decir, que no se vean vulnerados derechos fundamentales, tan intrínseco a la persona, como la libertad o la dignidad.

Palabras clave: Libertad, Dignidad, Detención, Principios, Detenido.

ABSTRACT

When we talk about the legal figure of the Detention, the first thing we have to take into account, is the absolute relationship that has with disobedience to the law.

As a counterpart to the limitation of such a fundamental right, as it is, freedom, must be guaranteed a minimum of rigor in the performance by the party who stops. All these guarantees must be covered by the normative framework of fundamental rights, these being the clear reflection of human rights, which are crystallized in the Constitutions.

We must bear in mind that when we talk about the violation of fundamental rights, this interference must always be supported by principles that are inherent to the human being, for the mere fact of being so.

Within the framework of this protection, the principles that ensure that the protection of the most intimate area of the detainee is strictly enforced, that is, that fundamental rights are not violated, as intrinsic to the person, as freedom or the dignity.

Keywords: Freedom, Dignity, Detention, Principles, Detained.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España) Profesor Asociado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

I. Introducción

La detención de personas es materia de interés para el Derecho internacional, por infinidad de razones y por supuesto, más allá de las cuestiones relativas a los conflictos armados y las detenciones relacionadas con la extradición o las leyes de inmigración.

Así parece expresarlo González Capanera, cuando afirma que “constituido el Derecho Internacional clásico de los siglos XVIII y XIX comenzó a surgir la idea de la creación de un organismo internacional, llamado Instituto para la Protección Diplomática, mediante el cual el Estado protegía ciertos derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero”².

Por lo que defiende que “aunque la evolución posterior del instituto desvirtuó esta finalidad, al enmascarar la intervención de las Potencias gravitantes en los asuntos internos de las menores, es indudable que la protección diplomática fue el primer paso en el marco del Derecho Internacional Público dado para que el propio Estado protegiese los derechos fundamentales de sus nacionales radicados en el extranjero, es decir, frente a otros Estados”³.

En este sentido, el Derecho Internacional nace, en un primer momento, con la finalidad de hacer extensiva la protección del Estado sobre el ciudadano más allá de las fronteras territoriales que marcaban su campo de acción hasta el momento.

Posteriormente, afirma Moreno Luce, “el Derecho Internacional postclásico, de mediados del siglo XIX y la primera parte del XX, se encamina hacia la creación de mecanismos a través de lo que se comenzó a denominar “la Comunidad Internacional” que tenía como meta principal la protección de algunos derechos fundamentales, surgiendo los primeros Tratados Multilaterales”⁴.

El componente internacional de la detención es una cuestión ciertamente controvertida por cuanto desde un punto de vista del discurso soberano del Estado, esta figura se rige por los principios de igualdad, territorialidad y exclusividad del ejercicio de competencias, sin que, en principio, quepa cesión de la misma.

Pero, aún esa apreciación, actualmente puede afirmarse que la detención es, sin duda, materia de Derecho internacional, derivado de Pactos, Acuerdos, Tratados donde los Estados Parte realizan un compromiso de asumir internamente cometidos de cumplimiento estricto de los derechos humanos y del Derecho Internacional.

En esa nueva perspectiva internacional tiene mucha responsabilidad el diseño de la Carta de las Naciones Unidas y los acuerdos que en esa materia ha desarrollado con múltiples Estados.

En este sentido, un factor determinante ha sido, fundamentalmente, el desarrollo del sistema de seguridad colectiva diseñado por la Carta de Naciones Unidas, posibilitando la acción extraterritorial de organizaciones internacionales, básicamente la Organización Nacional de la Naciones Unidas.

Por su parte, afirma González Fernández, “el Derecho Internacional contemporáneo, cuyas características definidas se configuran a mediados del siglo XX aportará el documento más revolucionario e importante para la protección internacional de los Derechos Humanos: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, mediante este documento, el Derecho Internacional intenta y logra el establecimiento de ámbitos internacionales y regionales, para proteger a los individuos de las violaciones a sus derechos cometidas por las autoridades de los propios Estados”⁵.

Pues, en consecuencia, parece que deviene cierto la afirmación que hiciera Iturmendi Morales al respecto “en la actualidad el Derecho Internacional se

² GONZÁLEZ CAPANERA, F.; *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 98.

³ *Ibíd.*, p. 98.

⁴ MORENO LUCE, M.S.; “La seguridad pública, los derechos humanos y su protección en el ámbito internacional”, en *Revista Letras Jurídicas*, volumen 9, México, 2004, p. 3.

⁵ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.A.; “La seguridad pública en México” en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, Universidad Iberoamericana UNAM y PGR, México, 2000, p. 130.

presenta como un heterogéneo, a la par que interdependiente conjunto de normas que se encuentra en proceso de cambio continuo; no en vano y dada la historicidad inherente de lo jurídico, de la misma forma que la Constitución es “Constitución en el tiempo” (Konrad Hesse dixit), todo Derecho nunca deja de ser “Derecho en el tiempo”⁶.

Por lo que mientras “en el pasado, la mayor parte de las veces, la asunción de obligaciones internacionales por parte de los Estados limitaba a la aceptación del contenido obligacional en abstracto, sin que éste fuera seguido del establecimiento de la correspondiente serie de mecanismos propios de control, verificación y sanción, hasta tal punto que los numerosos intérpretes y analistas, que reducían el Derecho internacional a una especie de moral internacional o “*comitas gentium*”, veían en la opinión pública su sanción más específica y característica”⁷.

Sucede que “en la actualidad, y por el contrario, los mecanismos internacionales de control, verificación y sanción, cada vez tienen mayor presencia, aun cuando en ocasiones se limiten a obligar a los Estados a suministrar información periódica acerca de las medidas que hubieran adoptado con vistas a su realización”⁸.

Por su parte, Sapolski defiende que “el resultado ha consistido en la elaboración de un nuevo fundamento y un nuevo objeto para el Derecho Internacional que adquiere así rasgos diferentes al clásico derecho”⁹.

En este sentido, “el Derecho Internacional deja de ser un orden jurídico que se ocupa únicamente de los Estados, ahora amplía sus objetivos y comienza a regular los derechos de los individuos y de los grupos, a establecer obligaciones a cargo de los Estados, respecto a sus habitantes y frente a las organizaciones internacionales, a las cuales deberán, todos los Estados, rendir cuenta acerca del cumplimiento de aquella obligación, entre los cuales tiene prioridad la seguridad pública”¹⁰.

II. Figura jurídica de la detención internacional

Actualmente la detención internacional se ha convertido en un elemento clave en toda operación exterior de fuerzas militares o policiales, aunque no revista caracteres de conflicto armado.

En este sentido, Morenilla Rodríguez afirma que “la internacionalización de la protección de los derechos humanos, es un hecho histórico con efecto de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra. De ello resulta la relación entre Estado democrático y Derecho y el respeto a los derechos del individuo, problema que afecta directamente a las relaciones internacionales y a la postre a la paz mundial”¹¹.

Por su parte, defiende Luis Peraza en su obra que “España es la patria del genial y universal Quijote de Cervantes y, como tal, acepta todos los crímenes internacionales que se le presenten. En esta lucha contra gigantes la clave está en pensar que son sólo molinos de viento que dejarán de agitar sus armas cuando el viento de la impunidad amaine y su círculo vicioso se rompa”¹².

⁶ ITURMENDI MORALES, J.; “¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?”, en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, volumen 2, Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 524.

⁷ *Ibídem*, pp. 775-776.

⁸ *Ibídem*, p. 776.

⁹ SAPOLINSKI, J.; *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Ed. Universitaria, Madrid, 1993, p. 12.

¹⁰ *Ibídem*, p. 12.

¹¹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.; *Sistemas de protección de los derechos humanos*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1958, pp. 15-16.

¹² PERAZA, L.; “La jurisdicción universal: una realidad en constante construcción”, en *Revista de fundamentación jurídica, Dikaion*, número 15, 20, Número 15, Colombia, 2006, pp. 323-364.

En este sentido, defiende, “el ciclo de la lluvia es la mejor imagen para reflejar la relación entre el derecho y la justicia, tanto nacional como internacional. El derecho y la justicia nacional son como un mar de sentencias y leyes, la mejor parte del cual se va evaporando y condensando en un cielo preñado paulatinamente de nubes que serían el derecho y la justicia internacional. Una vez cristalizado, se desata una lluvia sobre el mar en forma de derecho y justicia internacional que influye, se mezcla y se diluye, en su descarga, en el mar nacional”¹³.

Por lo que, en la justicia internacional, “la influencia es mutua, recíproca y simbiótica ya que enriquece todas las esferas del derecho y la justicia. Para conseguir la aplicación efectiva del ideal de justicia internacional, los tribunales internacionales y nacionales deben seguir creando derecho y jurisprudencia que se base en un único, desbordante e irradiante concepto: la dignidad del ser humano”¹⁴.

En esa misma línea, parafraseando a Peter Haberle “a nosotros nos queda en la actualidad, ni más ni menos, la tarea de crear un derecho constitucional nacional, regional y universal de la dignidad humana”¹⁵.

III. Aplicación de los Principios internacionales a la detención

En Derecho Internacional, se establecen una serie de principios básicos que inundan con su espíritu, cualquier norma que se pretenda aplicar en materia de detención legal.

Estos principios conforman un sistema de garantías del sujeto detenido frente a cualquier injerencia o vulneración de sus derechos fundamentales.

Así, la Organización de las Naciones Unidas, en su Asamblea General de 1988, mediante resolución 43/173 aprobaría el “conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, y que de modo no exhaustivo cristalizan en, la protección de los derechos humanos de los detenidos.

IV. Principio de dignidad

El legislador constitucional presenta a la dignidad como un derecho fundamental que viene reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución española, donde se reconoce que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Se desprende del contenido de este artículo, que la dignidad no es un mero ideal social, sino que supone un status especial de la persona¹⁶.

Para González Pérez la dignidad de la persona supone “la consagración de la misma, como principio rector del ordenamiento jurídico español”¹⁷. Resulta destacable el contenido normativo de la Constitución española cuando reconoce a la dignidad de la persona como un valor superior que pertenece a la persona por el mero hecho de serlo.

La dignidad humana se presenta para Marina Castán como “una categoría pluridisciplinar, porque para su cabal caracterización y configuración se impone la confluyen varias disciplinas: la Filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral, la Antropología, la Política y el Derecho”¹⁸.

Sánchez Agesta por su parte, defiende que la dignidad es “la excelencia o mérito de un ser y el decoro o respeto que se le debe por esa excelencia. Dignidad de la persona significa, pues, lo que se debe a la persona por su cualidad de tal y,

¹³ Ibídem, p. 326.

¹⁴ Ibídem, p. 326.

¹⁵ Ibídem, p. 327.

¹⁶ SÁNCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1986, p. 91.

¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ J.; *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, p. 80.

¹⁸ MARÍN CASTÁN, M.; “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales” en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 9, Barcelona, 2007, p. 1.

si se quiere dar un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma de hombre como ser personal”¹⁹.

Se desprende, en este sentido, que la racionalidad que ostenta la persona es precisamente, quien le faculta la posibilidad de ostentar la titularidad del rango o categorización de persona. Así lo defiende Santiago Nino cuando afirma que “los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento”²⁰.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión, será tratada humanamente y con el respeto debido, a la dignidad inherente al ser humano.

En torno al fundamento de la dignidad de la persona humana, se parte de la consideración que reconoce que cualquier hombre racional es considerado como persona, con lo cual el Estado en todo caso, deberá intervenir en garantizar y salvaguardar todo aquello que afecte a la libertad y a la dignidad humana.

Por su condición de persona, tanto en su proyección social como individual, la dignidad asume una conceptualización jurídica-política. De hecho, en la actualidad, la persona humana y su dignidad ha asumido una consideración especial. Prueba de ello, es que se puede observar su referencia en las declaraciones, Pactos que contemplan el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, creando medidas normativas de control en aras de proteger la dignidad frente a cualquier lesión que pueda atentar contra la misma. Es más, la dignidad de la persona humana y los derechos que le resultan propios se han cristalizado en numerosas declaraciones, tanto a nivel nacional como internacional.

V. Principio de legalidad

El principio de legalidad, se muestra como una garantía que ostenta la categorización de los derechos fundamentales y se cristaliza sobre el principio de seguridad humana.

Este principio de salvaguarda, se proyecta en la Constitución en la visión de Ferrajoli, como un “derecho sobre el derecho, como vínculos y límites a la producción jurídica. Considera que esto es una innovación en la estructura de la legalidad: “la regulación jurídica el derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos”²¹.

La idea de los derechos fundamentales y sus garantías en el sistema jurídico cobra su sentido cuando autores como Pérez Luño defienden que “todo ordenamiento jurídico posee una norma o regla fundamental que lo identifica, y que orienta y dirige la interpretación y aplicación de las normas singulares que lo integran. En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución asume el papel de norma fundamental”²².

Este planteamiento, nos conduce a la idea que defiende, “el sentido de cada disposición normativa concreta, sólo se puede captar, considerándolo como parte de la reglamentación jurídica completa dentro de la cual esa disposición se encuentra”²³.

El arresto, la detención o la prisión, sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin. Así mismo, no se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, reconocida o vigente en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o

¹⁹ SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española*, cit., p. 74

²⁰ NINO, C.S.; *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 159.

²¹ FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías, La ley del más débil*, (traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi) Trotta, Madrid, 2004, p. 19.

²² PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 141.

²³ ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*, (A. Messuti, comp.), Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 115.

costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

VI. Principio de control jurisdiccional

El principio de control jurisdiccional, parte de la naturaleza de la separación de los poderes del Estado Social. Constituye, en este sentido, un valor incalculable en la garantía de la función jurisdiccional, precisamente por no ser la misma administración quien la aplica y la que la controla.

Un adecuado control jurisdiccional, es aquel que se realiza conforme al ordenamiento jurídico, es el que ejerce su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la figura jurídica de la detención, como medida cautelar de carácter personal por la que se limita al imputado, provisionalmente, su derecho a la libertad con el fin de determinar su responsabilidad en un hecho punible, debe, en todo caso, asumirse desde la responsabilidad de las Instituciones u Órganos que tengan competencia determinada por la propia Constitución.

Por tanto, se deduce que toda forma de detención o prisión, así como, las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez o autoridad.

Las autoridades que arresten a una persona, la mantengan detenida o investiguen el caso sólo podrán ejercer las atribuciones que les confiera la ley y el ejercicio de esas atribuciones estará sujeto a recurso ante un juez u otra autoridad.

VI. Principio de integridad física

El principio de integridad física lleva implícito el reconocimiento de la persona y su dignidad. La dignidad se presenta, por tanto, como el soporte de la integridad individual.

En este sentido, no resulta difícil entender, cuando se reconoce en la Constitución del 1978 a la dignidad como un precepto fundamental y de modo indiscutible queda unido al principio de libertad, igualdad e integridad como valores jurídicos fundamentales.

La positivación jurídica del valor jurídico fundamental que representa la integridad, lleva implícito, el reconocimiento de una serie de derechos inmanentemente propios a la persona, que tienen como fin último, garantizar pleno derecho personal de manera individual. En este sentido, los poderes públicos deberán instaurar garantías que permitan la realización eficaz del mismo.

Ninguna persona, sometida a cualquier forma de detención o prisión, será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Precisamente por ello, los funcionarios y los operadores jurídicos, quedan sometidos a la exigencia de las obligaciones que le vienen impuestas en el Código de conducta para funcionarios expresada por las Naciones Unidas, donde en su artículo 1.1 reconoce que, “ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad o penas crueles, inhumanos o degradantes”²⁴.

En este sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, expresa en su artículo 10 que, “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona.

²⁴ MENÉNDEZ, M.; *En torno a la prohibición internacional de la tortura*, Porrúa, México, 2005, p. 409.

Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.

Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.

Aunque, se ofrecerá a toda persona detenida un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos.

VII. Principio de información

Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él, notificándole sin demora de la acusación formulada contra ella.

Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

La constancia de esas actuaciones será puesta en conocimiento de la persona detenida o de su abogado, si lo tiene, en la forma prescrita por la ley, razones del arresto; la hora del arresto de la persona y la hora de su traslado al lugar de custodia, así como la hora de su primera comparecencia ante el juez u otra autoridad; identidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que hayan intervenido; Información precisa acerca del lugar de custodia.

Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos.

VIII. Principio de asistencia letrada

Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la defensa se conforma como la capacidad de ejercer “toda la actividad precisa para contribuir a eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha hecho recaer sobre una determinada persona. Y más especialmente, como el derecho del imputado a la tutela de su libertad, cuando pretende la observancia de las normas que evitan la lesión del propio derecho a la libertad”²⁵.

Así señala Aroca, en este sentido, que “el derecho fundamental atribuido a las partes de todo proceso y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial”²⁶.

La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designen un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Resulta, por tanto, reseñable, como en el modelo constitucional español, el constituyente deja claro la intención de velar por el fundamento que deriva del artículo 24 cuando reconoce que “todas las personas tienen derecho a obtener la

²⁵ MORENO CATENA, V.; *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid 1982, p. 24.

²⁶ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 323.

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Asimismo, continúa en el artículo 24. 2 reconociendo que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

Se desprende del contenido constitucional, que toda persona que se encuentre detenida, tendrá derecho a comunicarse con su abogado y consultarlo.

Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

El derecho de la persona detenida o presa, a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

Las comunicaciones entre una persona detenida o presa y su abogado, mencionadas en el presente principio no se podrán admitir como prueba en contra de la persona detenida o presa, a menos que se relacionen con un delito continuo o que se proyecte cometer.

IX. Principio de presunción de inocencia

Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad, conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.

Sólo se procederá al arresto o detención de esa persona, en espera de la instrucción y el juicio cuando lo requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención, o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.

X. Principio de “Habeas corpus”

El principio de Habeas Corpus, se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales de los sistemas democráticos. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de tutela de los derechos y libertades en el ámbito de protección judicial.

Así lo entiende Pérez Luño, cuando refuerza el ideal de los valores superiores de nuestra constitución como “elemento decisivo para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los derechos fundamentales, ha otorgado especial relieve el papel que corresponde a los Tribunales en la salvaguarda de las libertades”²⁷.

La garantía del Habeas Corpus tiene su origen “en la práctica judicial del *writ* of habeas corpus, que funciona como un recurso judicial por el que se solicita a un juez o tribunal que se dirija a quien tiene detenida a una persona y la presente ante ellos”²⁸.

²⁷ PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*, cit., p. 80.

²⁸ *Ibidem*, p. 85

Toda persona detenida a causa de una infracción penal, será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida, al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERRAJOLI, L.; *Derechos y garantías, La ley del más débil*, (traducido por P.A. Ibáñez y A. Greppi) Trotta, Madrid, 2004.
- GAJA G.; "The Position of Individuals in International Law: an ILC Perspective". en *Ejil*, Vol. 21, Nº 1, New York, 2010.
- GONZÁLEZ CAPANERA, F.; *Los derechos humanos en el siglo XXI*, Ariel, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.A.; "La seguridad pública en México" en *Los desafíos de la Seguridad Pública en México*, Universidad Iberoamericana UNAM y PGR, México, 2000.
- GONZÁLEZ PEREZ J.; *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- ITURMENDI MORALES, J.; "¿Hacia un nuevo Derecho Internacional?", en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, volumen 2, Universidad Complutense, Madrid, 2001.
- MARÍN CASTÁN, M.; "La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales" en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 9, Barcelona, 2007.
- MENÉNDEZ, M.; *En torno a la prohibición internacional de la tortura*, Porrúa, México, 2005.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2005.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M.; *Sistemas de protección de los derechos humanos*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1958.
- MORENO CATENA, V.; *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid 1982.
- MORENO LUCE, M.S.; "La seguridad pública, los derechos humanos y su protección en el ámbito internacional", en *Revista Letras Jurídicas*, volumen 9, México, 2004.
- NINO, C.S.; *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984.
- PERAZA, L.; "La jurisdicción universal: una realidad en constante construcción", en *Revista de fundamentación jurídica, Dikaion*, número 15, 20, Número 15, Colombia, 2006.
- PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
- PÉREZ LUÑO, A.; *Los derechos fundamentales*.
- SANCHEZ AGESTA, L. *Sistema político de la Constitución Española*.
- SÁNCHEZ AGESTA, L.; *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1986.
- SAPOLINSKI, J.; *Sobre el concepto de igualdad jurídica*, Ed. Universitaria, Madrid, 1993.
- VARELA CASTEJÓN, X. y RAMÍREZ ORTIZ, J.L.; "Doce tesis en materia de detención policial preprocesal" en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo, Barcelona, 2010.
- ZACCARIA, G.; *Razón jurídica e interpretación*, (A. Messuti, comp.), Thompson Civitas, Madrid, 2004.

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

Protection of material cultural heritage in armed conflict

José Javier Fernández Hernández¹

Universidad de Santiago de Compostela (España)

"El patrimonio de un país es por esencia su identidad cultural, ya sea grande o pequeño, majestuoso o sencillo, material o inmaterial, debe ser conservado y tener un significado para las generaciones futuras".

leoh Ming Pei

Sumario: 1. Introducción; 2. Necesidad de mejorar la normativa internacional relativa a la protección del patrimonio cultural; 3. Protección integral del Patrimonio Cultural; 4. Restitución de los bienes culturales confiscados durante un conflicto armado; 5. Necesidad militar imperativa de destrucción del patrimonio cultural; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía; 8. Normas citadas.

Resumen: El patrimonio cultural, es la herencia que recibimos de nuestros antepasados, legado que debemos conservar y transmitir a otras generaciones porque forma parte de la identidad de cada pueblo. En determinadas ocasiones, este patrimonio es único, no existe nada similar en el mundo, por lo que su protección internacional es de suma importancia, tal protección es declarada por la UNESCO, que les otorga la distinción de "Patrimonio cultural de la Humanidad", debiendo ser conservado y protegido por su país de origen y por la comunidad internacional. En este sentido, aquellos que ejecuten u ordenen ataques para la destrucción del patrimonio cultural, deberán asumir la responsabilidad penal derivada de los actos que ejecutaren. Para ello, todos los países deben establecer todo aquello que fuere preciso para determinar su competencia bajo el Derecho Internacional de forma que no quede impune quien realice actos de semejante naturaleza las medidas necesarias para, de conformidad con el Derecho Internacional, declararse jurídicamente competentes y establecer penas que sancionen a las personas que lleven a cabo u ordenen los mencionados actos.

Palabras Clave: Patrimonio cultural - Protección – Defensa – Derecho Internacional - Militar

Abstract: The cultural heritage is the inheritance that we received from our ancestors, a legacy that we must preserve and transmit to other generations because it is part of the identity of each town. On certain occasions, this heritage is unique, there is nothing similar in the world, so that its international protection is of the utmost importance, such protection is declared by UNESCO, which grants them the distinction of "Cultural Heritage of Humanity", it must be conserved and protected by its country of origin and by the international community. In this sense, those who execute or order attacks for the destruction of cultural heritage must assume the criminal responsibility derived from the acts that they execute. To this end, all countries must establish the necessary measures to declare themselves

¹ Graduado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja-España. Estudiante de Máster Universitario en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela-España.

Recibido: 21/02/2018

Aceptado: 09/03/2018

legally competent, in accordance with international law, and establish penalties that punish the persons who carry out or order the aforementioned acts.

Keywords: Cultural heritage - Protection - Defense - International Law – Military

1. Introducción

¿Qué entendemos por patrimonio cultural?, según la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO) es aquel que heredamos, es el legado cultural propio de nuestros antepasados, conservado hasta el presente y entregado a las generaciones de hoy y aquellas que estar por venir.

Esta definición es muy importante, dado que el patrimonio cultural muestra la vida de una comunidad, sus ideologías, gustos, modas, arte e incluso su identidad. La información que se puede extraer del patrimonio cultural, sería suficiente para el caso de tener que reconstruir comunidades desmembradas tras un conflicto armado, por ello es tan importante su protección. Es una catástrofe observar, sin poder hacer nada, como el ser humano se destruye así mismo y a sus semejantes, llegando en muchas ocasiones incluso a la total desaparición de patrimonio cultural de otros pueblos, por el mero hecho de ser diferentes, o por cuestiones económicas y de dominio.

Como sabemos, en el mundo existen muchas civilizaciones, pueblos y razas diferentes, cada país, sea grande o pequeño, posee patrimonio material o inmaterial, presente en su educación, idioma, costumbres, hábitos, etc., que los convierte en únicos.

Tal es así que, en determinados casos, el patrimonio cultural existentes es tan excepcional que se le llega a considerar “Patrimonio cultural de la Humanidad”, consideración tras la cual tendrá que ser protegido no sólo por el país de origen, sino también por el país donde este se encuentre y por el resto de la sociedad mundial.

Esta declaración es un privilegio para un Estado, por supuesto que sí, no obstante, supone un gran compromiso el preservarlo y defenderlo. Producto de esta inquietud surge la merced a la labor de UNESCO, la Convención² sobre la protección mundial cultural y natural³.

La historia de la humanidad, nuestra historia, ha sido siempre un ir y venir de conflictos armados, de luchas por el poder, motivados por ideologías, intereses económicos, políticos o geográficos, una lucha constante en la que se han cometido muchas barbaridades que desembocaron en la aniquilación parcial o total de diversas sociedades. Como expone San Martín, “la destrucción de las pruebas tangibles de la existencia de una comunidad nacional, étnica o religiosa es una de las consecuencias de los conflictos armados”⁴. Los conflictos, bombardeos, vandalismo y el saqueo o botín, han sido y siguen siendo circunstancias presentes en las principales guerras que han tenido lugar a lo largo de la historia, esto ha perjudicado e imposibilitado notoriamente la conservación del patrimonio cultural.

Por desgracia, estos actos de destrucción de numerosos bienes culturales muebles e inmuebles son más frecuentes de lo que nos gustaría – altares, zonas destinadas al culto religioso, galerías, archivos, colecciones, etc. – despojando a la sociedad del patrimonio de todos, que en la mayoría de casos es exclusivo⁵.

Sin embargo, como puntualiza Miranda, “no es hasta que acaba la Segunda Guerra Mundial, tras una destrucción masiva del patrimonio cultural, que se percataron de la necesidad de salvaguardar el patrimonio cultural”, por lo que se

² Firmada en París con fecha 16 de noviembre de 1972.

³ UREÑA ÁLVAREZ, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz”. Cuadernos de Estudios Empresariales, 2004, pp. 245-260.

⁴ SAN MARTÍN CALVO, M: *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 429.

⁵ UNESCO, Dossier informativo, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos, “Proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado, 2008.

aprobó la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y el protocolo de ese mismo año, siendo el más reciente de 1999⁶.

Actualmente Ureña, refiriéndose a la Convención de La Haya, esta fue bien acogida por los Estados Parte⁷, que hoy por hoy son 115, comprometiéndose a disminuir las consecuencias que los conflictos armados ocasionaban sobre este patrimonio cultural, designando Comisionados Generales para los bienes culturales necesariamente protegidos y su inscripción en el Registro Internacional de Bienes Culturales bajo una Protección Especial⁸, etc. Es necesario respetar la dignidad y diferencias de una población para preservar su patrimonio cultural.

¿A quién le gusta que otros pueblos ataquen lo que consideramos nuestro, nuestra herencia o legado?, los ataques intencionados contra los bienes culturales de otro pueblo son signo de vilipendio, y esto puede mostrar la peor cara del ser humano. Se debe hacer todo lo posible por proteger, esto forma parte exhaustiva de la labor humanitaria destinada a salvaguardar a esa población. Según Ming Pei *“El patrimonio de un país es por esencia su identidad cultural, ya sea grande o pequeño, majestuoso o sencillo, material o inmaterial, debe ser conservado y tener un significado para las generaciones futuras”*⁹.

Como refleja Dutli en el Informe de la “Reunión de expertos sobre la Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado” del Comité Internacional de la Cruz Roja, en Ginebra, octubre 5-6 de 2000: *La protección de la cultura de todos, de los bienes culturales, debe ajustarse a los tiempos en los que vivimos. No da lugar el tratar los conflictos de modo un distante*¹⁰.

La destrucción de las pruebas tangibles de la existencia de una comunidad nacional, étnica o religiosa es una de las consecuencias de los conflictos armados; destrucción que ocasiona graves quebrantos en bienes culturales y afecta al patrimonio cultural de toda la humanidad. Por ello, es capital que el DIH adopte las normas que resulten necesarias para alcanzar ese fin de protección de los bienes de carácter cultural durante los conflictos armados, y para la comunidad internacional, tomar conciencia de la trascendencia que tiene su conservación y defensa¹¹.

2. Necesidad de mejorar la Normativa Internacional relativa a la Protección de Patrimonio Cultural.

La gran mayoría hemos comprobado que las normas del derecho internacional humanitario no se cumplen, al menos no lo suficiente, por lo que la normativa existente referente a la protección del patrimonio cultural no podía ser la excepción¹². Mientras no exista un organismo encargado de hacer cumplir el derecho internacional y castigue a los infractores, cada país seguirá haciendo lo que le parezca. Por ello, es necesario realizar una revisión de la Convención de 1954, o bien, la elaboración de un nuevo Protocolo que incremente la protección, porque todos los países y sus sociedades deben de ser conscientes de la importancia cultural e histórica que tiene su patrimonio garantizando su existencia y conservación como es debido.

⁶ MIRANDA GONÇALVES, R.: “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”, Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017.

⁷ Texto disponible en:

<http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=31038&language=S&order=alpha#1>

⁸ UREÑA ÁLVAREZ, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz” Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 14, 2004, pp.245-260.

⁹ Ieoh Ming Pei, arquitecto americano nacido el 26 de abril de 1917.

¹⁰ TERESA DUTLI, M.: *Informe de la Reunión de expertos*. “Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado”, 2000. CICR.

¹¹ SAN MARTÍN CALVO, M: *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 429.

¹² HENCKAERTS JEAN M., “Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999.

Lo que, si es cierto y en virtud del artículo 3 de la Convención de 1954, es que los Estados se implican en la preparación, durante los períodos de paz, a proteger los bienes culturales de los ataques lanzados con el fin de destruirlo, para ello, adoptarán las medidas apropiadas para lograr tal fin – el problema radica en que la Convención no ofrece más detalles sobre las medidas que tienen que adoptar los Estados. Por eso el Segundo Protocolo fue más claro, concretando mediante los ejemplos oportunos, las medidas que deben adoptarse en tiempo de paz y que son de gran importancia práctica, pero que requieren unos recursos financieros y conocimientos técnicos que no todos los países están dispuestos a asumir o costear.

La asignación o distribución de competencias en la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado, se encuentra regulado internacionalmente por la Convención y Reglamento de La Haya de 1954, su Primer Protocolo de 1954 y su Segundo Protocolo de 1999. Pero debemos tener en cuenta que, solo son jurídicamente vinculantes para los Estados Parte, no obstante, debido a su frecuente aplicación, otros estados que no forman parte de la Convención, les han otorgado un valor consuetudinario dentro del horizonte del derecho internacional.

No obstante, es evidente que mientras la Convención y sus Protocolos únicamente son jurídicamente vinculantes para los Estados que son parte en tales instrumentos, el resto de países puede incumplirlos constantemente durante un conflicto armado, por lo que su aplicación no es efectiva en su totalidad. La Convención establece unas sanciones para quienes la incumplen, sin embargo, apenas se ha aplicado y respetado en los conflictos de las últimas décadas. Y es que la mayoría de conflictos en desarrollo muestran rasgos asimétricos e híbridos, donde segmentos de los contendientes se encuentran a menudo conformados por milicias y actores no Estatales¹³. Este es un aspecto clave, pues por un lado al carecer de reconocimiento u oficialidad, se encuentran al margen del marco legislativo imperante, lo cual dificultará también la exigencia de responsabilidades¹⁴. Realmente, no existe una única definición legal sobre qué se entiende por actor no estatal. Con este término se designa a una gran variedad de posibles operadores no estatales, tanto de carácter económico como político, cultural o social, y tanto a nivel interno en cada país como a nivel universal. En la actualidad puede comprender desde individuos hasta organizaciones no gubernamentales, así como grupos armados no estatales, el crimen organizado, grupos terroristas, empresas transnacionales, corporaciones, etc.¹⁵

En tal sentido, es necesario que la Convención y sus Protocolos vinculen a todos los Países, sean parte o no, y que de ellos se pueda derivar la responsabilidad penal individual tendente a la protección del patrimonio cultural. Como señala Miranda Gonçalves, R.: El problema es que todo el entramado de Convenciones y Protocolos están pensados y son fruto de un contexto determinado que es el que enmarca el final de la Segunda Guerra Mundial.

En el Segundo Protocolo explica y despliega el derecho humanitario en cuanto a los bienes culturales. Elaborado partiendo del Protocolo I adicional y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁶, el artículo 15 contempla cinco hechos que constituyen transgresiones graves que exigen una sanción penal si se comete intencionalmente y vulnerando la Convención de 1954¹⁷ o su Segundo Protocolo, sin embargo, no es bastante con esta definición de violaciones graves para garantizar que se sancione a las personas que las lleven a cabo. Para garantizar una respuesta sancionadora sería necesario establecer medidas

¹³ En términos generales se utiliza para designar a aquellos actores de las relaciones internacionales que no son Estados ni otro tipo de sujetos del orden internacional.

¹⁴ MIRANDA GONÇALVES, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017.

¹⁵ JORDÁN J.; POZO P.; y BAQUÉS J., "La seguridad más allá del estado. Actores no estatales y seguridad internacional". Editorial Plaza y Valdez., 2011, p. 231.

¹⁶ Vid. Estatuto de Roma.

¹⁷ Vid. Protocolo de 1954, artículo 15.

competentes para el cumplimiento de la ley en el plano nacional y, para que esto ocurra, es necesario que se la penalicen tales violaciones, y se dote al estado de competencia para juzgar o extraditar, según el caso.

La Declaración de la UNESCO¹⁸ en lo referente a la pérdida o daños intencionados del patrimonio cultural de 2003, supone una réplica al incremento de los casos de destrucción intencionada del patrimonio cultural, entre los destaca la pérdida de los Budas de Bamiyán¹⁹ (Afganistán) llevado a cabo durante el año 2001. La Declaración no es en sí misma una herramienta jurídico internacional con carácter vinculante. Pero a pesar de ello, crea para los Estados ciertas obligaciones así como derechos, es tal su fuerza moral que ha sido espontáneamente adoptada por los Estados Miembros de la UNESCO, que suponen una abrumadora mayoría de la comunidad internacional²⁰.

A nuestro entender, la clave de la Declaración reside en las disposiciones de la Parte VI referida a la responsabilidad del Estado y las del VII que estatuye la responsabilidad penal individual. Respecto de las primeras, debe resaltarse que establecen una clara responsabilidad cuando la destrucción se lleva a cabo por acción u omisión, de forma deliberada. En su parte VII, la Declaración recalca la idoneidad de que los Estados se declaren competentes y establezcan sanciones efectivas contra aquellos que ejecuten u ordenen que se lleven a cabo actos intencionados de destrucción. No obstante, estas dos normas se diferencian de las contenidas en la Declaración por su ámbito de aplicación, pues sólo contempla el patrimonio cultural que resulte de “gran importancia” para la humanidad.²¹

En definitiva, ¿son limitados los instrumentos legales para resguardar los bienes culturales y sancionar los abusos durante los conflictos?, según Kila, la Convención de La Haya de 1954 se basa en antiguos tipos de guerra asimétrica entre combatientes oficiales. Las sanciones penales no son aplicables en caso de combatientes no oficiales, si bien hay mejoras que afectan a instrumentos que proporciona el Derecho Penal Internacional para juzgar a individuos que han cometido crímenes (de guerra) contra los bienes culturales²², se hace necesario imponer sanciones penales o disciplinarias a las personas (combatientes oficiales o no) que hayan ejecutado u ordenado que se lleve a cabo una contravención de la Convención (Artículo 28 de la Convención) y aplicar las normas de tipo penal contempladas en el Capítulo IV del Segundo Protocolo.

Por lo tanto, los Estados Miembros deben aunar esfuerzos y cooperar entre sí, para proteger y salvaguardar el patrimonio cultural, teniendo en cuenta la sentencia -aún reciente- de la CPO, en la que se condenó por crimen de guerra, por primera vez, al coautor de la ejecución de ataques deliberados contra edificios y monumentos históricos y religiosos.

Con fecha 27 de septiembre de 2016, la Sala de Primera Instancia VIII de la Corte Penal Internacional, dictó sentencia en el asunto *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*²³, por la que se le declaró culpable y condenó a nueve años de prisión

¹⁸ Declaración de la UNESCO relativa a la destrucción intencional del patrimonio cultural, de 17 de octubre de 2003. Disponible en: < http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17718&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html >

¹⁹ Se trata de dos estatuas monumentales de estilo greco-budista, situadas a 230 km al noroeste de Kabul, en el valle de Bamiyán a los dos lados de un acantilado. Parece que fueron construidas en el siglo V o VI.

²⁰ UNESCO, “Dossier informativo, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos, Proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado”, 2008.

²¹ GREPPI, E., *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*. Revista Internacional de la Cruz Roja, 1999. Texto disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdnnf.htm>

²² KILA, Joris D.: “Protección de bienes culturales en conflictos armados”. Afkar ideas. Barcelona, n. 43, 2014, p. 69.

²³ ICC-01/12-01/15, *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*. Con fecha 17 de agosto de 2017, la Sala de Primera Instancia VIII dictó Orden de Reparación fijando en 2,7 millones de euros la cantidad a compensar a título de reparaciones individuales y colectivas. Puede

como coautor de un crimen de guerra que consistió en dirigir ataques contra edificios religiosos e históricos en *Timbuktu, Mali*, durante los meses de junio y julio de 2012.

En este sentido Iglesias, hace referencia a esta sentencia, que viene siendo la primera en la que un tribunal penal declara en su fallo que el ataque intencionado, así como la destrucción de edificios religiosos constituye un crimen de guerra, no obstante, esta no es la primera vez que la cuestión ha sido tratada y condenada; lo realmente interesante en este caso es que nos encontramos ante el único cargo por el que se acusa y condena a una persona por semejantes hechos. Existen otros asuntos en los que se cometieron iguales crímenes, si bien pasan más desapercibidos al conjuntarse con la comisión de otros hechos criminales de profunda gravedad²⁴.

La UNESCO anima a los Estados a que favorezcan la consecución de cualquier medida que resultare necesaria para declararse competente jurídicamente bajo el DI, pudiendo establecer sanciones respecto de quienes ordenen o cometan los actos mencionados.

3. Protección integral del patrimonio cultural

La mayoría de las Organizaciones Internacionales, y concretamente la UNESCO²⁵ entienden la importancia que reviste que los estados cooperen en aras a la protección del patrimonio cultural ante cualquier desastre.

Es por esto que, los Estados deben prestar asistencia a la UNESCO en caso de que se tenga conocimiento de que se van a destruir bienes culturales, con el fin de impedirlos. Pero, como pone de relieve Ureña, los Estados tienen libertad a la hora de establecer la jurisdicción y competencias de sus tribunales nacionales, siendo aconsejable, que éstos establezcan su competencia con carácter internacional para poder juzgar a aquellos que ejecutan u ordenan actos de destrucción de este patrimonio, y animar los Estados a que ratifiquen el Estatuto de Roma a fin de juzgar estos graves crímenes contra la humanidad, que no prescriben²⁶.

Los primeros indicios en materia de salvaguardia de los bienes culturales se constituyen a partir de las Convenciones de La Haya de los años 1899 y 1907²⁷, así como el Pacto de Roerich del año 1935 en el marco de la Unión Panamericana – actualmente Organización de Estados Americanos. No obstante, debemos señalar que las referencias a la protección son mínimas comparadas al marco legal establecido con posterioridad²⁸.

A partir del siglo XIX, es cuando se empieza a legislar al respecto, pues no existía una distinción entre lo que se debía considerar objetivo militar y lo que no (civil), por lo que los bienes culturales del enemigo se convertían en botín de guerra para el vencedor, cuando este no decidía destruirlo²⁹.

Como ya se ha mencionado, es tras la Segunda Guerra Mundial, “no es hasta que acaba la Segunda Guerra Mundial, tras una destrucción masiva del patrimonio

consultarse la Orden en <<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/12-01/15-236&ln=fr>>.

²⁴ IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. “La destrucción de los edificios religiosos en conflictos bélicos” ¿Crimen de Guerra?: A propósito de la sentencia Al Mahdi del Tribunal Penal Internacional. Revista Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, 2018.

²⁵ Texto disponible en: <https://es.unesco.org/>.

²⁶ UREÑA ÁLVAREZ, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz” Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 14, 2004, pp.245-260.

²⁷ Texto disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm>.

²⁸ MECA, Fernando Pignatelli y.: “La protección de los bienes culturales en los conflictos armados. La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales”. 1. ed. Madrid: Ministerio de Cultura, 2008.

²⁹ UREÑA ÁLVAREZ, R., “La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz” Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 14, 2004, pp.245-260.

cultural, que se percataron de la necesidad de salvaguardar el patrimonio cultural", por lo que se aprobó la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y el protocolo de ese mismo año, siendo el más reciente de 1999³⁰.

Tras este periodo han aumentado el número de conflictos no internacionales, suponiendo una nueva amenaza para los bienes culturales. Sin ir más lejos, en Europa Occidental el terrorismo ha sido la primera manifestación de violencia política.

Sin embargo, los conflictos interestatales tradicionales, como regla general, tienen como objetivo manifiesto la destrucción del patrimonio cultural del enemigo, que en muchas ocasiones se ve facilitado por la cercanía geográfica, el conocimiento del terreno y de la ubicación de los sitios y bienes culturales.

A este respecto, suponen un ejemplo importante las destrucciones llevadas a cabo durante el conflicto en la ex Yugoslavia, donde los bandos contrarios, bajo el imperioso deseo de destruir a su contrincante, llevaron a cabo ataques deliberados a numerosos bienes culturales que no formaban parte de los objetivos militares. Ejemplos suficientemente ilustrativos de estas destrucciones fueron la voladura del Puente de Mostar en Bosnia o el bombardeo de Dubrovnic.

Por lo que, si no se toman medidas al respecto, se seguirá incumpliendo el mensaje de la Convención de la Haya sobre el deber de salvaguardar los bienes culturales: *"Los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial"*.³¹

La ONU exige que se establezcan medidas para proteger el patrimonio cultural frente al terrorismo. El Consejo de Seguridad de la ONU (en adelante CSNU) aprobó una resolución³² por la que se exige a los países medidas para proteger el patrimonio cultural frente al extremismo, en respuesta a la destrucción y saqueo de monumentos en países como Irak y Siria. Reafirmando que el terrorismo supone, actualmente, uno de los peligros más graves para la paz y la seguridad internacional y que los atentados que llevan a cabo son injustificables, sea cual sea su motivación y lugar donde se cometan.

En los últimos años, la ONU ha observado con grave preocupación, el aumento de grupos terroristas cuyo objetivo es el tráfico cultural la destrucción del patrimonio cultural, así como otros delitos conexos. Un claro ejemplo de estos grupos es el denominado como Estado Islámico, que para organizar y perpetrar atentados terroristas necesita autofinanciarse y obtener ingresos, participando activamente en la excavación ilegal, saqueo y contrabando de bienes culturales que proceden de museos, bibliotecas, yacimientos de tipo arqueológicos y otros lugares.

Estos actos de saqueo y contrabando del patrimonio cultural deben suponer un incremento de la cooperación internacional, sobre todo en la prevención de estos delitos y justicia penal internacional para combatir el tráfico de bienes culturales. Es imprescindible el establecimiento y desarrollo de sistemas de justicia penal efectivos e imparciales, que deben conformar una verdadera estrategia que sirva para luchar y acabar con la delincuencia organizada y el terrorismo³³.

³⁰ KILA D. (2014) p. 69.

³¹ Dossier informativo, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos, "Proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado, 2008 UNESCO.

³² Resolución 2347, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7907ª sesión, celebrada el 24 de marzo de 2017.

³³ A este respecto son importantes las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos.

4. Restitución de los bienes culturales confiscados durante un conflicto armado³⁴.

Tras un conflicto armado, el bando vencedor saquea todo el patrimonio cultural, es decir, todo aquello que puede vender en el mercado negro y supone una fuente de ingresos, esto es lo que conocemos como *el botín de guerra*.

Por estos motivos, entre otros, en los tratados de paz³⁵ firmados al final de la Segunda Guerra Mundial de forma expresa, se implantó expresamente la obligación internacional de restitución de bienes culturales. Esto se aplicaba a todo bien identificable de carácter cultural, independientemente de que su titularidad fuere de carácter privado o público cuando además sirviéndose de violencia o coacción, hubieran sido trasladados³⁶. A tal efecto, los estados debían proporcionar la ayuda necesaria para que se llevara a cabo la devolución de los bienes objeto de restitución. Ello suponía adoptar medidas pertinentes para que tal transacción resultara ineficaz, cuando el bien de que se tratare hubiere sido adquirido por un tercero, en la adopción de las medidas pertinentes para declarar ineficaz tal transacción.

De lo anterior se deduce que, un estado parte queda vinculado por las normas citadas, a devolver todos aquellos bienes culturales obtenidos o trasladados ilegalmente a su territorio, todo ello garantizado por la protección que se otorga internacionalmente.

Los bienes transferidos “legalmente” durante un conflicto armado, no se encontraban amparados por tales normas, por lo que se hacía necesario determinar que la procedencia de los bienes era ilegal para poder contar con la protección que ofrecen tales instrumentos internacionales.

Como ilustración de lo que acabamos de exponer, con la entrada de las tropas estadounidenses en Alemania, y por lo que se refiere a la restitución de los bienes de carácter cultural que habían sido objeto de confiscación por el gobierno nazi, se estableció una regulación para el tratamiento de aquellos bienes hallados en Alemania. La institución encargada de coordinar la protección de los bienes culturales que se encontraban en Alemania era el *Allied Control Council*.

La devolución de los bienes que pudieran ser identificables y que, en el momento de la ocupación del estado invadido, existieran. Se trataba, como determina Kowalski, de determinar con la claridad necesaria, bienes saqueados, de tal forma que los clasificados como culturales eran examinados y embargados, en especial los de titularidad pública³⁷. Se prohibieron, además, los negocios de cualquier tipo que tuvieran por objeto la transferencia de bienes situados en Alemania. Sólo aquellos que se dedicaban al comercio de antigüedades, que contaban con un permiso especial, podían intervenir en el tráfico de tales bienes culturales.

Actualmente, indica Miranda, que el marco jurídico internacional para la protección de los bienes culturales, está compuesto por un sólido conjunto de instrumentos, que son: *la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos (1954 y 1999 respectivamente)*. *La Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir las importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas*

³⁴ CAAMIÑA DOMÍNGUEZ CELIA M., “La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra”, 2004.

³⁵ Tratado de París de 1947; Tratado de Paz de Moscú de 1940; Tratado de San Francisco de 1951; Tratado de Zgorzelec de 1950; Tratado estonio-soviético de asistencia mutua de 1940; Tratado Alemán- Soviético de Amistad, Cooperación y Demarcación de 1939; Tratado de letón-soviético de asistencia mutua de 1939; Tratados de Roma de 1941.

³⁶ Art. 22 del Tratado de Paz con Bulgaria; arts. 11 y 24 del Tratado de Paz con Hungría; art. 12 y 75 del Tratado de Paz con Italia, todos ellos de 10 de febrero de 1947. El texto de los mencionados tratados puede consultarse en *Treaties of peace with Italy, Roumania, Bulgaria, Hungary and Finland. Texts for signature in Paris*.

³⁷ Vid. W.W. KOWALSKI, “Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law”, pp. 159-160.

*de bienes culturales (1970) y la Convención del patrimonio mundial a la que ya nos hemos referido anteriormente (1972)*³⁸.

La UNESCO, como se desprende del informe, lleva a cabo la labor de fomentar que los bienes retornen a su lugar de procedencia u origen en caso de que la apropiación fuera de carácter ilícito (Informe sobre actividades del bienio 2002-2003)³⁹.

Sin embargo, en Europa a la hora de luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales, el problema se agrava, ya que a partir del 1 de enero de 1993 se instauró el mercado interior, que en nada parece contradecir el establecimiento del mercado interior a la continuidad de las normas imperativas de protección de los patrimonios nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que sean compatibles con el Derecho comunitario. Sin embargo, en la práctica supone un considerable recorte de la operatividad de tales normas.

El principal medio por el que tales normas se hacen efectivas, según indica Fuentes, son los controles aduaneros, por lo que al desaparecer éstos como consecuencia de la desaparición de las fronteras interiores en el territorio de la Unión, facilita el flujo ilegal intracomunitario de bienes culturales, así como la constitución de Estados miembros de tránsito desde los cuales dichos bienes pueden ser más fácilmente exportados hacia terceros Estados⁴⁰.

Las consecuencias negativas del establecimiento del mercado interior sobre la protección nacional de los patrimonios de los Estados miembros no pasaron inadvertidas. Por ello, los primeros al firmar el Acta Única Europea insertaron en ella una Declaración general sobre sus arts. 13 a 19 en la cual se afirma que *"nada de lo establecido en esas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que consideren necesarias en materia de (...) lucha contra (...) el tráfico de obras de arte y antigüedades"*.

Este es el mismo problema que afrontó la Comisión en su Comunicación al Consejo sobre la protección de los patrimonios artísticos, históricos y arqueológicos nacionales teniendo en cuenta la supresión de las fronteras interiores en 1992⁴¹. Tal es así, que en determinadas medidas que se propusieron en ella reside el origen de las directivas y reglamentos que se elaboraron para luchar contra el tráfico ilícito intracomunitario y extracomunitario de bienes culturales.

5. Necesidad militar imperativa de destrucción del patrimonio cultural

Los bienes culturales no estuvieron sujetos a ninguna norma internacional hasta el siglo XIX. Ello se debe, entre otros, a que no existía una clara distinción entre objetivos militares y objetivos civiles, de tal forma que eran considerados como botín de guerra los bienes del enemigo, cuando no se destruía por actos vandálicos.

Es a partir del siglo mencionado, cuando se inician con las dos conferencias de Paz de 1899 y de 1907 de la Haya, disposiciones tendentes a la protección de los bienes culturales⁴². Así, por ejemplo, en lo relativo a los bombardeos, es necesario que se tomen medidas para evitar, en la medida de lo posible, que se ocasionen daños sobre edificios que se emplean para la beneficencia, las artes, o el culto, así como aquellos que se consideren históricos o que sean hospitales, siempre que no estén siendo utilizados para fines militares⁴³.

En cuanto a los bienes públicos destinados a la educación, las ciencias, las artes, o los dedicados al culto – aunque sean propiedad del Estado- tendrán consideración de propiedad privada. Por lo tanto, su destrucción o embargo

³⁸ MIRANDA GONÇALVES, R., "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017.

³⁹ Conferencia General UNESCO 27 junio de 2003, 32 periodo de sesiones.

⁴⁰ FUENTES CAMACHO, V. (1993), El tráfico ilícito internacional de bienes culturales.

⁴¹ *Corrigendum* (COM (89) 594 final/2, Bruselas, 19 enero 1990.

⁴² UREÑA ÁLVAREZ, R., "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz". Cuadernos de Estudios Empresariales, 2004, pp. 245-260.

⁴³ Vid. Artículo 27 del Reglamento relativo a los usos y costumbres de la guerra terrestre.

internacional de dichos bienes, está prohibido⁴⁴. Esta formalidad era demasiado genérica para proporcionar una protección apta a estos bienes, pero también dependía la actitud que tuviera cada beligerante respecto a su mayor o menor cumplimiento.

Por último, en cuanto a los objetivos terrestres que pueden bombardear las fuerzas armadas, el comandante de las fuerzas opresoras debe adoptar necesariamente, medidas que respeten los edificios protegidos y que no se estén empleando con fines militares⁴⁵.

Estos convenios tenían algunos inconvenientes, si bien ello no obsta al reconocimiento del enorme avance que suponen al aplicarse tanto en supuestos de conflicto bélico como en otros en lo que no existía de forma oficial y previa una declaración efectuada formalmente de guerra. No olvidemos que, en la mayoría de las guerras no se declaraban previamente de forma oficial, hoy en día esto no es así, antes era necesaria la declaración formal de estado de guerra para que pudieran aplicarse los convenios. Lo que supuso un gran avance en esta regulación fue la primera codificación respecto del derecho de la guerra, aparte de que en la disposición 3 del IV Convenio de La Haya de 1907, quedaba estatuido que la parte beligerante que quebrantase las normas del Reglamento estaría obligada a abonar una indemnización, pues en palabras de Nahlic, se declaraba responsable de aquellos actos cometidos por sus propias fuerzas armadas⁴⁶.

No obstante, siempre existió la necesidad militar imperativa de cometer actos de hostilidad, así como de utilización de los bienes culturales, aquí radica el principal problema a la hora de proteger el patrimonio cultural durante los conflictos armados, ya que los ataques no se limitan a objetivos militares. En este sentido, Kila opina que, "La necesidad militar ocasiona un conflicto de intereses entre la protección de los bienes culturales y los fines militares"⁴⁷.

La guerra en sí, supone un escenario en que los peligros mayores acechan sobre los bienes culturales, los de tipo inmueble son arrasados en el transcurso del conflicto como resultado de los bombardeos, los muebles son objeto de expolio, saqueo, o botín, bien sea durante o después de la conflagración.

En este sentido, aunque la Convención de 1954 no dice nada sobre la restitución o exportación ilegal de un estado a otro, fue aprobado el Protocolo de 1954 que si prohíbe la exportación de bienes culturales de una región ocupada y exige la devolución de tales bienes al mismo al Estado del que fueron despojados, algo que es más difícil de cumplir. También prohíbe la confiscación de estos bienes como botín o compensaciones de guerra.

Los autores clásicos condenaban los daños causados innecesariamente a edificios, monumentos de gran importancia cultural. Así, Vattel afirmaba que *«en el curso de las hostilidades deben salvaguardarse los edificios que honran a la humanidad y que no contribuyan a hacer más potente al enemigo»*⁴⁸.

No debemos olvidar que los bienes culturales son de carácter civil y, como tales, no deben ser atacados ni arrasados durante un conflicto armado; únicamente si pasan a ser objetivo de carácter militar, pueden ser objeto de ofensiva. Si bien, Casanovas llega a la conclusión de que la aplicación de esta Convención puede verse disminuida en la práctica por la cláusula de *«necesidad militar imperativa»*, excepción por la que podrían atacarse bienes culturales, otros textos de Derecho Internacional Humanitario, como son los Protocolos adicionales de 1977 a las

⁴⁴ Vid. Artículo 56 del Reglamento relativo a los usos y costumbres de la guerra terrestre.

⁴⁵ Vid. Artículo 5 del IV Convenio de la Haya de 1907.

⁴⁶ NAHLIC, S., «Protection des biens culturels» en «Les dimensions internationales du droit humanitaire» UNESCO 1986.

⁴⁷ KILA, Joris D.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados". Afkar ideas. Barcelona, n. 43, 2014, p. 69.

⁴⁸ Emer de VATTEL, "Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la conduite aux affaires des Nations et des Souverains", tomo II, Londres, 1758, libro III, capítulo IX, parágrafo 168 (consultado a través de la reimpresión realizada por Slatkine Reprints-Henry Dunant Institute, Ginebra, 1983).

Convenciones de Ginebra de 1949, enmiendan este defecto, pues en los mismos se dispone una protección de carácter absoluto ya que se estatuye la prohibición de que los monumentos históricos sean destruidos, así como lugares de culto, obras de arte, y en definitiva lo que viene a constituir el patrimonio espiritual o cultural de los pueblos, y en consecuencia está vedada la posibilidad de su uso en apoyo de la acción militar⁴⁹.

La definición de objetivo militar contiene dos razonamientos que deben cumplirse antes de poder proceder a la destrucción, toma o neutralización de un bien. Estos razonamientos tienen que ver con la naturaleza, la ubicación, la finalidad de los bienes y con la ventaja militar⁵⁰ que se logre destruyéndolos. La naturaleza, ubicación, finalidad de los bienes deben ser tales que «*contribuyan notoriamente a la acción militar*». En cuanto al objetivo militar, existe otra exigencia: su «*destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrece en las circunstancias del caso una ventaja militar definida*». Una vez que un bien adquiere la condición de objetivo militar, puede ser, salvo en ciertas excepciones, destruido, neutralizado o capturado. Teresa afirma en el Informe de la reunión de expertos, del Comité Internacional de la Cruz Roja, que tuvo lugar en el año 2000, que esta norma reconoce la necesidad militar de atacar determinados bienes durante la guerra⁵¹.

Es muy difícil imaginar una *prohibición absoluta* de la utilización de los bienes culturales para una acción militar, dado que pueden darse situaciones en las que, por un buen motivo, los militares necesiten utilizar bienes culturales. Un ejemplo se daría en el caso de que tropas en retirada, para protegerse y defenderse, tengan que refugiarse en un edificio considerado patrimonio cultural protegido. En este caso se pondría en marcha tal excepción, que está prevista únicamente para los casos de necesidad militar imperativa, y sólo puede recurrirse a tal utilización del bien cuando no se dispone de ninguna otra alternativa⁵², tal y como establece el Segundo Protocolo en su art. 6(b).

Ahora bien, es frecuente que se mal interprete la diferencia que existe entre el nivel de protección acordado para los bienes culturales según se encuentren bajo protección común o reforzada. Entre ambas formas de protección, la principal diferencia reside en las obligaciones que recaen sobre el titular del bien cultural. En el caso de que la protección sea reforzada, su titular, no tendrá derecho a convertir el objetivo en militar, de hacerlo, esto supondría una grave violación del Protocolo Segundo y al infractor se le sancionaría penalmente como criminal de guerra. Para el caso de la protección común, su titular puede emplear el bien en una operación militar, convirtiéndolo de esta manera en un objetivo militar.

Además, hay que señalar que cuando un bien cultural se ha convertido en objetivo militar y no existe otra alternativa, el bien pierde su protección ante cualquier ataque. No obstante, el Segundo Protocolo contiene una condición adicional a la autorización de un ataque, si lo permiten las circunstancias, se deberá dar con la debida antelación y por medio eficaz, el necesario aviso⁵³.

En definitiva, no basta únicamente con la instalación medidas de seguridad y protección del patrimonio cultural material durante los periodos de paz, éstos además deberían ser efectivos en caso de que estalle un conflicto armado, algo que

⁴⁹ CASANOVAS YLAROSA, O., «La protección internacional del patrimonio cultural». Anuario IHLADI Vol. 10, 1993 pp. 45-113.

⁵⁰ El requisito establecido por la Convención de 1954 de que la necesidad militar debe ser imperativa, queda suficientemente claro en el artículo 6 del Segundo Protocolo mediante la segunda condición: siempre y cuando no exista otra alternativa.

⁵¹ TERESA DUTLI, M., Informe de la Reunión de expertos. "Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", CICR, 2000.

⁵² Segundo Protocolo, art. 6(b). Cabe señalar que el Protocolo habla de una «derogación fundada en una necesidad militar imperativa», pues es éste el lenguaje empleado en el artículo 4(2) de la Convención de La Haya de 1954 de la que es adicional el Segundo Protocolo.

⁵³ Segundo Protocolo, art 6(d).

desde mi punto de vista parece bastante complicado, ya que, siempre existirán militares mercenarios, que cobrarán parte de sus honorarios saqueando los lugares objeto de protección cultural, salvo órdenes expresas que indiquen lo contrario.

6. Conclusiones

El incremento de la tirantez entre los gobiernos y las cortes internacionales de derechos humanos, así como entre estas y los tribunales internos, suponen un argumento para que los Estados se desvinculen de los sistemas universales de protección de los derechos humanos y de defensa del patrimonio cultural.

Esto deriva en la eliminación de los mecanismos de tutela de estos derechos del ordenamiento interno de los Estados, lo que deriva, como manifiesta Salazar, en unas consecuencias nefastas, tanto para lograr una protección internacional, como para la defensa y asistencia a las víctimas de violaciones de derechos humanos, a quienes se les niega la posibilidad de encontrar justicia a nivel internacional cuando los tribunales internos incumplen su deber de proteger sus derechos⁵⁴.

Por un lado, nos encontramos con la escasez de financiación para llevar a cabo la protección del patrimonio cultural, la falta de financiación es uno de los argumentos a los que se acogen los cargos políticos de los diferentes países para no llevarla a cabo, suponiendo un obstáculo importante. Por otro lado, tenemos a las fuerzas armadas, que no quieren hacerse cargo de llevar a cabo dicha protección si no es por una orden recibida de un superior, o de un cargo político, y mientras tanto desaparece ante nuestros ojos el patrimonio cultural de distintas civilizaciones, así como su historia, relatos pasados que todos merecemos conocer y disfrutar, tal y como reconoce la Convención de 1954⁵⁵.

Sin embargo, ¿podríamos vivir sin guerras o, al contrario, matar a nuestros análogos es una particularidad innata de los humanos? Los conflictos armados siempre han sido parte de la historia de la humanidad, no obstante, no considero que sea algo innato, o que sea una consecuencia inevitable de nuestra naturaleza, sino más bien, en opinión de Mead, nos encontramos ante una invención social de la cual uno no puede desprenderse. Si la guerra es una respuesta social a nuestro entorno, poner fin a las guerras también debería ser un acto social⁵⁶.

7. Bibliografía.

- BÁDENES, M.: *La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados: especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia*, Universidad de Valencia, 2005, p. 17.
- CASANOVAS YLAROSA, O., «La protección internacional del patrimonio cultural». Anuario IHLADI, Vol 10, 1993, pp. 45-113.
- DE RUEDA ROIGÉ, F.R.: «La protección internacional del patrimonio cultural en caso de conflicto armado», LOCVS AMCENVS, 1998-1999.
- FUENTES CAMACHO, V., «El tráfico ilícito internacional de bienes culturales», 1993.
- GREPPI, E., *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*. Revista Internacional de la Cruz Roja, 1999.
- HENCKAERTS JEAN M., «Nuevas normas para la protección de los bienes culturales durante un conflicto armado», Comité Internacional de la Cruz Roja, 1999.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A.: «La destrucción de los edificios religiosos en conflictos bélicos ¿Crimen de Guerra?: A propósito de la sentencia Al Mahdi del Tribunal Penal Internacional». «Revista Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 2018.

⁵⁴ SALAZAR MARÍN D., *La Denuncia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos*, Universidad San Francisco de Quito, 2016.

⁵⁵ En la Convención de 1954 se reconoce que los bienes culturales de un pueblo constituyen parte del «patrimonio cultural de toda la humanidad».

⁵⁶ Anthropology MEAD, Margaret «Warfare is Only an Invention, not a Biological Necessity». In the Dolphin Reader, 2nd edition. Ed. Douglas Hunt, Boston: Houghton Miffling Company, 1990, 415-421.

- JORDÁN J.; POZO P.; y BAQUÉS J., "La seguridad más allá del estado. Actores no estatales y seguridad internacional". Editorial Plaza y Valdez., 2011, p.231.
- KILA, Joris D.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados". Afkar ideas. Barcelona, n. 43, 2014, p. 69.
- MECA, Fernando Pignatelli y.: "La protección de los bienes culturales en los conflictos armados. La lucha contra el tráfico ilícito de Bienes Culturales". 1. ed. Madrid: Ministerio de Cultura, 2008.
- MIRANDA GONÇALVES, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017.
- NAHLIC, S., «Protection des biens culturels» en «Les dimensions internationales du droit humanitaire» UNESCO 1986.
- SALAZAR MARÍN D.: "La Denuncia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos", *Iuris Dictio, Universidad San Francisco de Quito*, 2016.
- SAN MARTÍN CALVO, M: *Bienes culturales y conflictos armados: nuevas perspectivas de Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, 429 pp.
- TERESA DUTLI, M.: *Informe de la Reunión de expertos*. "Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", 2000. CICR.
- UREÑA ÁLVAREZ, R., "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz". Cuadernos de Estudios Empresariales, 2004, pp. 245-260.
- UNESCO, "Dossier informativo, Convención de la Haya de 1954 y sus dos Protocolos, Proteger los bienes culturales en caso de conflicto armado", 2008.

8. Normas citadas

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, 1998. Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado 1999. La Haya, 1999. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15391&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Protocolo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado 1954. La Haya, 1954b. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Reglamento para la aplicación de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado: <http://www.cinu.org.mx/eventos/cultura2002/doctos/conflictoregl.html>
- Ley del patrimonio histórico español:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>
- Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-2277>
- Resolución 253 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1543749_ES.pdf

Breve resenha sobre os meios de reação do executado no âmbito do processo de execução fiscal: análise das disposições previstas a este propósito no ordenamento jurídico português

Brief summary on the means of reaction of the person executed in the context of the tax enforcement process: analysis of the provisions envisaged in this respect in the Portuguese legal system

Patrícia Anjos Azevedo¹

Instituto Universitário da Maia (ISMAI) – Portugal;
Instituto Politécnico da Maia (IPMAIA) – Portugal;
N2i – Núcleo de Investigação do IPMAIA.

Sumário: 1. Introdução. 2. Meios de reação do executado. 2.1. Dedução de oposição à execução. 2.2. Pagamento voluntário. 2.3. Pagamento em prestações. 2.4. Dação em pagamento. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

Resumo: O processo de execução fiscal constitui um meio processual que apresenta por objetivo realizar coercivamente a cobrança de créditos tributários de qualquer natureza.

Ora, quando o contribuinte (ou outro responsável tributário) não pague o tributo dentro do prazo legal, será desencadeado pela Autoridade Tributária e Aduaneira um processo para efeitos da respetiva cobrança coerciva, com base num título executivo, que se trata de um documento que atesta a existência da dívida.

Face a este processo, o executado poderá reagir de uma das seguintes formas, previstas na lei fiscal portuguesa: dedução de oposição à execução, pagamento voluntário, pagamento em prestações ou dação em pagamento.

Palavras-chave: Processo de execução fiscal; título executivo; oposição à execução; pagamento voluntário; pagamento em prestações; dação em pagamento.

Abstract: The tax enforcement process is a procedural mean whose purpose is to enforce the collection of tax credits of any nature. When the taxpayer (or other legal responsible) does not pay the tax within the legal time limit, the Tax and Customs Authority will initiate a process for the purpose of enforcing it on the basis of an executive title, which is a document attesting the existence of the debt. In the face of this process, the defendant may react in one of the following ways, provided for in the Portuguese tax law: deduction of opposition to execution, voluntary payment, payment in portions or delivery of goods instead of money.

Keywords: Tax enforcement process; executive title; opposition to execution; voluntary payment; payment in portions; delivery of goods instead of money.

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Auxiliar Convidada no Instituto Universitário da Maia; Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia; Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA).

1. Introdução

O processo de execução fiscal é um meio processual que tem por objetivo realizar coercivamente a cobrança de créditos tributários de qualquer natureza. Ora, quando o contribuinte (ou outro responsável tributário) não pague o tributo dentro do prazo legal, será desencadeado pela Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) um processo para efeitos da respetiva cobrança coerciva, que implica a cobrança do valor em dívida, bem como dos juros de mora e eventuais coimas, custas, etc. Este processo visa a cobrança de quaisquer dívidas ao Estado e a outras pessoas coletivas de direito público, se tal forma de cobrança estiver expressamente prevista na lei. A cobrança coerciva das dívidas rege-se pelo disposto no Código do Procedimento e Processo Tributário (CPPT).

Têm legitimidade ativa no âmbito do processo de execução fiscal, para além da AT, outras entidades tais como a Segurança Social e os Municípios. De facto, os Municípios têm a possibilidade de proceder à cobrança coerciva de impostos e outros tributos, através do processo de execução fiscal, nos termos do CPPT, de acordo com a Lei n.º 73/2013, de 3 de setembro. Quanto à Segurança Social², as certidões de dívida deixaram de ser remetidas para os Serviços de Finanças, tendo passado os processos a ser instaurados nas secções de processos executivos da Segurança Social, criadas através do Decreto-Lei n.º 42/2001, de 9 de fevereiro.

2. Meios de reação do executado

2.1. Dedução de oposição à execução

O executado pode deduzir oposição à execução mediante apresentação, no órgão da execução fiscal onde decorre a execução, de uma petição inicial dirigida ao juiz do tribunal tributário competente. Esta oposição tem o valor de contestação e encontra-se sujeita ao pagamento de uma taxa de justiça, nos termos dos art.ºs 6.º e 11.º do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.

Assim, o executado que pretenda deduzir oposição à execução não deve proceder ao pagamento da dívida exequenda e acrescido, sob pena de a execução ser extinta em virtude de pagamento voluntário. No caso de se verificar esse pagamento, o órgão da execução fiscal comunica o pagamento da dívida ao tribunal tributário de primeira instância onde pender a oposição para efeitos da sua extinção – n.º 5 do art.º 203.º do CPPT. Tal não sucede se o fundamento do pagamento estiver relacionado com a obtenção de algum benefício fiscal ou a regularização excecional da situação tributária³.

O facto de o processo de execução fiscal comportar uma fase administrativa e uma fase jurisdicional terá sido com a intenção de obstar à subida de processos sem qualquer utilidade e passar assim pelo crivo da AT, prevendo-se nomeadamente o arquivamento de petições depois de revogado o ato que deu fundamento à oposição judicial.

É obrigatória a constituição de advogado nas causas judiciais cujo valor exceda o dobro da alçada do tribunal tributário de primeira instância, bem como nos processos da competência do TCA (Tribunal Central Administrativo) e do STA (Supremo Tribunal Administrativo). O valor da causa corresponde ao montante da dívida exequenda ou da parte restante, quando haja anulação parcial, exceto nos casos de compensação, penhora ou venda de bens ou direitos, em que corresponde ao valor dos mesmos, se inferior – cfr. art.º 97.º-A, n.º 1, alínea e) do CPPT.

² De acordo com o art.º 185.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social, consideram-se dívidas à Segurança Social “(...) todas as dívidas perante as instituições do sistema de segurança social pelas pessoas singulares, pelas pessoas coletivas e outras entidades a estas legalmente equiparadas, designadamente as relativas às contribuições, quotizações, taxas, incluindo as adicionais, os juros, as coimas e outras sanções pecuniárias relativas a contra-ordenações, custos e outros encargos legais.”

³ Neste sentido, veja-se MARTINS, J. A. e ALVES, J. C., *Procedimento e Processo Tributário – Uma perspectiva prática*, Almedina, 2015, pp. 313-314.

A oposição à execução só pode ter por base os fundamentos taxativos previstos no art.º 204.º, n.º 1 do CPPT, a saber:

- (a) inexistência do imposto, taxa ou contribuição⁴;
- (b) ilegitimidade da pessoa citada⁵;
- (c) falsidade do título executivo⁶;
- (d) prescrição da dívida exequenda⁷;
- (e) falta de notificação da liquidação do tributo no prazo de caducidade⁸;
- (f) pagamento ou anulação da dívida exequenda⁹;
- (g) duplicação de coleta¹⁰;
- (h) ilegitimidade da liquidação da dívida exequenda¹¹, sempre que a lei não assegure meio judicial de impugnação ou recurso contra o ato de liquidação, com exceção das situações de autoliquidação do tributo;
- (i) quaisquer outros fundamentos, desde que não envolvam a apreciação da legalidade da dívida exequenda¹².

Nesta listagem de fundamentos assume especial relevância a falta de notificação do tributo no caso de caducidade. Esta falta de notificação não consubstancia um vício de validade da liquidação, mas um requisito da eficácia do ato de liquidação, pois tal ato só produz efeitos jurídicos se for validamente notificado ao contribuinte.

Importa ainda destacar o fundamento da prescrição da dívida exequenda, previsto na alínea d) do n.º 1 do art.º 204.º do CPPT. Neste caso, o executado não pode deixar de deduzir oposição enquanto a dívida não estiver efetivamente prescrita, sob pena de ter de efetuar o pagamento da mesma. Quando a prescrição da dívida tenha ocorrido, o órgão da execução fiscal deve revogar o ato de liquidação que tenha dado fundamento à oposição, nos termos do art.º 208.º, n.º 2 do CPPT.

As dívidas prescrevem no prazo de 8 anos caso não tenha sido fixado um outro prazo especial, começando o prazo, no caso dos impostos periódicos, a contar-se desde o termo do ano em que tiver ocorrido o facto tributário; em relação

⁴ Tal sucede no caso de o sujeito passivo ter a receber e não a pagar IRS e a AT lhe exigir o pagamento. Sobre esta temática, veja-se o Acórdão do STA, processo n.º 0913/14, de 26/11/2014.

⁵ É o caso de uma pessoa ter sido citada no âmbito da execução fiscal e não ser o proprietário nem o possuidor ou fruidor dos bens durante o período a que respeita a dívida exequenda. Cfr. Acórdão do STA, processo n.º 0606/2015, de 08/07/2015.

⁶ Por exemplo, constitui falsidade do título o facto de um bem não ter sido ainda introduzido no consumo e estar sujeito à incidência do IVA. Para maiores desenvolvimentos, veja-se o Acórdão do STA, processo n.º 01094/11, de 02/05/2012.

⁷ Tal sucede quando, relativamente a uma propina devida, a dívida resultante à falta de pagamento desta propina tenha prescrito no prazo previsto no art.º 48.º da LGT. Cfr. Acórdão do STA, processo n.º 1957/13, de 22/04/2015.

⁸ Tal verifica-se na situação de, independentemente do ato de liquidação conter ou não vícios, ele não produzir efeitos em relação ao destinatário, por não ter sido notificado ao contribuinte dentro do prazo previsto no art.º 45.º da LGT. Cfr. Acórdão do TCA Norte, processo n.º 01727/07.1BEPRT, de 12/04/2013.

⁹ Por exemplo, no caso de o contribuinte ter feito a prova documental do pagamento da dívida exequenda, mesmo que parcial. Cfr. Acórdão do TCA Sul, processo n.º 03913/10, de 20/04/2010.

¹⁰ Tal sucede no caso de terem sido efetuadas duas liquidações relativas ao mesmo período, uma resultante de uma declaração de substituição e outra resultante de uma inspeção tributária, que visam a tributação de uma mesma e única realidade fática (uma mais-valia). Cfr. Acórdão do TCA Sul, processo n.º 06195/12, de 26/02/2013.

¹¹ Por exemplo, no caso de os bens da herança serem executados em processo de insolvência e esta insolvência seja apreciada em processo de execução fiscal quando a lei prevê um meio próprio para o efeito, que é o processo de inventário. Veja-se o Acórdão do TCA Norte, processo n.º 00242/08.0BEBRG, de 12/02/2015.

¹² Também é fundamento da oposição à execução, por exemplo, a ausência de um pressuposto legal do processo executivo: a exigibilidade da dívida. Cfr. acórdão do STA, processo n.º 0191/14, de 06/05/2015.

aos impostos de obrigação única, o prazo conta-se a partir da data em que o facto ocorreu, exceto no IVA e nos impostos sobre o rendimento quando a tributação seja efetuada por retenção na fonte a título definitivo, caso em que aquele prazo se conta a partir do início do ano civil seguinte àquele em que se verificou, respetivamente, a exigibilidade do imposto ou o facto tributário – art.º 48.º, n.º 1 da LGT. Além disso, de acordo com o n.º 2 do art.º 48.º da LGT, as causas de suspensão ou interrupção da prescrição aproveitam igualmente ao devedor principal e aos responsáveis solidários ou subsidiários. Contudo, a interrupção da prescrição relativamente ao devedor principal não produz efeitos quanto ao responsável subsidiário se a citação deste, em processo de execução fiscal, for efetuada após o quinto ano posterior ao da liquidação (cfr. n.º 3 do art.º 48.º da LGT). Pode acontecer que a dívida prescreva em relação ao responsável subsidiário, e em relação ao devedor originário a prescrição ocorra em momento posterior ao quinto ano subsequente ao ano da liquidação. Resulta do exposto que para o responsável tributário o prazo de prescrição tem início na data prevista no art.º 48.º, n.º 1 da LGT, ao passo que para o devedor originário o prazo de prescrição tem início na data em que ocorrer o facto interruptivo – art.º 49.º da LGT. Daí resulta que a prescrição apresenta causas de interrupção diferentes consoante se trate do devedor originário ou do responsável subsidiário.

Quanto às causas de interrupção do prazo de prescrição das dívidas, estas verificam-se com a citação, a reclamação, o recurso hierárquico, a impugnação e o pedido de revisão oficiosa da liquidação do tributo – art.º 49.º, n.º 1 da LGT. A interrupção do prazo de prescrição tem por efeito inutilizar todo o prazo decorrido anteriormente, começando a correr no prazo a partir do ato interruptivo – cfr. art.º 326.º, n.º 1 do Código Civil. Dispõe o n.º 3 do art.º 49.º da LGT que a interrupção tem lugar uma única vez, com o facto que se verificar em primeiro lugar.

Relativamente às causas de suspensão, o art.º 49.º, n.º 4 da LGT dispõe que o prazo de prescrição legal suspende-se em virtude de pagamento de prestações legalmente autorizadas (a), enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado que ponha termo ao processo, nos casos de reclamação, impugnação, recurso ou oposição, quando determinem a suspensão da cobrança da dívida (b), desde a instauração até ao trânsito em julgado da ação de impugnação pauliana intentada pelo Ministério Público (c), ou durante o período de impedimento legal à realização da venda de imóvel afeto a habitação própria e permanente (d). Este prazo de prescrição suspende-se, ainda, desde a instauração de inquérito criminal até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença (n.º 2 do art.º 49.º). O prazo de prescrição é assim interrompido sempre que se verificar uma daquelas ocorrências.

A prescrição é de conhecimento oficioso pelo juiz se o órgão de execução fiscal não o tiver feito anteriormente – art.º 175.º do CPPT. Sempre que o executado for citado, este deve, no prazo de 30 dias após a citação pessoal, deduzir oposição à execução fiscal com fundamento na prescrição da dívida, nos termos da alínea d) do n.º 1 do art.º 204.º do CPPT. O devedor pode também, através de um requerimento especial, invocar a prescrição da dívida perante o órgão de execução fiscal. Caso este órgão indefira este pedido, deve a decisão ser notificada ao devedor, com o devido fundamento, para que este possa, no prazo de 10 dias a contar da notificação, reclamar nos termos do art.º 276.º do CPPT, para o juiz do tribunal tributário de 1.ª instância da ilegalidade da decisão do órgão da execução.

Caso a dívida exequenda e acrescido tenham já sido pagos pelo executado e este verifique que já tenha ocorrido a prescrição, este valor não lhe será restituído, nos termos do art.º 304.º, n.º 2 do Código Civil, que prevê que não pode ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição, sendo este regime aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento ou à prestação de garantias – cfr. art.º 304.º, n.º 2 do

Código Civil. No caso de pagamento em prestações, não são devidas pelo executado as prestações subsequentes ao reconhecimento da prescrição.

Quanto ao regime aplicável à prescrição das coimas ou outra sanção pecuniária, estas prescrevem no prazo de 5 anos a contar da data da sua aplicação, sem prejuízo das causas de interrupção e de suspensão previstas no art.º 34.º do RGIT. Nas coimas, o prazo de prescrição conta-se a partir da decisão condenatória ou do seu trânsito em julgado, conforme prescreve o art.º 30.º do RGCO (Regime Geral das Contraordenações). “A prescrição da coima interrompe-se com a sua execução. A prescrição da coima ocorre quando, desde o seu início, e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo normal da prescrição acrescido de metade” (cfr. art.º 30.º-A do RGCO).

A oposição é um processo de natureza judicial, decidido no tribunal tributário de primeira instância, nos termos do art.º 151.º, n.º 1 do CPPT, em que intervém o representante da Fazenda Pública em defesa dos interesses da AT e demais entidades públicas (art.º 15.º do CPPT).

A oposição suspende a execução, nos termos do art.º 212.º do CPPT, caso seja prestada garantia adequada (idónea) ou a penhora garantida a totalidade da dívida e do acrescido – cfr. art.º 169.º, n.º 1 do CPPT. Tal implica que o processo não possa avançar para a fase seguinte.

As garantias devem ser idóneas e têm como principal finalidade acautelar o crédito tributário (estas garantias podem consistir em: garantia bancária, caução, seguro-caução, penhor, hipoteca ou qualquer meio suscetível de assegurar os créditos do exequente) – cfr. art.º 199.º, n.º 1 do CPPT. O executado pode pedir a dispensa de prestação de garantia nos termos do art.º 199.º, n.º 3 do CPPT, no caso de a sua prestação lhe causar prejuízo irreparável ou seja manifesta a falta de meios económicos devido à insuficiência de bens penhoráveis para o pagamento da dívida exequenda e acrescido, desde que tal insuficiência não seja da responsabilidade do executado (n.º 4 do art.º 52.º da LGT). A garantia é prestada pelo valor da dívida exequenda, juros de mora contados até ao termo do prazo de pagamento voluntário ou à data do pedido, quando posterior, com o limite de 5 anos e custas na totalidade, acrescida de 25% da soma daqueles valores (n.º 6 do art.º 199.º do CPPT). As garantias são constituídas para cobrir todo o período de tempo que foi concedido para efetuar o pagamento, acrescido de 3 meses, e serão apresentadas no prazo de 15 dias a contar da notificação que autorizar as prestações, salvo no caso de circunstâncias excecionais em que o prazo pode ser ampliado até 30 dias, prorrogáveis por mais 30 (n.º 7 do art.º 199.º do CPPT). A falta de prestação de garantia idónea dentro do prazo previsto ou a inexistência de autorização para dispensa da mesma, no mesmo prazo, origina a prossecução dos termos normais do processo de execução, nomeadamente para penhora dos bens ou direitos (n.º 8 do art.º 199.º do CPPT). A garantia pode ser reduzida, oficiosamente ou a requerimento dos contribuintes, à medida que os pagamentos forem efetuados e se tornar manifesta a desproporção entre o montante daquela e a dívida restante (n.º 11 do art.º 199.º do CPPT).

Na avaliação da garantia, com exceção da garantia bancária, caução e seguro-caução, deve atender-se ao valor dos bens ou do património do garante (n.º 1 do art.º 199.º-A do CPPT). Sendo o garante uma sociedade, o valor do seu património corresponde ao valor da totalidade dos títulos representativos do seu capital social, determinado nos termos do art.º 15.º do CIS (n.º 2 do art.º 199.º-A do CPPT). Sendo o garante uma pessoa singular, deve atender-se ao património desonerado e aos rendimentos suscetíveis de gerar meios para cumprir a obrigação (n.º 3 do art.º 199.º-A do CPPT).

Quanto aos requisitos formais da oposição à execução, a petição inicial será elaborada em triplicado, com a apresentação de todos os documentos e com a indicação das testemunhas e demais provas (art.º 206.º do CPPT), devendo ser apresentada no órgão da execução fiscal onde pender a execução (art.º 207.º, n.º 1 do CPPT). Na petição deverá ainda ser indicado o valor da causa ou do processo

(que é o da quantia exequenda) para efeitos de uma eventual recorribilidade da decisão em tribunal.

O órgão da execução fiscal pode apreciar o mérito da oposição e revogar o ato que lhe tenha dado fundamento, tal como previsto no art.º 208.º, n.º 2 do CPPT. Em caso de revogação, a decisão deve ser notificada ao oponente (executado) com a menção de que a petição de oposição será arquivada no órgão da execução fiscal podendo o oponente, no prazo de 10 dias, manifestar a sua discordância e exigir a remessa da oposição ao tribunal tributário de primeira instância – cfr. art.ºs 276.º e 277.º do CPPT. Neste caso, a AT terá de executar a decisão do tribunal, podendo ser eventualmente condenada ao pagamento de custas e indemnizações ao contribuinte (cfr. art.º 527.º do CPC).

Relativamente aos requisitos temporais da oposição à execução, refere o art.º 203.º, n.º 1 do CPPT que esta deve ser deduzida no prazo de 30 dias: (i) a contar da citação pessoal ou, não a tendo havido, a contar da primeira penhora; (ii) da data em que tiver ocorrido o facto superveniente ou do seu conhecimento pelo executado. Havendo vários executados, os prazos correm independentemente para cada um deles (n.º 2 do art.º 203.º do CPPT). Este prazo é contado nos termos do art.º 138.º, n.º 1 do CPC, que dispõe que o prazo processual “(...) é contínuo, suspendendo-se, no entanto, durante as férias judiciais, salvo se a sua duração for igual a 6 meses ou se se tratar de atos a praticar em processos que a lei considere urgentes.” (cfr. n.º 1 do art.º 138.º do CPC).

Finalmente, refira-se a tramitação da oposição à execução. Efetuada a petição inicial, o órgão da execução fiscal remete, no prazo de 20 dias, o processo para o tribunal de primeira instância competente (art.º 208.º, n.º 1 do CPPT). Neste prazo, o órgão da execução fiscal pode pronunciar-se sobre o mérito da oposição e revogar o ato que lhe tenha dado fundamento (art.º 208.º, n.º 2 do CPPT). O processo prossegue assim para a fase judicial, podendo o juiz proferir um despacho de indeferimento liminar nas situações de intempestividade, não alegação de fundamentos admissíveis ou manifesta improcedência (art.º 209.º, n.º 1 do CPPT).

Recebida a oposição, é notificado o representante da Fazenda Pública para contestar no prazo de 10 dias, o qual poderá ser prorrogado por 30 dias quando haja necessidade de obter informações ou aguardar resposta à consulta feita à instância superior (art.º 210.º do CPPT). Na sequência desta notificação, aplica-se a tramitação prevista para a impugnação judicial (art.º 211.º, n.º 1 do CPPT).

O órgão da execução fiscal deve inserir no processo todos os elementos probatórios com relevância especial sobre a matéria controvertida e sobre a responsabilidade dos eventuais responsáveis subsidiários que exerceram as suas funções de gerência, administração ou gestão no período a que se reportam as dívidas. Pode ser feita a prova material dos factos através da junção ao processo de declarações, contratos, comprovativos, etc.

2.2. Pagamento voluntário

O pagamento voluntário encontra-se consagrado no art.º 84.º do CPPT, que determina que as dívidas de impostos e demais prestações tributárias devem ser extintas através do pagamento voluntário. Também são objeto de pagamento voluntário os pagamentos por conta em sede de impostos sobre o rendimento (cfr. art.º 264.º do CPPT).

O pagamento voluntário é efetuado de uma só vez ou através de vários pagamentos por conta, permitindo a extinção da dívida, nos termos do art.º 264.º do CPPT, desde que o pagamento por conta não seja inferior a uma unidade de conta – cfr. n.º 2 do art.º 264.º do CPPT.

No âmbito do processo de execução fiscal, o contribuinte pode proceder à extinção da dívida através do pagamento voluntário. O pagamento voluntário é efetuado por iniciativa do executado, através da citação no âmbito deste processo.

Este tipo de pagamento contrapõe-se ao pagamento coercivo, resultante da venda de bens ou da penhora dos mesmos em processo de execução fiscal. Ora,

caso não seja efetuado o pagamento voluntário, o pagamento é efetuado coercivamente, nos termos do art.º 261.º do CPPT. A execução é extinta através da aplicação do produto da venda dos bens penhorados ou da penhora de dinheiro ou valores depositados. Sempre que o produto da venda dos bens penhorados não seja suficiente para o pagamento da dívida, o processo continua os seus termos até integral execução dos bens do executado e responsáveis solidários ou subsidiários, suspendendo-se os processos de execução fiscal pendentes – cfr. n.º 1 do art.º 262.º do CPPT. Quando o processo tenha por objeto a cobrança de uma dívida que não seja um tributo ou outro rendimento em dívida à Fazenda Pública, deverá efetuar-se sucessivamente o pagamento das custas, da dívida exequenda e dos juros de mora – cfr. n.º 4 do art.º 262.º do CPPT. Caso o produto da venda dos bens penhorados seja suficiente para a extinção de toda a dívida, o remanescente pode ser aplicado, no prazo de 30 dias após conclusão do processo, no pagamento de quaisquer dívidas tributárias do executado à Fazenda Pública. Se não existirem dívidas, e findo este prazo de 30 dias, o remanescente é restituído ao executado ou aos seus sucessores – art.º 81.º, n.º 1 do CPPT.

Na execução fiscal, o pagamento voluntário pode ser efetuado pelo contribuinte ou por terceiro, ficando este sub-rogado nos direitos da Fazenda Pública (enquanto entidade exequente). A sub-rogação encontra-se consagrada no art.º 41.º da LGT, bem como nos art.ºs 91.º e 92.º do CPPT. A dívida paga pelo sub-rogado conserva as garantias e privilégios do processo de cobrança que a entidade exequente possuía, podendo o sub-rogado requerer a execução fiscal para ser cobrado ao executado o valor que o terceiro tenha pago (cfr. art.º 92.º do CPPT). Se um terceiro assumir a dívida do executado, só fica sub-rogado nos direitos da Fazenda Pública após o pagamento integral da dívida exequenda e acrescido (cfr. art.º 196.º, n.ºs 8 e 11 do CPPT).

Se a execução tiver sido paga por terceiro sub-rogado e o processo ficar parado por período superior a 6 meses, o executado ou qualquer credor pode requerer o levantamento da penhora (cfr. art.º 235.º, n.º 3 do CPPT). O sub-rogado passa a exercer os direitos processuais da Fazenda Pública, na qualidade de exequente, contra o executado, sendo ele a exercer os poderes que a lei processual confere ao exequente. Compete, assim, ao sub-rogado o direito de nomear bens à penhora e substituir-se assim à Fazenda Pública, que deixou de ser exequente, ficando aquele investido da qualidade de credor tributário originário.

2.3. Pagamento em prestações

Findo o prazo de pagamento voluntário, o contribuinte pode requerer o pagamento da dívida tributária em prestações (art.º 42.º, n.º 1 da LGT). O pagamento em prestações suspende o prazo legal de prescrição da dívida exequenda, nos termos do art.º 49.º, n.º 4 da LGT.

O pagamento em prestações pode ser efetuado antes da instauração do processo de execução fiscal, a partir do início do prazo do pagamento voluntário ou após o decurso do período de pagamento voluntário, ou após a instauração do processo de execução fiscal.

De facto, o pagamento em prestações pode ser requerido a partir do início do prazo do pagamento voluntário e antes da instauração do processo de execução fiscal em processos que visem a recuperação de créditos do Estado, nos termos do n.º 3 do art. 86.º do CPPT. O contribuinte pode ainda requerer o pagamento da dívida tributária em prestações a partir do termo do prazo de pagamento voluntário, nos termos do n.º 2 do art. 86.º do CPPT, desde que preste as devidas garantias perante a AT. A Lei do Orçamento do Estado para 2016, Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, admite a isenção de garantia das dívidas de IRS inferiores a 5.000€ e de IRC inferiores a 10.000€, quando o devedor não seja devedor de quaisquer outros tributos administrados pela AT. Estas dívidas não podem resultar da falta de entrega de retenções na fonte nos respetivos prazos legais na medida em que estas não permitem o pagamento em prestações. De referir ainda que o total do imposto devido é dividido pelo número de prestações mensuais iguais,

acrescidas de juros de mora contados desde o termo do prazo para pagamento voluntário até ao mês do respetivo pagamento. Se o contribuinte não proceder ao pagamento de qualquer das prestações, é determinado o vencimento imediato das seguintes e instaurado o processo de execução fiscal (art. 37.º do Decreto-Lei n.º 150/2006, de 2 de agosto).

Se estes pedidos de pagamento em prestações forem indeferidos, o contribuinte pode interpor um recurso hierárquico nos termos do art.º 66.º do CPPT ou recorrer a uma ação administrativa, nos termos do art. 91.º, n.º 1, al. p) e n.º 2 do CPPT.

Depois de instaurado o processo de execução fiscal, o contribuinte pode requerer o pagamento em prestações da dívida tributária. Tal pedido deve ser dirigido, até à marcação da venda, ao órgão da execução fiscal, segundo o art.º 196.º, n.º 1 do CPPT, devendo o contribuinte indicar a forma como se propõe efetuar o pagamento e ainda fazer a prova da existência de uma situação económica que não lhe permite pagar de uma só vez a dívida. O requerente pode requerer a suspensão da execução se prestar garantia idónea nos termos do art. 199.º do CPPT, embora o art. 198.º, n.º 5 do CPPT admita a possibilidade de dispensa de prestação de garantia quando, à data do pedido, o devedor tenha dívidas fiscais de valor inferior a 2.500€ para pessoas singulares ou 5.000€ para pessoas coletivas. No âmbito do processo de execução fiscal, o número de prestações mensais não pode ultrapassar as 36 e o valor destas não pode ser inferior a uma unidade de conta – UC (€ 102) (art.º 196.º, n.º 4 do CPPT). Existe, porém, a possibilidade de o número de prestações mensais ser aumentado até 5 ano, se a dívida exequenda exceder 500 UC, não podendo nenhuma prestação ser inferior a 10 UC (n.º 5 do mesmo artigo). A importância a dividir em prestações mensais não inclui os juros de mora, os quais continuam a vencer em relação à dívida exequenda incluída em cada prestação e até ao pagamento integral (n.º 7 do art.º 196).

A falta de pagamento de 3 prestações seguidas ou de 6 interpoladas importa o vencimento das seguintes se, no prazo de 30 dias a contar da notificação para o efeito, o executado não proceder ao pagamento das prestações incunpridas, prosseguindo o processo de execução fiscal nos seus termos, de acordo com o art.º 200.º, n.º 1 do CPPT.

Um terceiro, que assuma a dívida do devedor originário, pode igualmente ser autorizado ao pagamento em prestações, desde que obtenha autorização do devedor ou prove interesse legítimo e preste, em qualquer circunstância, garantias através dos meios previstos no n.º 1 do art.º 199.º do CPPT – cfr. n.º 8 do art.º 196.º do CPPT. Este terceiro, que obtenha autorização para o pagamento da dívida em prestações, só fica sub-rogado após o efetivo pagamento integral da dívida exequenda – n.ºs 11 e 12 do art.º 196.º do CPPT.

No âmbito do processo de execução fiscal, as dívidas podem ser pagas em prestações mensais e iguais, mediante requerimento a dirigir ao órgão da execução fiscal (art.º 196.º, n.º 1 do CPPT). O pagamento pode ser autorizado pelo órgão da execução fiscal desde que se verifique que o executado, pela sua situação económica, não pode solver a dívida de uma só vez, não devendo o número das prestações exceder as 36 e o valor de qualquer uma delas ser inferior a uma unidade de conta (art.º 196.º, n.º 4 do CPPT). Se o pedido do contribuinte de realizar o pagamento em prestações for recusado, pode reclamar para o tribunal tributário de 1ª instância, nos termos dos art. 276.º a 278.º do CPPT.

O pagamento em prestações deve ser efetuado no mês seguinte àquele em que for notificado o despacho do deferimento do pedido (art.º 198.º, n.º 2 do CPPT), devendo o cumprimento da obrigação de pagamento ser pontual e atempado, pelo que a falta de pagamento sucessivo de três prestações seguidas ou de seis interpoladas importa o vencimento imediato das seguintes se, no prazo de 30 dias a contar da notificação para o efeito, o executado não proceder ao pagamento das prestações incunpridas, deve prosseguir o processo de execução fiscal os seus termos (art.º 200.º, n.º 1 do CPPT).

Nos casos de notória dificuldade financeira e previsíveis prejuízos económicos para os devedores, poderá ser alargado o número de prestações mensais até 5 anos, se a dívida exequenda exceder 500 unidades de conta, não podendo nenhuma delas ser inferior a 10 unidades de conta (art.º 196.º, n.º 5 do CPPT). Quando o valor da dívida exequenda for superior a 500 unidades de conta, a competência para autorizar o pagamento em prestações é do órgão periférico regional (diretor de finanças), que poderá proceder à sua delegação num funcionário qualificado – art.º 197.º, n.º 2 do CPPT. Até às 500 unidades de conta, a competência para autorizar o pagamento em regime prestacional é do órgão da execução fiscal – art.º 197.º, n.º 1 do CPPT.

No âmbito de plano de recuperação económica (PER – Processo Especial de Revitalização –, ou Processo de Insolvência –, ou SIREVE – Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extra-Judicial), a AT pode estabelecer que o regime prestacional seja alargado até ao limite máximo de 150 prestações (n.º 6 do art.º 196.º do CPPT).

O montante a dividir em prestações não compreende os juros de mora, que continuam a vencer-se em relação à dívida exequenda incluída em cada prestação e até integral pagamento (art.º 196.º, n.º 7 do CPPT).

O pagamento em prestações suspende o prazo legal de prescrição (art.º 49.º, n.º 4 da LGT). A autorização para pagamento em prestações encontra-se condicionada à constituição de garantia idónea (cfr. art.ºs 195.º e 199.º, ambos do CPPT), a qual pode revestir a forma de caução, seguro-caução, garantia bancária, hipoteca legal, penhor, penhora de bens ou qualquer outro meio suscetível de assegurar os créditos do exequente e tem de ser prestada pelo valor da dívida exequenda, dos juros de mora contados até ao termo do prazo de pagamento voluntário ou à data do pedido, quando posterior, com o limite de 5 anos, bem como custas na totalidade, sendo a garantia acrescida de 25% da soma daqueles valores – n.º 6 do art.º 199.º do CPPT –; ou à autorização de isenção de prestação de garantia, devendo os pressupostos da isenção ser invocados e provados pelo executado – cfr. n.º 3 do art.º 199.º do CPPT.

A AT pode assim isentar o executado da prestação de garantia, nos casos de a sua prestação lhe causar prejuízo irreparável ou se verifique uma manifesta falta de meios económicos resultantes da insuficiência de bens penhoráveis para pagamento da dívida (n.º 4 do art.º 52.º da LGT).

A idoneidade das garantias é apreciada pela entidade que tiver competência para decidir o pagamento em prestações (n.º 9 do art.º 199.º do CPPT), sendo também esta mesma entidade aquela que tem competência para decidir a isenção da prestação de garantias. Se a garantia não for prestada no prazo fixado ou declarada a sua isenção, o processo de execução prossegue os seus termos para penhora dos bens ou direitos considerados suficientes para o pagamento da dívida.

No processo de execução fiscal, a taxa de justiça é reduzida a três quartos quando o pagamento for efetuado por meio de pagamento em prestações, desde que o respetivo plano esteja a ser cumprido (art.º 14.º, n.º 2, alínea c) do Regulamento das Custas dos Processos Tributários – Decreto-Lei n.º 29/98, de 11 de fevereiro, com as alterações que lhe foram conferidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro).

O indeferimento do pedido de pagamento em prestações ou o incumprimento do regime prestacional impõem o prosseguimento do processo de execução fiscal – cfr. art.º 200.º, n.º 1 do CPPT. O despacho de indeferimento deve ser notificado ao requerente, sob pena de anulação dos atos processuais subsequentes que dele tenham sucedido.

Além disso, o terceiro que assumir a dívida do devedor originário, nos termos do art.º 196.º, n.º 8 do CPPT, pode ser autorizado a efetuar um pagamento em prestações, desde que obtenha autorização do devedor ou prove interesse legítimo e preste garantia idónea. Este pedido deve ser apresentado até marcação da venda, ainda que a dívida esteja a ser paga em regime prestacional pelo executado (art.º 196.º, n.º 8 do CPPT). O facto de o terceiro assumir a dívida não

exonera o devedor originário da sua responsabilidade, pelo que este responde solidariamente com o novo devedor.

Em caso de falecimento do executado, as dívidas podem ser pagas em prestações pelos respetivos herdeiros, após a citação dos mesmos – cfr. art.º 155.º do CPPT.

2.4. Dação em pagamento

A dação de bens em pagamento constitui uma forma de extinção da obrigação tributária (art.º 40.º, n.º 2 da LGT), mediante entrega de coisa diversa à devida. Tem legitimidade para requerer a dação em pagamento o executado ou um terceiro¹³.

O requerimento da dação em pagamento pode ser apresentado antes ou depois da instauração do processo de execução fiscal. Antes da instauração do processo de execução fiscal, este pedido deve ser apresentado a partir do início do prazo para o pagamento voluntário, devendo ser ouvidos os serviços competentes acerca do montante da dívida e acrescido e dos encargos que incidam sobre os bens (art.º 87.º, n.º 2 do CPPT). São aqui aplicáveis os requisitos materiais e processuais da dação em pagamento previstos no art.º 201.º do CPPT. Após a instauração da execução fiscal, o requerimento deve ser apresentado no prazo de oposição à execução, ou seja, 30 dias a contar da citação (n.º 1 do art.º 201.º do CPPT). Este prazo corresponde ao prazo de oposição à execução fiscal, previsto no art.º 203.º, n.º 1 do CPPT. Tendo este processo natureza judicial, o prazo de oposição não se conta nos mesmos termos que o prazo para requerer a dação em pagamento antes da execução. Os executados podem assim requerer a dação em pagamento ao órgão de execução fiscal, com indicação dos bens dados em pagamento.

Os bens oferecidos em pagamento não podem ter valor superior à dívida exequenda e acrescido, salvo se os referidos bens puderem ser utilizados para fins de interesse público ou a dação se efetuar no âmbito do processo conducente à celebração de acordo de recuperação de créditos do Estado – cfr. alínea b) do n.º 1 do art.º 201.º do CPPT. Este acordo pode ter lugar no âmbito de um PER (Processo Especial de Revitalização), de um PI (Processo de Insolvência) ou de um SIREVE (Sistema de Recuperação de Empresas por via Extra-Judicial). Caso os bens tenham valor superior à dívida, o despacho que autorizar a dação constitui, a favor do executado, um crédito a utilizar em futuros pagamentos de impostos ou outras prestações tributárias, na aquisição de bens ou de serviços ou no pagamento de rendas ao Estado, no prazo de cinco anos – n.º 9 do art.º 201.º do CPPT.

Recebido o pedido, o dirigente máximo do serviço poderá remetê-lo para despacho do Ministro competente, com fundamento num desinteresse da ação, ou solicitar a avaliação dos bens oferecidos em pagamento (n.º 3), sendo a avaliação efetuada pelo valor de mercado dos bens, tendo em conta a maior ou menor possibilidade da sua realização (n.º 5).

O despacho que autoriza a dação em pagamento deve definir os termos da entrega dos bens, podendo selecionar, entre os propostos, os bens em a entregar em cumprimento da dívida exequenda e acrescido (n.º 8 do mesmo art.º 201.º do CPPT). Esta autorização constitui um poder discricionário do dirigente máximo do serviço, na medida em que o pedido do contribuinte pode ser recusado mediante decisão fundamentada (art.º 77.º da LGT) e ouvido o requerente (art.º 60.º da LGT).

Caso a dação em pagamento seja aceite, os bens oferecidos devem ser avaliados, sendo a avaliação da responsabilidade de uma comissão de avaliação, presidida pelo órgão da execução fiscal e composta por dois louvados por ele

¹³ A extinção da dívida através de dação em pagamento pode efetuar-se a pedido do executado ou de terceiro, ficando, neste caso, este último sub-rogado nos direitos da Fazenda Pública, nos termos e condições definidos nos art.ºs 91.º e 92.º e CPPT – cfr. n.º 17 do art.º 201.º do CPPT.

designados que serão, no caso de bens imóveis, peritos avaliadores das listas regionais e, no caso de bens móveis, pessoas com especialização técnica adequada, devendo a comissão efetuar a avaliação no prazo máximo de 30 dias após a sua realização (art.º 201.º, n.º 3 do CPPT). Nas situações de especial complexidade técnica, o dirigente máximo do serviço pode solicitar a avaliação dos bens à Direção Geral do Património do Estado, à Direção Geral do Tesouro e ao Instituto de Gestão do Crédito Público ou à entidade especializada designada por despacho do Ministro das Finanças (n.º 4 do art.º 201.º do CPPT). As despesas com a avaliação integram as custas do processo de execução fiscal, devendo o devedor efetuar o respetivo pagamento no prazo de 5 dias a contar da data da notificação.

Do ponto de vista formal, a dação opera através de auto lavrado no processo (n.º 12 do art.º 201.º do CPPT). O auto de dação corresponde a um título de transmissão de bens, pelo que o requerente deve entregar toda a documentação necessária à concretização da dação, designadamente a certificação de que os bens estão livres de ónus e encargos.

Se os bens estiverem sujeitos a registo, o órgão da execução fiscal deve promover o seu registo na respetiva conservatória – cfr. art.ºs 201.º, n.º 16 e 255.º, alínea c), ambos do CPPT.

Uma vez autorizada a dação em pagamento, o Ministro ou o órgão executivo competente autoriza a venda dos bens através de proposta em carta fechada ou através de venda por negociação particular – art.º 202.º, n.º 1 do CPPT. O despacho pode ainda autorizar os serviços a locar ou a onerar os bens ou a com eles realizar capital ou outras prestações acessórias – art.º 202.º, n.º 3 do CPPT.

O executado pode desistir da dação em pagamento no caso de o executado deixar de ter interesse na dação em pagamento em virtude da avaliação dos bens por um valor inferior ao esperado e a dação se afigurar prejudicial aos seus interesses. Esta desistência pode acontecer até 5 dias após a notificação do despacho ministerial, tendo de ser efetuado o integral pagamento da dívida exequenda e acrescido.

3. Conclusões

A obrigatoriedade de pagamento do imposto não depende da vontade do particular, ou seja, o Estado impõe o pagamento do valor pecuniário *ex lege* (por força da lei), sendo que o imposto é exigido, independentemente da vontade do contribuinte. Neste sentido, o Estado pode, inclusivamente, desencadear mecanismos de cobrança coerciva (designadamente o processo de execução fiscal), o que acontece sempre que o pagamento do tributo não tenha ocorrido voluntariamente, dentro do prazo previsto por lei.

Contudo, e perante a instauração do processo de execução fiscal, o executado pode reagir recorrendo aos meios previstos por lei e que foram aqui analisados, com especial destaque para a oposição à execução, em face da verificação do preenchimento de algum ou alguns dos requisitos taxativos previstos por lei.

Em caso de responsabilidade subsidiária, a cada responsável pode ser requerida a sua quota-parte da dívida tributária. Esta responsabilidade subsidiária é efetivada através de reversão do processo de execução fiscal, no caso de *“fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis solidários, sem prejuízo do benefício da excussão”* (art.º 23.º, n.º 2 da LGT). A responsabilidade em causa pode reverter contra todos os responsáveis, a fim de apurar as quotas-partes de responsabilidade ou apenas contra um deles, que poderá posteriormente exercer o direito de regresso em relação aos restantes, sendo esta responsabilidade solidária entre os diversos responsáveis subsidiários.

4. Referências bibliográficas**4.1. Doutrina**

MARTINS, J. A. e ALVES, J. C., *Procedimento e Processo Tributário – Uma perspectiva prática*, Almedina, 2015

4.2. Jurisprudência

Acórdão do STA, processo n.º 0913/14, de 26/11/2014.

Acórdão do STA, processo n.º 0606/2015, de 08/07/2015.

Acórdão do STA, processo n.º 01094/11, de 02/05/2012.

Acórdão do STA, processo n.º 1957/13, de 22/04/2015.

Acórdão do TCA Norte, processo n.º 01727/07.1BEPRT, de 12/04/2013.

Acórdão do TCA Sul, processo n.º 03913/10, de 20/04/2010.

Acórdão do TCA Sul, processo n.º 06195/12, de 26/02/2013.

Acórdão do TCA Norte, processo n.º 00242/08.0BEBRG, de 12/02/2015.

Acórdão do STA, processo n.º 0191/14, de 06/05/2015.

La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado: amenazas y mecanismos de protección

Protection of material cultural heritage in armed conflict: threats and protection mechanisms

Jorge Fernández Vidal¹

University College of Cork, Ireland

SUMARIO: 1 Introducción 2 Las amenazas actuales al patrimonio cultural material 3 Mecanismos de protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado 4 Ideas para reforzar la protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado 5 Una referencia a la problemática del Estado Islámico 6 Conclusión 7 Referencias.

Resumen: La proliferación de los conflictos asimétricos representa un importante desafío para la protección del patrimonio cultural material. En los últimos años, hemos asistido a la trágica destrucción de numerosos bienes culturales, como resultado de los conflictos instigados por organizaciones terroristas. Aunque contamos con una amplia serie de medidas y normas pensadas para proteger el patrimonio cultural en caso de conflicto armado, la realidad muestra que estas medidas resultan flagrantemente inefectivas para proteger el patrimonio cultural en los modernos conflictos asimétricos. En este artículo, pretendemos trasladar una serie de ideas para reforzar los mecanismos de protección del patrimonio cultural material.

Palabras clave: Patrimonio cultural, Seguridad, Defensa, Conflicto armado, Estado Islámico.

Abstract: The proliferation of asymmetrical warfare represents a substantial challenge for the protection of our tangible cultural heritage. In recent years, we have witnessed the tragic destruction of innumerable cultural property, as a result of conflicts instigated by terrorist organizations. Even though we have ample measures and norms at our disposal to protect cultural property in armed conflict, reality shows that these measures are obviously ineffective protecting cultural property in modern asymmetrical conflicts. In this article, we try to highlight a number of ideas to strengthen the protection mechanisms at our disposal to ensure the effective protection of our tangible cultural heritage.

Keywords: Cultural heritage, Security, Defense, Armed conflict, Islamic State.

1. Introducción

La protección del patrimonio cultural en conflictos armados tiene una importancia fundamental y requiere que los Estados y la Comunidad Internacional se tomen en serio sus obligaciones legales y morales.

Es entendible que, ante las masacres, las cantidades masivas de refugiados y la desolación de la guerra, la preocupación por el patrimonio cultural resulte secundaria y hasta, en cierto modo, frívola. Sin embargo, como afirma Urueña, «algún día el conflicto acaba, la gente volverá a sus lugares de origen poco a poco, se irán reconstruyendo sus casas, y preservar el patrimonio cultural les ayudará a reconstruir las comunidades destruidas, a conectar su pasado con su presente y

¹ Licenciado en Económicas en la University College of Cork (Irlanda), Licenciado en Contabilidad Aplicada en la Oxford Brookes University (Inglaterra) y Master en Administración y Dirección de Empresas (MBA) en INSEAD (Francia y Singapur)

con su futuro, pues son sus propias raíces»². El patrimonio cultural es un elemento clave en la identidad de los pueblos, que une, reconcilia, reconforta y vincula. Además de su importancia histórica, cultural e identitaria, el patrimonio tiene una relevancia económica muy significativa. En muchos casos (p.ej. Líbano, Egipto) el patrimonio cultural es un polo de atracción turística y un activo económico que ayuda a fomentar el desarrollo económico en zonas deprimidas o conflictivas. Considero que nos encontramos en un momento trascendente para asentar las bases de un sistema de protección del patrimonio cultural material estricto y efectivo. Por un lado, la amenaza que ciertas organizaciones paraestatales (p.ej. Ansar Dine o el Estado Islámico) suponen para el patrimonio cultural representa un desafío histórico de tremenda importancia. Por otro lado, la concienciación de la comunidad internacional y la sociedad sobre la importancia de proteger el patrimonio de la humanidad (y los pasos que se están dando para hacer efectiva esta protección) representa un punto de inflexión que debemos aprovechar para reforzar y mejorar los instrumentos con los que cuenta la comunidad internacional en su conjunto para conseguir una efectiva protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado.

2. Las amenazas actuales al patrimonio cultural

El patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, ha estado siempre amenazado por los conflictos y las guerras. La destrucción de nuestro patrimonio durante la guerra es una constante histórica (sin mirar muy atrás en el tiempo, podemos citar la destrucción del puente de Mostar en Bosnia en 1993, la destrucción por parte de los Talibanes de los Buddhas of Bamiyan en 2001 o la destrucción de los mausoleos de Tombuctú por parte de terroristas islamistas en 2012).

Pinker, en su libro *"The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined"*³, afirma que vivimos en la era menos violenta, menos cruel y más pacífica de la historia de la humanidad. Aunque las guerras y los ataques terroristas actuales reciben una atención mediática sin precedentes y pudiera dar la sensación de que vivimos en un mundo abocado al desastre, la realidad muestra que el número de muertos en conflictos armados se encuentra en mínimos históricos⁴.

Esto son sin duda buenas noticias para la humanidad, y para la protección del patrimonio cultural, que es el tema que nos ocupa. No tenemos que temer un grado de destrucción humana y material como el sufrido por Europa o Japón en la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, a pesar de la relativa, que no absoluta, paz de la que disfrutamos, considero que nos encontramos en un contexto muy difícil para la protección del patrimonio cultural.

Como afirma Miranda Gonçalves, los conflictos armados vigentes «ponen de manifiesto las vulnerabilidades de los planes específicos desarrollados en el campo de la protección de los bienes culturales»⁵. Y es que estos planes nacieron a raíz de la destrucción masiva de cientos de bienes culturales durante la Segunda Guerra Mundial, y se articularon para funcionar de forma efectiva en los conflictos simétricos (enfrentado a Estados contra Estados) y su aplicabilidad y adecuación es mucho más limitada en conflictos asimétricos como los actuales, que involucran a actores como grupos religiosos, organizaciones criminales, terroristas o personal contratado⁶ (estos actores no estatales no son considerados como sujetos de

² Urueña Alvarez, R.: "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz", Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 14, 245-260, 2004

³ Pinker, S.: "The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined", Penguin Books, 2011

⁴ Perry, T.: "Research Shows We're Living In The Most Peaceful Time In Human History", GOOD, 17 de Agosto 2016 <https://www.good.is/articles/closer-to-peace-than-ever>

⁵ Miranda Gonçalves, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

⁶ Aznar Fernández-Montesinos, F.: "Entender la guerra en el siglo XXI", Capítulo IV, Editorial

derecho internacional, lo que dificulta enormemente la aplicación de las leyes imperantes dentro del Derecho Internacional Humanitario⁷). El desafío que presentan actores como el Estado Islámico o Al-Qaeda en el Magreb no es menor. En Iraq, por ejemplo, el Estado Islámico ha destruido parcial o totalmente los vestigios de Nimrod, la ciudad patrimonio mundial de Hatra, el monasterio de Bar Benham o la mezquita del profeta Yunus de Mosul⁸. Además, el Estado Islámico se financia parcialmente a través de la venta en el mercado negro de bienes culturales⁹, como lo hacen varios grupos combatientes en Siria¹⁰, lo que representa una enorme amenaza al patrimonio de Oriente Medio y obliga a la comunidad internacional a actuar, por un lado para evitar este expolio, y por otro, para limitar la financiación de éste y otros grupos terroristas o rebeldes.

3. Los mecanismos de protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado

Kila¹¹ y Miranda Gonçalves¹² hacen una revisión pormenorizada de los mecanismos de protección del patrimonio cultural en conflictos armados, entre los que destacan la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos (1954 y 1999 respectivamente); la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970) y la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de la UNESCO (1972).

Desafortunadamente, la puesta en práctica internacional de las medidas recogidas en estas convenciones (y protocolos asociados a ellas) es claramente exigua¹³, a pesar de la vigencia legal de estos acuerdos y de su amplia aceptación (131 gobiernos han ratificado la Convención de la Haya, por ejemplo¹⁴). Como refiere Miranda Gonçalves, el propio Estados Unidos ha incumplido flagrantemente con sus obligaciones legales a este respecto en su ocupación de Iraq; si la primera potencia militar y económica no es capaz de cumplir sus compromisos¹⁵, imaginemos qué podemos esperar del resto de Estados, de grupos guerrilleros o de terroristas.

Existen numerosos motivos por los cuales la protección del patrimonio cultural en conflicto no es efectiva. Kila cita entre otros impedimentos «la falta de financiación, los planteamientos burocráticos o dirigidos a evitar riesgos por parte de organizaciones e individuos que obstaculizan las soluciones fáciles, y la politización del patrimonio principalmente a causa de su relación con la identidad», así como la falta de comunicación entre los intervinientes o la nula coordinación o apoyo de las fuerzas armadas¹⁶. Paso a referir como podemos mitigar estos impedimentos.

Complutense (2011)

⁷ Miranda Gonçalves, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

⁸ Lizaranzu Perinat, M.: "El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 42-2016 / 7-16 (2016)

⁹ Ibid.

¹⁰ KILA, J.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69

¹¹ Ibid.

¹² Miranda Gonçalves, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

¹³ Kila, J.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69

¹⁴ International Committee of the Red Cross https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=400

¹⁵ Miranda Gonçalves, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

¹⁶ Kila, J.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69

4. Ideas para reforzar la protección del patrimonio cultural en caso de conflicto armado

Tanto Kila como Miranda Gonçalves avanzan una serie de ideas para reforzar la protección del patrimonio cultural en las que me gustaría profundizar. Lo hago por orden alfabético, al no querer dar más importancia a ciertas medidas sobre otras.

Dotación de recursos financieros

Kila¹⁷ resalta la falta de financiación como un impedimento para la protección del patrimonio cultural. Considero que los gobiernos deberían destinar recursos financieros adecuados para permitir que los combatientes puedan atender a la protección de bienes culturales.

Entendiendo que en época de guerra, destinar recursos a la protección del patrimonio cultural puede considerarse secundario, la comunidad internacional debería jugar un papel más relevante en esta materia. El segundo protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1999, en su artículo 29¹⁸ recoge la creación del “Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado” con el fin de proveer de asistencia financiera en tiempos de paz o conflicto. Considero que dicho Fondo debería (i) contar con más recursos; (ii) participar más activamente, y de forma solidaria y apolítica, en la dotación de recursos financieros (entre otras medidas de apoyo), para garantizar la protección de los bienes culturales.

Así mismo, ante la posible falta de fondos, podría plantearse la posibilidad de recaudar fondos de instituciones privadas o de individuos (y no sólo de Estados), con el fin de complementar los escasos recursos que pueda poseer dicho fondo (entendiendo las múltiples prioridades que tienen los Estados en sus apoyos a la ONU y a sus diferentes organismos). La práctica de la aportación de fondos privados para proyectos culturales está ampliamente extendida, y esta causa cuenta con la importancia y la relevancia socio-cultural suficiente como para poder recabar un apoyo transversal y destacado de diferentes fuentes privadas.

Formación

Kila¹⁹ menciona la necesidad de contar con un programa de formación cruzado (cultural/militar, militar/cultural). Por un lado, los expertos culturales deben tener conocimientos de estrategia y táctica militar con el fin de poder asesorar en la protección del patrimonio cultural en el planteamiento de las operaciones militares. Por otro lado, los militares necesitan contar con formación adecuada en materia de patrimonio cultural, para incorporar la protección del mismo en sus actividades militares (obligación recogida, por otro lado, en el artículo 7 de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado²⁰). Resalto que dicha formación es igualmente transcendental en cualquier tipo de intervención militar, incluido por supuesto en misiones de paz.

Considero que esta cuestión es de vital importancia, y más en un contexto de guerras asimétricas como el actual. Pero como demuestra el comportamiento del ejército americano en Iraq, no recibe la suficiente atención o cuidado. Toda intervención militar, especialmente aquellas en zonas con un rico legado cultural, debería contar con asesores especializados en cuestiones culturales, con poder de influencia, que puedan ayudar a determinar que estrategias seguir para garantizar la protección del patrimonio cultural en el área de actuación militar. En aquellos casos en los que el país o ejército en cuestión no cuente con expertos adecuados (cosa entendible, especialmente en países en desarrollo o de pequeño tamaño),

¹⁷ Ibid.

¹⁸

[http://portal.unesco.org/es/ev.php-](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

¹⁹ Kila, J.: “Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69

²⁰

[http://portal.unesco.org/es/ev.php-](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

[URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

opino que la UNESCO, a través de sus diferentes organismos (como por ejemplo el Comité internacional del Escudo Azul) debería enviar expertos suficientes a los lugares afectados.

Persecución de la destrucción de Patrimonio

Como nos recuerda Miranda Gonçalves, «el Estatuto de Roma de 1998 por el que se constituye la Corte Penal Internacional declara la competencia de este tribunal para juzgar la destrucción intencional de los bienes culturales»²¹, considerando dicho ataque intencional como crimen de guerra. La condena en septiembre de 2016 de Ahmad al-Faqi al-Mahdi, líder del grupo rebelde Ansar Dine, que participó en los desperfectos de diez tumbas sagradas en 2012 y una mezquita datados de la Edad Media en Tombuctú (Malí), es un hito histórico en la protección de los bienes culturales²². Es la primera condena de la Corte Penal Internacional por la destrucción de patrimonio cultural y sienta las bases para garantizar la persecución de estos crímenes. Considero que estas medidas punitivas son un paso muy positivo para proteger los bienes culturales, y espero que se produzcan más detenciones y condenas a aquellos culpables de estos delitos.

Un buen instrumento para promover una persecución efectiva de los delitos contra el patrimonio cultural material es la creación de fuerzas policiales dedicadas a dicha tarea. Italia fue el primer Estado que creó una fuerza policial especializada en éste ámbito, con la creación del “*Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale*” en 1969²³. España creó unidades similares, aunque de tamaño mucho más reducido en los setenta y ochenta, con la creación del Grupo de Patrimonio Histórico de la Unidad Central Operativa del Servicio de Policía Judicial de la Guardia Civil y de la Brigada de Patrimonio Histórico de la Policía Nacional, respectivamente.

Prohibición de la venta ilegal de bienes culturales

Aunque el expolio, el tráfico ilegal de bienes culturales o la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado están perseguidos, cada vez existe una demanda mayor por este tipo de bienes, lo que refuerza la necesidad de perseguir la comercialización ilegal de los mismos²⁴. Los países occidentales ricos (y China) son los principales destinatarios de estos bienes²⁵, por lo que se debe actuar no sólo sobre el terreno, sino atacando también a aquellas instituciones o coleccionistas que demandan estos productos.

Considero que la justicia debería actuar con mayor vehemencia en la persecución de este tipo de prácticas. Por suerte, contamos con ejemplos internacionales de éxito, como es el caso de la persecución de los “diamantes de sangre” a través del Proceso Kimberly²⁶, que nos marca una hoja de ruta de la que se pueden sacar lecciones a aplicar en el caso que nos ocupa.

En esta línea de actuación, el Consejo de Seguridad de la ONU dio un enérgico, pero mayormente estético, paso al frente al aprobar la Resolución 2199 en febrero de 2015²⁷, condenando el tráfico ilegal de bienes culturales por parte del Estado Islámico, y alentando a los Estados miembros a que adopten las medidas

²¹ Miranda Gonçalves, R.: “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”, *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

²² “Primera condena de La Haya por la destrucción de patrimonio cultural”, *La Vanguardia*, 27 septiembre 2016 <http://www.lavanguardia.com/cultura/20160927/41608479967/ahmad-al-faqi-al-mahdi-condena-la-haya-destruccion-patrimonio.html>

²³ *Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale- Introduzione e Cenni storici*, <http://www.carabinieri.it/cittadino/tutela/patrimonio-culturale/introduzione>

²⁴ Miranda Gonçalves, R.: “La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado”, *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

²⁵ Ibid.

²⁶ <https://www.state.gov/e/eb/tfs/tfc/diamonds/index.htm>

²⁷ Resolución 2199 del Consejo de Seguridad de la ONU de febrero de 2015 http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1504032_ES.pdf

pertinentes para detener el comercio ilegal de bienes culturales procedentes de Iraq y Siria.

Refuerzo de la cooperación militar

Kile considera que para proteger los bienes culturales es necesaria la cooperación militar internacional²⁸. Dado que pocos ejércitos cuentan con suficientes recursos (y menos aún en tiempos de guerra) para proteger el patrimonio cultural, la cooperación militar internacional debe servir para suplir las carencias individuales que existan en esta materia. Considero que las diferentes fuerzas armadas podrían compartir estrategias, investigaciones, hojas de ruta y conocimientos en materia de protección cultural.

Además, creo que se debería institucionalizar el desarrollo de misiones militares internacionales encaminadas a la protección de bienes culturales amenazados. De la misma manera que los ejércitos, incluido el español, participan en misiones internacionales de diversa y creciente índole²⁹, como la pacificación (p.ej. Congo, 2009), la intervención humanitaria (p.ej. Albania, 1999), la respuesta ante emergencias naturales (p.ej. Mozambique, 2000) o la reconstrucción (p.ej. Indonesia, 2005), debería también incorporarse en este elenco de actuaciones la protección del patrimonio. Creo que el impacto de este tipo de actuaciones sería muy beneficioso para todas las partes, por un lado, por el evidente impacto positivo en la protección, conservación y/o restauración de los bienes culturales del país en cuestión; y por otro lado, porque es una vía para las fuerzas militares puedan congraciarse con la población local, siendo así más efectivos en el cumplimiento global de su misión de intervención.

Un magnífico ejemplo de la cooperación internacional de fuerzas de seguridad en materia de protección del patrimonio cultural es el prestado por el antes referido "*Comando Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale*". Esta unidad especializada ha participado en varias misiones internacionales en Iraq, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Albania, Etiopía y Afganistán, colaborando en tareas como la protección de yacimientos arqueológicos, el inventariado del patrimonio cultural o la formación de fuerzas policiales especializadas³⁰. Así mismo Italia ha firmado en 2016 un acuerdo con la UNESCO para crear una suerte de "casco azul de la cultura", para proteger el patrimonio cultural material en misiones internacionales de la ONU y para luchar contra el tráfico ilícito de bienes culturales³¹. En esta actividad participará la citada unidad especializada de los *Carabinieri*, y aunque no queda claro cómo se instrumentalizará operativamente dicho acuerdo, ni se han sumado hasta la fecha más países a esta iniciativa, considero que es un gran paso en la dirección adecuada.

5. Una referencia a la problemática del Estado Islámico

Una de las muchas tragedias con las que nos asoló el Estado Islámico (ISIS) fue la destrucción de bienes culturales y de yacimientos arqueológicos. El vertiginoso avance del Estado Islámico entre 2014 y 2016 supuso un enorme desafío militar para los regímenes sirios e iraquíes, y para los muchos estados que les apoyaban. En la cumbre de su poder, el Estado Islámico controlaba una parte extensísima del este de Siria y del oeste de Iraq, en un territorio mayor que muchos países y que contenía entre 6 y 8 millones de habitantes³². Afortunadamente, desde Diciembre

²⁸ Kila, J.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69

²⁹ <http://www.defensa.gob.es/>

³⁰ Millington L. & Rush L.: "A Preliminary Study of the Italian Carabinieri as a Model for other Deploying Forces" (2011), <http://aiamilitarypanel.org/wp-content/uploads/2011/01/AIA-2011-Italian-Carabinieri.pdf>

³¹ "Italy creates a UNESCO Emergency Task Force for Culture", 15 febrero 2016, UNESCO http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/italy_creates_a_unesco_emergency_task_force_for_culture/

³² Birke, S.: "How ISIS rules" (2015) <http://www.nybooks.com/articles/2015/02/05/how->

de 2017 el Estado Islámico ha sido prácticamente expulsado de Iraq³³, tras años de guerra, y su presencia en Siria es muy limitada (como resultado de más de 30.000 ataques aéreos por parte de la coalición dirigida por EE. UU.³⁴ y la involucración de tropas en el terreno de naciones tan dispares como Rusia o Irán³⁵).

Sin embargo, durante sus años de control territorial, el Estado Islámico causó un grado de destrucción sin precedentes en la época moderna. No tanto por su impacto absoluto (que no fue menor) sino por su virulencia y perversidad. Ya hemos referido arriba algunos de los importantes bienes culturales que han destruido (p.ej. los vestigios de Nimrod, la ciudad patrimonio mundial de Hatra, el monasterio de Bar Benham, etc), pero aún se desconoce el alcance total de la destrucción que han causado. No es el propósito de este artículo analizar los deplorables motivos que han podido llevar al Estado Islámico a causar el daño patrimonial que ha ocasionado (ni mucho menos intentar entender sus repulsivos actos de crueldad), sean estos motivos teológicos, políticos, históricos o sociales. Dejaremos este estudio a mentes más capaces que la mía.

Pero desde el punto de vista del patrimonio cultural el desafío sin precedentes del Estado Islámico debería valernos para aprender múltiples lecciones y preparar respuestas y soluciones adecuadas ante la más que probable repetición de estas amenazas en otros lugares del mundo.

Bowker, Goodall y Haciski, en un detallado análisis de las herramientas legales disponibles para atajar la destrucción del patrimonio cultural por parte del Estado Islámico, concluyen que los diferentes acuerdos internacionales (Convención de la Haya de 1954, y sus respectivos protocolos, Convención de la UNESCO de 1970, etc) son de muy limitada efectividad en este caso³⁶. Ofrecen sin embargo una serie de soluciones prácticas para luchar contra la destrucción del patrimonio cultural por parte de grupos como el Estado Islámico.

Por un lado, sugieren la intervención militar directa con el fin de proteger aquellos lugares con el patrimonio cultural más valioso. Por otro lado, proponen una serie de medidas encaminadas a controlar, detener y castigar el comercio ilegal de bienes culturales (p.ej. controles aduaneros, equipos de trabajo internacionales e interdisciplinarios para perseguir el tráfico de bienes, medidas penales para aquellos que trafiquen, compren o vendan bienes saqueados, denuncias ante la Corte Penal Internacional de aquellos responsables por los actos más infames, etc).

Considero que estas propuestas son acertadas, y creo que la comunidad internacional está equipada para luchar de forma efectiva contra el comercio ilegal de bienes culturales, limitando así la financiación de organizaciones terroristas como el Estado Islámico. Valoro también la voluntad del Estado Italiano y del UNESCO de enviar a “cascos azules culturales” a zonas de conflicto y post-conflicto. Sin embargo considero improbable que la comunidad internacional destine, o deba destinar, los relativamente escasos recursos militares que suele dedicar a misiones internacionales a la protección del patrimonio cultural (en vez de dedicarlos a la protección de vidas humanas). El caso del Estado Islámico muestra la necesidad de buscar mecanismos de protección creativos que defiendan de forma efectiva el patrimonio cultural de todos, sin tener que elegir entre proteger bienes o vidas humanas.

isis-rules/

³³ “Islamic State completely 'evicted' from Iraq, Iraqi PM says”, The Age, 10 diciembre 2017 <https://www.theage.com.au/world/islamic-state-completely-evicted-from-iraq-iraqi-pm-says-20171210-h01x2r.html>

³⁴ “ISIS has lost 98 percent of its territory, officials say”, Fox News, 26 diciembre 2017 <http://www.fox32chicago.com/news/dont-miss/isis-has-lost-98-percent-of-its-territory-officials-say>

³⁵ “Iran's president declares end of Islamic State”, Reuters, 21 noviembre 2017 <https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-rouhani-islamic-state/irans-president-declares-end-of-islamic-state-idUSKBN1DL0J5>

³⁶ Bowker, D., Goodall, L. & Haciski, R.: “Confronting ISIS's War on Cultural Property”, American Society of International Law, Volumen 20- Edición 12 (2016)

6. Conclusión

Concluyo este artículo haciéndome eco del pesimismo expresado por Miranda Gonçalves en su estudio sobre este tema: nos encontramos ante una situación realmente dramática³⁷.

El hecho de que en la actualidad la mayoría de los conflictos en ciernes sean de naturaleza asimétrica o híbrida solo complejiza la situación. En un mundo construido para resolver (o intentarlo) conflictos entre Estados, la comunidad internacional se encuentra desprovista de herramientas efectivas para hacer frente a los desafíos que representan las organizaciones no estatales.

Debemos hacer un esfuerzo por replantear cómo y en qué medida queremos proteger el patrimonio cultural de todos.

7. Referencias

- AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F.: "Entender la guerra en el siglo XXI", Capítulo IV, Editorial Complutense (2011)
- BRIKE, S.: "How ISIS rules" (2015), Disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/2015/02/05/how-isis-rules/>
- BOWKER, D., GOODALL, L. & HACISKI, R.: "Confronting ISIS's War on Cultural Property", American Society of International Law, Volumen 20- Edición 12 (2016)
- DEPARTAMENTO DE ESTADO, EE.UU.: "Conflict Diamonds", Disponible en: <https://www.state.gov/e/eb/tfs/tfc/diamonds/index.htm>
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=400
- FOX NEWS: "ISIS has lost 98 percent of its territory, officials say", 26 diciembre 2017, Disponible en: <http://www.fox32chicago.com/news/dont-miss/isis-has-lost-98-percent-of-its-territory-officials-say>
- KILA, J.: "Protección de bienes culturales en conflictos armados, Afkar ideas, Barcelona, n. 43, 2014, p. 69
- MILLINGTON L. & RUSH L.: "A Preliminary Study of the Italian Carabinieri as a Model for other Deploying Forces" (2011), Disponible en: <http://aiamilitarypanel.org/wp-content/uploads/2011/01/AIA-2011-Italian-Carabinieri.pdf>
- MIRANDA GONÇALVES, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", Revista Jurídica da Presidência, Vol. 19, núm. 118, 2017
- LA VANGUARDIA: "Primera condena de La Haya por la destrucción de patrimonio cultural", 27 septiembre 2016, Disponible en: <http://www.lavanguardia.com/cultura/20160927/41608479967/ahmad-al-faqi-al-mahdi-condena-la-haya-destruccion-patrimonio.html>
- LIZARANZU PERINAT, M.: "El papel de la UNESCO en la protección del patrimonio en zonas de conflicto", Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 42-2016 / 7-16 (2016)
- MINISTERIO DE DEFENSA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA, Disponible en: <http://www.defensa.gob.es/>
- PINKER, S.: "The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined", Penguin Books, 2011
- PERRY, T.: "Research Shows We're Living in The Most Peaceful Time in Human History", GOOD, 17 de Agosto 2016, Disponible en: <https://www.good.is/articles/closer-to-peace-than-ever>
- REUTERS: "Iran's president declares end of Islamic State", 21 noviembre 2017, Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-mideast-crisis-rouhani-islamic-state/irans-president-declares-end-of-islamic-state-idUSKBN1DL0J5>

³⁷ Miranda Gonçalves, R.: "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, núm. 118, 2017

- THE AGE: "Islamic State completely 'evicted' from Iraq, Iraqi PM says", 10 diciembre 2017, Disponible en: <https://www.theage.com.au/world/islamic-state-completely-evicted-from-iraq-iraqi-pm-says-20171210-h01x2r.html>
- UNESCO: "Italy creates a UNESCO Emergency Task Force for Culture", 15 febrero 2016, Disponible en: http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/italy_creates_a_unesco_emergency_task_force_for_culture/
- UNESCO: Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado 1999, Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- UNESCO: Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13637&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- URUEÑA ÁLVAREZ, R.: "La protección del patrimonio cultural en tiempo de guerra y de paz", Cuadernos de Estudios Empresariales, núm. 14, 245-260, 2004

Conflito de interesse e abuso do direito de voto do credor na Recuperação Judicial

Conflict of interest and creditor's abuse of voting right in judicial reorganization

Andreza Almeida Santos¹

Érica Guerra da Silva²

Juliana Aparecida Lopes Coelho³

Marco Aurélio Barbosa da Costa⁴

Patrícia da Silva Stefani Pimentel⁵

Thaís Claret de Oliveira Pinto⁶

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A recuperação judicial e os princípios da Lei nº 11.101/05; 3. Credores; 4. Assembleia geral de credores; 5. Conflitos nas classes de credores; 6. Forma de votação na recuperação judicial e conflito entre credores; 7. Abuso de voto na recuperação judicial; 7.1 Conceito; 7.2 Abuso de direito na recuperação judicial; 8. Conclusão; 9. Bibliografia citada.

Resumo: A presente pesquisa tem como finalidade discorrer acerca do avanço legislativo decorrente da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da Recuperação Judicial. A modificação do centro decisório do destino da empresa, que passou para a comunhão de credores, leva ao debate acerca da prevalência de princípios do direito empresarial – em especial o princípio da função social da empresa - sobre o interesse particular dos credores. A conclusão da pesquisa foi no sentido de que, para equilibrar interesses conflitantes, bem como coibir o abuso de direito do credor na sistemática de votos da Recuperação Judicial, mostra-se necessária a intervenção do Poder Judiciário. Este, por sua vez, diante da lacuna na legislação falimentar, deve recorrer ao Código Civil Brasileiro e à legislação especificamente criada para as sociedades anônimas. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e compilação doutrinária.

Palavras chave: Empresa; Recuperação Judicial; Conflito de Interesses; Abuso de Direito.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR).

² Professora do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR), Pós-doutoranda pela Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais, Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros, Vice-Presidente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros, biênio 2014/2016 e 2016/2018.

³ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR).

⁴ Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR).

⁵ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR), Técnica Judiciária na Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro, integrante dos grupos de pesquisa “Direitos Humanos e religião - os direitos sexuais e reprodutivos como campo de disputa no espaço público brasileiro” e “Direito, processo e desenvolvimento”.

⁶ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR).

Abstract: This article aims to discussing the legislative progress resulting from the Law 11.101/2005, which introduced into the Brazilian legal system the Judicial Reorganization. The change of the decision-making center of the company's destiny to the creditors' meeting, leads to the debate about the prevalence of principles of business law - especially the principle of the social function of the company – in relation to the creditor's particular interest. The result of the research was that to balance conflicting interests and to avoid creditor's abuse of voting right in Judicial Reorganization, Judicial intervention is required. The Judiciary, in the face of legal gap in the bankruptcy law must resort in the Brazilian Civil Code and the to legislation specifically created for stock companies. The methodology used was a bibliographical research, jurisprudential AND and doctrinal compilation.

Keywords: Company; Judicial Reorganization; Conflict of Interest; Abuse of Right.

1. Introdução

A Lei nº 11.101/2005 foi recebida com profunda esperança no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que representou um avanço no campo do Direito Empresarial que ensejaria profundos reflexos na economia nacional.

Uma das maiores mudanças promovidas pela legislação falimentar foi o fato de que a norma passou a reger também a recuperação judicial e extinguiu a concordata, considerada ineficiente.

Da leitura dos dispositivos da lei, evidencia-se que prevalece em seu conteúdo - sobretudo nos trechos destinados à recuperação judicial - a intenção do legislador em privilegiar a manutenção da atividade empresarial e a prevalência do interesse público e social.

Dentre as alterações apresentadas pela nova lei, destaca-se a mudança do centro decisório quanto ao destino da empresa que passa por dificuldades econômicas: antes centrado no Judiciário, a comunhão de credores passou a ser detentora de poderes capazes de manter ou definitivamente encerrar as atividades empresariais.

Decorrida mais de uma década da entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005, o objetivo do presente estudo é analisar a importância conferida ao voto do credor da recuperação judicial, de modo que seu interesse particular não ultrapasse a observância dos princípios legais, sobretudo da função social e da manutenção da empresa, coibindo-se, desse modo, o abuso de direito.

Discute-se, ainda, se seria possível eventual participação do Poder Judiciário no que tange ao conteúdo do plano de recuperação judicial, tendo em vista que, embora tal poder tenha sido atribuído aos interessados na satisfação do crédito, não são raros os casos concretos em que há manifesto conflito de interesses, inexistindo consenso entre os credores.

Para tanto, diante de lacunas deixadas pela Lei de Recuperação e Falência quanto ao tema, mostra-se necessário recorrer-se a institutos oriundos não apenas do Código Civil de 2002, mas também de disposições inerentes à complexidade das sociedades anônimas.

2. A recuperação judicial e os princípios da Lei nº 11.101/05

A Lei nº 11.101/2005, doravante alcunhada Lei de Recuperação de empresas e Falências (LRF), revogou expressamente o Decreto-lei nº 7.661/1945 e consagrou no seu bojo princípios que passaram a nortear o Direito Falimentar e a recuperação judicial.

Neste íterim, cumpre mencionar o princípio da conservação da empresa viável. Em simples bosquejo das disposições consolidadas no texto da Lei nº 11.101/05, detrai-se que o legislador preocupou-se em garantir às empresas a faculdade de manutenção de suas atividades ante a existência de viabilidade econômica, não se impondo sua falência exclusivamente por força de um período de instabilidade.

Da leitura do art. 47 extraem-se os princípios basilares da LRF: preservação da empresa, função social da empresa, proteção dos trabalhadores e interesse dos credores.

Outrossim, o diploma mencionado alhures consolidou o princípio da equivalência dos créditos, ou seja, garantir-se-á aos credores tratamento equitativo. Sabe-se que a garantia dos credores é o patrimônio do devedor e ante o inadimplemento estará o ora credor legitimado para promover a execução dos bens do patrimônio do devedor com o fito de garantir a satisfação de seu crédito. Tal evento se dá, em regra, individualmente, com um exequente agredindo o patrimônio do executado. Todavia, nos cenários em que o patrimônio da empresa é inferior à totalidade de suas dívidas, a aludida regra torna-se injusta, haja vista que não será garantido a todos os credores de uma mesma categoria de crédito as mesmas chances de terem sua pretensão satisfeita, qual seja, o cumprimento da obrigação devida. Diante de tais achegas, a Lei de Falências afastou a regra da individualidade da execução e privilegiou a execução concursal, primando pelo princípio da equivalência dos créditos.

Nesta senda, não se pode olvidar acerca do princípio da prevalência dos interesses dos credores. Como será ventilado adiante, a recuperação judicial é um dos institutos trazidos pela Lei nº 11.101/05, no qual se almeja a satisfação das obrigações não adimplidas da empresa perante seus credores. Estes, por seu turno, são os principais interessados e, por derradeiro, gozam do direito de serem ouvidos e deliberarem acerca das posturas que serão levadas a cabo durante o procedimento de recuperação.

Frise-se que a presente pesquisa não pretende esgotar os princípios norteadores da Lei nº 11.101/05, todavia destacamos os principais que conduzem o processo de recuperação judicial – objeto da presente abordagem.

Impende asseverar que a Lei de Falências inovou ao extinguir o instituto da concordata e instituir em seu lugar a recuperação judicial. Esta configura faculdade conferida aos devedores que se enquadram no conceito de empresário ou sociedade empresária de preservar o funcionamento da empresa, prestigiando os princípios mencionados alhures.

Ressalte-se que a Lei positivou requisitos necessários para que o empresário possa gozar da aludida faculdade, bem como insta elucidar que a doutrina e a mais abalizada jurisprudência convergem no sentido de que nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. Isto porque é cediço que, no Brasil, o ônus da reorganização das empresas recai na sociedade brasileira como um todo. Logo, é necessário que o Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas.⁷

Destarte, somente as empresas viáveis deverão ser objeto de recuperação judicial e caberá ao Judiciário adentrar no mérito para analisar a referida viabilidade à luz da importância social, mão-de-obra, tecnologia, porte econômico, tempo de existência da empresa postulante e, posteriormente, concluir se o caso em voga atenderá o fim a que se destina o instituto da recuperação judicial, qual seja a reorganização da empresa em benefício dos credores, empregados e da economia.

Não é demais esclarecer que o regular processamento do instituto em comento se dará em decorrência de três fases: fase postulatória, deliberativa e de execução, bem como são órgãos específicos que atuam nesta marcha o administrador judicial, o comitê e a assembleia geral dos credores que será objeto de nossa abordagem na presente pesquisa.

3. Credores

Para que sejam habilitados os credores da empresa em recuperação judicial, inicialmente será realizada uma verificação dos créditos pelo administrador judicial, com base nos livros contábeis, nos documentos comerciais e fiscais do devedor,

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 21ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 369.

bem como nos documentos que forem apresentados pelos próprios credores, com base no art. 7º da Lei 11.101/05.

Após a fase de verificação, será conferido aos credores o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação de suas habilitações ou impugnações ao administrador judicial, com relação aos créditos apurados e publicados em edital.

Analisadas as habilitações e inexistindo apresentação de impugnações pelos credores, o administrador judicial publicará um edital contendo a relação final de credores, configurando o quadro-geral de credores, conforme prevê o art. 14 da Lei 11.101/05.

A responsabilidade pela consolidação do quadro-geral de credores é do administrador judicial, que será homologado pelo juiz e conterá a menção da importância e a classificação de cada crédito na data do requerimento da recuperação judicial, de acordo com o art. 18, caput, e parágrafo único, da Lei 11.101./05.

Com a homologação do quadro-geral, os credores passam a ter o direito de voto a ser exercido na Assembleia de Credores.

4. Assembleia geral de credores

Uma empresa em fase de recuperação judicial ou de falência necessita atender aos interesses dos seus credores, visando a cumprir com as obrigações que adquiriu ao longo do tempo. Para compatibilizar os interesses do devedor e dos credores é necessário interpretá-los e, para esta função, duas figuras admitem importantes posições, cada uma dentro de suas atribuições: o juiz e o administrador judicial.

Em outras ocasiões, os próprios credores são convocados para expressar seus interesses. Para isto é convocada a Assembleia Geral de Credores, um dos principais órgãos que atua diretamente na recuperação judicial, caracterizando-se pela reunião das classes de credores, já que é necessário deliberar sobre aspectos que influenciam na forma como a empresa devedora se reerguerá para adimplir com os débitos existentes.

Cabe aos credores decidir sobre a aprovação ou não do plano de recuperação judicial, que regula como o pagamento dos débitos será realizado.

Integram a Assembleia-Geral as classes de credores elencadas no art. 41 da Lei nº 11.101/2005, que será adiante pormenorizado.

Este órgão possui grande relevância no processo de recuperação judicial, que não tramita sem a atuação do colegiado de credores. O rol de competência da Assembleia está previsto no art. 35 da Lei 11.101/05.

A Assembleia será convocada pelo juiz, nas hipóteses legalmente previstas ou sempre que achar conveniente, por meio da publicação de edital e em jornais de grande circulação. Também poderá ser convocada pelos credores, desde que a soma de seus créditos represente no mínimo 25% do total do passivo requerente.

Com relação ao quórum, para que a Assembleia seja válida, em 1ª convocação, será necessária a presença dos credores que possuam mais da metade dos créditos de cada classe, de acordo com os seus valores. Caso haja uma 2ª convocação, devido à insuficiência de quórum da 1ª ou por qualquer outro motivo que tenha impedido sua ocorrência, ela será válida com qualquer número de credores,

Ao ser iniciada a Assembleia, todos os credores presentes devem assinar a lista de presença, exibindo os documentos necessários para comprovar sua legitimidade no momento em que chegarem ao local. Será encerrada a assinatura da lista quando for iniciada a reunião.

Para compor a mesa condutora da reunião, serão convocados o presidente e o secretário. A presidência é exercida pelo administrador judicial, em regra. Caso o mesmo esteja ausente ou a pauta da reunião trate sobre a destituição de seu cargo, o mesmo será substituído pelo credor que possuir o maior valor em crédito. O secretário será escolhido pelo presidente, dentre os credores que estiverem presentes.

Com a apreciação dos pontos de pauta, a reunião se divide em dois momentos: o primeiro de debates e o segundo de votação. O voto de cada credor será proporcional ao valor do crédito que possui. Concluída a votação, será lavrada a ata com as deliberações do dia, que serão obrigatórias para todos os credores após a homologação do juiz, inclusive para os ausentes.

5. Conflitos nas classes de credores

Como já foi dito, a recuperação judicial consiste em um processo judicial que, nos termos do art. 47 da LRF, objetiva propiciar a superação de crise econômico-financeira vivenciada pela empresa.

Assim, para que se proporcione, de forma objetiva, condições para um ambiente de renegociação entre a recuperanda e o conjunto de seus credores, é necessário que se estabeleça um novo cronograma para a realização dos pagamentos e retomada da atividade empresarial saudável.

Pode-se perceber que o legislador optou por colocar em um mesmo grupo os credores que possuíam interesses similares, e isto para que não houvesse grandes divergências com relação à decisão que uma das classes pudesse tomar. Dentro dessa lógica, durante a recuperação judicial, os credores são basicamente divididos em quatro classes: trabalhistas, titulares de garantia real, quirografários e aqueles enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme o artigo 41 da Lei 11.101/05.

Durante a 1ª Jornada de Direito Comercial, estabeleceu-se o Enunciado 57⁸.

O tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores, com interesses homogêneos, tem fundamento no princípio da *par conditio creditorum*. Trata-se de princípio básico no tratamento dos credores no processo falimentar, mas que tem sido utilizado, apesar de divergências, como condição para o tratamento igualitário dos credores também na recuperação judicial, como condição para justa distribuição das perdas entre os credores que têm interesses similares, para que, ao menos parte dos seus créditos sejam realizados, também como forma de se cumprir a finalidade almejada pelo legislador quando da edição da Lei, aplicando-se medidas igualitárias e isonômicas.

Na recuperação judicial, algumas medidas do legislador têm por objetivo a proteção dos credores, mas também a superação da crise empresarial, permitindo a continuidade da atividade econômica, objetivando evitar a falência da recuperanda.

Nesse sentido, o caput do artigo 49 expressa que estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, englobando todas as dívidas da empresa em recuperação (salvo as exceções previstas em lei), mas com algumas restrições previstas nos parágrafos do referido artigo⁹.

⁸Enunciado nº 57, 1ª Jornada de Direito Comercial: O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 24/11/2017.

⁹ Lei nº 11.101/2005, artigo 49: (...) § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. § 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º

A 2ª Jornada de Direito Comercial também trouxe alguns enunciados importantes, a exemplo do Enunciado número 73, que trata do crédito trabalhista na recuperação judicial¹⁰.

Ainda nesse sentido, o artigo 54, *caput* e parágrafo único, da Lei 11.101/05, expressam que o plano de recuperação não poderá ter prazo superior a um ano para pagamentos de créditos derivados da legislação trabalhista, bem como os decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data de seu pedido. Tal plano não poderá ainda prever prazo superior a 30 dias para o pagamento de até o limite de 5 salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencido nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

Esta lógica faz sentido, quando se considera que um credor trabalhista nunca terá as mesmas condições financeiras e econômicas às daqueles credores com garantia (inciso II do artigo 41). Não haveria justiça se se tratassem os credores com poderes tão distintos de forma igualitária.

O princípio da *par conditio creditorum* tem por finalidade atuar justamente nestas situações, visando a inibir que o proponente do plano de recuperação judicial venha a estabelecer condições similares para credores desiguais. Objetiva, também, impedir que os próprios credores venham a agir de forma individualista, ou seja, buscando apenas a realização de seus próprios créditos. Esse, inclusive, é o entendimento de Valverde¹¹.

Assim, optou o legislador por tipificar algumas condutas que caracterizem fraude contra credores, conforme expressa o artigo 168¹².

6. Forma de votação na recuperação judicial e conflito entre credores

Sérgio Campinho¹³ afirma que há duas formas de votação da recuperação judicial. A regra geral corresponde ao sistema ordinário de deliberação, no qual os

desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

¹⁰ Enunciado nº 73, 2ª Jornada de Direito Comercial: Para que seja preservada a eficácia do disposto na parte final do § 2º do artigo 6º da Lei n. 11.101/05, é necessário que, no juízo do trabalho, o crédito trabalhista para fins de habilitação seja calculado até a data do pedido da recuperação judicial ou da decretação da falência, para não se ferir a *par conditio creditorum* e observarem-se os artigos 49, “caput”, e 124 da Lei n. 11.101/2005. Referência legislativa: artigos 6º, §§ 1º e 2º; 9º, inciso II; 49, “caput”; e 124 da Lei n. 11.101, de 09/02/2005. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 25/11/2017.

¹¹ Para VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2000, “insolvente o devedor, levanta-se, inevitável, o conflito de interesses entre ele e os credores, e ainda entre estes, cada qual procurando tirar da situação o melhor proveito. Não se resolveria tal conflito, ou sê-lo-ia tardiamente, com graves desvantagens para todos os interessados, se diversas vias judiciais fossem abertas à ação peculiar de cada credor, tendente a efetivar o seu direito sobre o patrimônio do devedor, que perderia, extraordinariamente, com esse fracionamento, o seu valor econômico. Surge, então, no desenvolvimento das instituições jurídicas, o processo de execução coletiva. A ideia, relativamente nova, de que os bens do devedor constituem a garantia comum dos credores, preside o regular funcionamento do instituto e o disciplina.”

¹² Lei 11.101/05, art. 168: Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena: reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

¹³ CAMPINHO. Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46.

credores são universalmente considerados e as deliberações na Assembleia Geral de Credores decorrem de voto da maioria de presentes ao evento, sendo que o voto de cada credor é proporcional ao seu crédito. Por outro lado, afirma que não se enquadram na hipótese do sistema ordinário as decisões a respeito da constituição e composição do comitê de credores e as concernentes à aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

De fato, de acordo com tema já abordado no presente estudo, o art. 41 da Lei nº 11.101/05 divide a Assembleia-Geral de Credores em quatro classes, de acordo com a titularidades dos créditos: créditos trabalhistas; credores com garantia real; créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados; e créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte. O art. 42, por sua vez, determina que a proposta vencedora será aquela que obtiver votos de credores que, presentes à assembleia-geral, representem mais da metade do valor total dos créditos exceto nas decisões acerca do plano de recuperação judicial previstas na alínea a do inciso I do caput do art. 35 da Lei, a composição do Comitê de Credores ou forma alternativa de realização do ativo prevista no art. 145 da norma.

Conforme visto, no que diz respeito à aprovação, rejeição ou alteração do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor, a proposta não será aprovada mediante aprovação de credores titulares de mais de 50% dos créditos presentes na assembleia-geral.

Inicialmente, cumpre ressaltar que há uma hipótese de aprovação tácita, na qual sequer se mostra necessária a convocação da Assembleia Geral de Credores para votação do plano de recuperação judicial. Cuida-se de previsão contida no caput do art. 56 da LRF, dispositivo que é claro ao determinar que a convocação da assembleia para deliberar sobre o plano de recuperação judicial só deve ocorrer se houver objeção de algum credor. Reforçando a intenção do legislador, o caput do art. 58 prevê que “o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor (...)”.

Depreende-se, portanto, que inexistindo manifestação contrária dos interessados, presume-se que o plano de votação foi aprovado, sem que tenha sido convocada a Assembleia Geral de Credores.

Por outro lado, existindo óbice, não são utilizadas as regras de votação do art. 42. Aplica-se, na realidade, o modelo do art. 45 do mencionado diploma legal, segundo a qual “nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.” Contudo, são distintas as regras internas para aprovação em cada uma das classes: no que tange aos titulares de créditos com garantia real ou créditos quirografários, são exigidos dois requisitos para aprovação da proposta: anuência dos representantes de mais de 50% do valor total dos créditos presentes à assembleia e aprovação pela maioria simples dos credores presentes. Em relação aos titulares de créditos oriundos de relação de trabalho ou créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, a aceitação da proposta deve ser feita apenas pela maioria dos credores presentes, sendo desconsiderado o valor individual do crédito.

O art. 58, por sua vez, dispõe que a concessão da recuperação judicial pelo juiz ocorrerá quando o plano apresentado pelo devedor não sofrer objeção do credor ou tiver sido aprovado pela AGC na forma do art. 45, qual seja, por todas as classes.

Contudo, embora o caput do art. 58 apresente-se como regra geral para concessão da recuperação judicial, os §§ 1º e 2º do art. 58 apresentam hipóteses nas quais o magistrado poderá conceder a recuperação judicial do devedor ainda que o plano não tenha sido aprovado na Assembleia Geral de Credores. Cuida-se de aprovação extraordinária, que se utiliza de instituto conhecido como cram down. Nesse caso, na mesma assembleia, deverá o plano preencher quatro requisitos: a) aprovação por credores que, independentemente da classe, sejam detentores da metade dos créditos dentre os presentes à assembleia; b) aceitação de ao menos

duas classes de credores ou, havendo apenas duas, anuência de pelo menos uma delas; c) voto favorável de ao menos um terço dos credores nas classes em que o plano foi rejeitado; e d) constatação de que o plano de recuperação judicial não apresenta tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou.

A interpretação dos artigos ora apresentados, em conjunto com todo o texto legal, conduz a uma interpretação no sentido de que a intenção do legislador ao dividir os credores em classes, bem como ao distinguir o modo de apuração da maioria, visa a prevenir que os credores mais poderosos economicamente façam valer a sua vontade sobre a maioria. Por outro lado, evidencia-se que a lei, ao facultar hipótese extraordinária para aprovação do plano, busca aplicar o princípio da preservação da empresa que a LRF pretende consagrar. Constata-se, portanto, que o magistrado pode impor a recuperação judicial a classes de credores que se manifestaram de forma contrária ao plano, intervenção essencial para evitar o abuso de direito.

No entanto, evidencia-se aqui uma importante questão relativa à votação na recuperação judicial: se em uma classe constar apenas um credor ou poucos credores, estes podem conduzir sozinhos o destino da recuperação judicial.

De fato, é natural que em um processo de recuperação judicial haja conflito não apenas entre os credores, mas também entre os titulares do crédito e próprio devedor. Em demandas desse tipo, cada credor busca minimizar seus prejuízos no prazo mais curto dentro das possibilidades e não se pode olvidar que a aprovação do plano de recuperação judicial impede o recebimento da dívida pelos meios inicialmente acordados. Isto porque, uma vez aprovado o plano, os credores tornam-se concursos - exceto aqueles elencados no art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. Logo, cada credor, regra geral, optará pela condição que lhe for mais favorável, fato que, muitas vezes, pode ensejar um agravamento do quadro de crise da empresa que se busca recuperar.

No atual cenário de crise econômica vivenciado pelo Brasil, tal situação se vislumbra no caso de dívidas cujos credores são instituições financeiras. Desse modo, a fim de se evitar excessos desarrazoados e prejudiciais à recuperação judicial, a jurisprudência tem se expressado pontualmente no sentido de que é possível a intervenção do juiz caso verificado o abuso de direito no exercício do voto pelos credores, ainda que não preenchidos os requisitos do *cram down*. Afasta-se, desse modo, o interesse individual do credor para atender aos princípios da função social e da preservação da empresa.

Neste sentido, cite-se aresto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que é dever dos magistrados a intervenção em casos excepcionais, sobretudo quando evidenciado que a rejeição do plano de recuperação decorreu de abuso de direito de credores¹⁴.

Contudo, tal posicionamento não é unânime na jurisprudência pátria. Em sentido diverso, a I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal

¹⁴ Pedido de convolação em falência, em virtude da rejeição do plano de recuperação pela maioria qualitativa dos credores quirografários, única classe de credores quirografários a deliberar. Cinco credores financeiros que se opuseram ao plano, em detrimento de outros quinze credores que o aprovaram. Descumprimento do quórum supletivo (*cram down*) previsto no art. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Moderno entendimento dos tribunais no sentido de que cabe ao juiz intervir em situações excepcionais, quer para anular, quer para deferir planos de recuperação judicial. Ausente qualquer justificativa objetiva para rejeição do plano de recuperação, com a ressalva de que os créditos financeiros são dotados de garantias pessoais dos sócios, que se encontram executados em vias próprias. Concordância do Administrador Judicial e dos representantes do Ministério Público em ambas as instâncias com a homologação do plano. Constatação de que os credores que rejeitaram o plano agiram em abuso de direito, na forma do artigo 187 do Código Civil. Rejeição de caráter ilícito, devendo prevalecer o princípio da preservação da empresa. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP – AI 01066618620128260000 SP, Relator: Francisco Loureiro, data do julgamento: 03/07/2014, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, data de publicação: 17/07/2014). Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>, acesso em 01/11/2017.

firmou o Enunciado nº 46, de acordo com o qual “não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores.” Do mesmo modo, entendeu recentemente o STJ que não é admitida a intervenção do magistrado em plano de recuperação judicial para adentrar na análise de sua viabilidade econômica¹⁵.

7. Abuso de voto na recuperação judicial

7.1 Conceito

A teoria do abuso de direito nasce da ruptura da concepção absoluta do direito subjetivo, o qual deve ser relativizado, a fim de atender sua finalidade econômica e social.

Desta forma, o abuso de direito consiste no exercício do direito de forma contrária à função para qual ele legitimamente existe. Não cabe, desse modo, ao titular do direito utilizar-se deste como justificativa para comportamento desarrazoado, cuja finalidade exclusiva seja apenas prejudicar outrem.

Nos termos do artigo 187 do Código Civil de 2002 “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Neste sentido, para que o exercício do direito seja legítimo, não basta estar respaldado na pura e simples legalidade. Deve, então, ser manifestado de forma razoável, de acordo com o propósito almejado pela lei que lhe respalda. Condicionando-se, ainda, aos limites impostos pela boa-fé – normas de conduta e princípios –, bem como aos costumes inseridos na sociedade da época e do lugar.

7.2 Abuso de direito na recuperação judicial

Conforme já salientado no presente trabalho, a recuperação judicial tem como um de seus princípios basilares a preservação da empresa, de modo que esta possa permanecer cumprindo sua função social como fonte produtora de bens e serviços, bem como fomentadora de empregos¹⁶.

Deste modo, o credor, ao exercer seu direito de voto em AGC, deve analisar não apenas seus próprios interesses, mas se a empresa em questão ainda é capaz de atender a sua função social.

Logo, caso o credor venha a exercer seu direito de voto em dissonância com os fins que pautam a LRF, em especial a preservação da empresa, estará agindo de forma abusiva.

Contudo, insta salientar que a Lei 11.101/05 não trouxe em seu bojo dispositivos acerca da aplicação do abuso de direito de voto.

¹⁵ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE. 1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016. 2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores. 3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido. EMEN: (RESP 201600432808, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA DA DECISÃO:04/04/2017, data da publicação: 10/04/2017). Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=201600432808&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>, acesso em 02/11/2017.

¹⁶Para REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. 1. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p. 76, “hoje o conceito social de empresa como exercício de uma atividade organizada, destinada a produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos faz com que o empresário comercial não continue sendo empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais (...).”

Para impedir que determinado(s) credor(es) obstem o plano de recuperação por motivos egoísticos, a LRF regulamentou o instituto do “cram down”, o qual permite ao magistrado a possibilidade de afastar o veto, de modo que o plano ainda seja aprovado. Todavia, o referido instituto, de inspiração americana, não dispõe da mesma força que detém nos EUA e, conseqüentemente, não possui o condão de afastar eventuais abusos de voto.

Por tal razão, faz-se de patente necessidade a utilização do instituto do abuso de direito de voto na recuperação judicial, obstando, através deste, possíveis abusos desmedidos por parte de credores¹⁷.

Não obstante esta lacuna na legislação falimentar, a Lei nº 6.404/76 recepcionou o instituto do abuso de direito. Com efeito, dispõe acerca da aplicação do abuso de direito de voto, na medida em que prevê que o voto exercido de forma a infringir o interesse social imposto ao seu exercício será considerado abusivo¹⁸.

Dispõe, ainda, sobre a responsabilidade que terá que arcar o acionista de voto abusivo, bem como elucida formas de exercício abusivo¹⁹. Saliente-se, nesse ponto, que o Superior Tribunal de Justiça entende que o rol do § 1º do art. 117 da Lei nº 6.404/76 não é taxativo²⁰.

¹⁷ Para COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224, “pela lei brasileira, os juízes, em tese, não poderiam deixar de homologar os planos aprovados pela Assembleia de Credores, quando alcançado o quórum qualificado da lei. Mas, como a aprovação de planos inconsistentes levará à desmoralização do instituto, entendo que, sendo o instrumento aprovado um blá blá blá inconteste, o juiz pode deixar de homologá-lo e incumbir o administrador judicial, por exemplo, de procurar construir com o devedor e os credores interessados um plano alternativo.”

¹⁸ Lei nº 6.404/76, art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...)

¹⁹ Lei 6.404/76, art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder. § 1º São modalidades de exercício abusivo de poder: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade. h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. § 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. § 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

²⁰ RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO SOCIETÁRIO. ART. 117, 1.º, DA LEI N.º 6.404/76 (LEI DAS SOCIEDADES). MODALIDADES DE ABUSO DE PODER DE ACIONISTA CONTROLADOR. FORMA EXEMPLIFICATIVA. CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE PODER. PROVA DO DANO. PRECEDENTE. MONTANTE DO DANO CAUSADO PELO ABUSO DE PODER DO ACIONISTA CONTROLADOR. FIXAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. - O 1.º, do art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas enumera as modalidades de exercício abusivo de poder pelo acionista controlador de forma apenas

Neste contexto, deve o magistrado valer-se do disposto na Lei 6.404/76, assim como do art. 187 do Código Civil, para, em sede de recuperação judicial, enfrentar a lacuna da legislação, quando da ocorrência do abuso de voto.

A jurisprudência pátria tem corroborado este entendimento, de modo que os magistrados têm reconhecido e aplicado a teoria do abuso de direito na recuperação judicial, a fim de impedir votos manifestamente abusivos.

Igualmente, reconheceram o abuso de direito de voto os desembargadores do TJRJ, ao manterem a decisão de primeira instância, que havia concedido a recuperação judicial, mesmo diante da rejeição do plano pela AGC. Conforme demonstra o trecho do voto do relator²¹.

8. Conclusão

A Lei nº 11.101/2005, em evidente contraste com o instituto da concordata, trouxe grandes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas, destaca-se a previsão do instituto da recuperação judicial, o qual ainda não era recepcionado no Brasil, com a consequente extinção da concordata.

Destarte, a recuperação judicial acarretou uma mudança substancial acerca do centro decisório quanto ao destino da empresa em crise. Outrora nas mãos do

exemplificativa. Doutrina. - A Lei das Sociedades Anônimas adotou padrões amplos no que tange aos atos caracterizadores de exercício abusivo de poder pelos acionistas controladores, porquanto esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), incluir outros atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores. - Para a caracterização do abuso de poder de que trata o art. 117 da Lei das Sociedades por acoes, ainda que desnecessária a prova da intenção subjetiva do acionista controlador em prejudicar a companhia ou os minoritários, é indispensável a prova do dano. Precedente. - Se, não obstante, a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença. Recurso especial provido. (REsp 798264/SP, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes, Terceira Turma, Data de julgamento: 06/02/2007, data de publicação: 16/04/2007). Disponível em

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501908641&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.eam>>, acesso em 24/11/2017.

²¹ (...) é certo que a condição de aprovação do plano por pelo menos duas classes não foi atendida, mas tal se deu em razão do volume de crédito do Banco Itaú que influenciou no resultado geral da votação. Ao rejeitar o plano de recuperação judicial, o credor manifestou sua intenção de cobrar seu crédito diretamente dos devedores solidários, entendendo o Juízo pela configuração de abuso de direito de voto por parte da Instituição Financeira. Ressalte-se que o direito deve ser exercido sem desvio de finalidade; em perfeita consonância com os fins sociais e econômicos a eles inerentes, pautado, sempre, no princípio da boa-fé. O artigo 47, Lei nº 11.101/2005 estabelece o objetivo do instituto da Recuperação Judicial: "a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". E a postura adotada pela Instituição financeira ultrapassa o exercício regular de um direito, já que abusiva e contrária aos interesses dos demais credores, em total afronta ao espírito da Lei. Assim sendo, impõe-se a aprovação do plano de recuperação judicial, que se afigura de fundamental importância para o retorno da saúde financeira da Sociedade e para o atendimento dos interesses coletivos. Importante observar que essa solução, conforme observado pelo Juízo, nenhum prejuízo traz ao credor, que manifestou sua pretensão de cobrar o crédito diretamente dos devedores solidários. (TJ-RJ - AI: 00373218420118190000 RIO DE JANEIRO NOVA IGUACU 1 VARA CÍVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 13/12/2011, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/12/2011). Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201100226981>> acesso em 28/11/2017

Judiciário, a Assembleia Geral de Credores passou a exercer poder decisório capaz de manter ou extinguir a atividade empresária.

Concomitantemente, a LREF tem como principal escopo a funcionalização da atividade empresária, cabendo aos credores observarem o interesse público e social ao deliberarem entre o instituto da falência e o da recuperação judicial.

Logo, o voto da AGC deverá debruçar-se em interesses que não apenas os próprios, de modo a privilegiar a manutenção da atividade empresarial, sempre que esta se faça possível.

Neste sentido, o presente trabalho buscou analisar a importância conferida ao voto do credor da recuperação judicial, sobretudo de seu desdobramento frente a possibilidade do abuso de direito, bem como do conflito de interesses dos credores.

Outrossim, deliberou-se sobre a possível e eventual participação do Poder Judiciário, no que tange a recuperação judicial e, principalmente, em caso verificadas as situações supracitadas.

Isso posto, inferiu-se pelo entendimento de que, ainda que a LREF não tenha previsto a possibilidade de abuso de direito, este pode ocorrer. Contudo, tal questão deverá ser analisada com cuidado, tendo em vista que o abuso de voto não se encontra traduzido na rejeição do plano. Poderá o credor agir de maneira legítima ao votar pela falência da empresa.

Para que seja aferido o abuso desta posição jurídica do credor, faz-se necessário estabelecer critérios que clarifiquem a ocorrência do abuso de voto, bem como sanções e medidas capazes de assegurar o processo de recuperação, de modo que este se mantenha de acordo com suas finalidades.

Destarte, deve haver um papel ativo por parte do Judiciário sempre que sejam verificados indícios de conflitos de interesses dos credores, assim como abusos de voto.

Portanto, ainda que o centro decisório tenha sido previsto como sendo de competência da AGC, o Judiciário não deve se eximir diante da desfuncionalização do instituto da recuperação judicial por parte desses. De maneira oposta, deverá, com efeito, intervir, de modo a aferir os referidos indícios, assim como deliberar sobre as possíveis sanções.

9. Bibliografia citada

- BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 6.404/76 de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre a sociedade por ações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- BRASIL, Congresso Nacional. *Lei nº 11.101/05 de 09 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- BRASIL, *Lei de Falências Comentada*. Disponível em <<https://www.direitocom.com/lei-de-falencias-lei-11-101-comentada>>. Acesso em: 23 de novembro de 2017.
- BRASIL, *I Jornada de Direito Comercial*. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2017.
- BRASIL, *II Jornada de Direito Comercial*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/enunciados-ii-jornada-direito-comercial.pdf>>. Acesso em: 25/11/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (*Recurso Especial nº 201600432808*). Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=201600432808&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 02/11/2017.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (*Recurso Especial nº 798264/SP*). Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501908641&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.eam>>, acesso em 24/11/2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Agravo de Instrumento nº 01066618620128260000*). Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>, acesso em 01/11/2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (*Agravo de Instrumento 00373218420118190000*) Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201100226981>>. Acesso em 28/11/2017.
- CAMPINHO, S. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 46.
- COLASUONNO, B. *Lei 11.101/05 – O processo de recuperação judicial do devedor sob a ótica da Assembleia Geral de Credores em harmonia com a atuação do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI193476,51045-Lei+1110105+O+processo+de+recuperacao+judicial+do+devedor+sob+a+otica>>. Acesso em 23 de novembro de 2017.
- ULHOA COELHO, F. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 21ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 369.
- ULHOA COELHO, F. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 224.
- ULHOA COELHO, F. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 21ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- SÁTIRO DE SOUZA JÚNIOR, F.; DE MORAES PITOMBO, A.S. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência - Lei 11.101/2005*. 2.ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2007.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial, volume 1*. 26ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006., p. 76.
- DE MIRANDA VALVERDE, T. *Comentários à Lei de Falências*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 2000.

Políticas públicas de combate ao uso de crack em cenários abertos no Brasil

Public policies to combat the use of crack in open spaces in Brazil

Sidney Guerra¹

Beatriz Werneck Albuquerque Franklin²

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Sumário: 1. O Crack: considerações gerais; 2. O uso do crack e a população em situação de rua; 3. Quem é o usuário de crack? 4. A formação das crackolândias; 5. Internações compulsórias como política pública de combate ao crack? 5.1. A Lei da Reforma Psiquiátrica e os tipos de internação; 5.2. A dependência química como transtorno mental; 5.3. A dependência química como um problema de saúde pública; 5.4. Internações compulsórias e o princípio da autonomia da vontade; 6. Medidas alternativas de tratamento da dependência; 6.1. Modelos reducionistas; 6.2. Políticas de redução de danos; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho buscou analisar como o poder público brasileiro tem agido para conter o uso abusivo de crack em cenários abertos, sobretudo por pessoas em situação de rua. Foram expostos aspectos da substância que se dá o nome de crack, do perfil dos usuários e da formação das crackolândias, assim como aspectos da dependência química como transtorno mental e como problema de saúde pública. Foi abordado ainda o conflito entre as internações compulsórias e o princípio da autonomia da vontade. Concluiu-se que a redução de danos é modelo a ser seguido no tratamento do uso abusivo de crack, por promover a reabilitação e reinserção social do usuário e estar de acordo com os direitos humanos. Conclui-se também que o uso de crack não é causa, mas consequência da exclusão social, podendo ser prevenido com políticas públicas sociais de trabalho, habitação, educação, saúde e redução das desigualdades sociais.

Palavras-chave: Internações compulsórias; dependência química; crack; redução de danos; direitos humanos.

Abstract: The present work intended to analyze how the Brazilian public power has acted to contain the abusive use of crack in open spaces, specially by street people. This work exposed aspects of the substance called crack, the profile of users and the "cracklands", as well as aspects of chemical dependence such as mental disorder and as a public health problem. It was also approached the conflict between involuntary commitment and the principle of autonomy. It's concluded that harm reduction is a model to be followed in the treatment of abusive use of crack, for it promotes rehabilitation and social reinsertion of the user, besides being in compliance with human rights. It's also concluded that crack use is not a cause, but rather a consequence of social exclusion, thus, it can be avoided by public policies on work, health, housing, education and reduction of social inequalities.

Keywords: Involuntary commitment; chemical dependence; crack; harm reduction, human rights.

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Pós-Doutor pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade do Grande Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador. sidneyguerra@terra.com.br

² Advogada formada pela Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.

1. O Crack: considerações gerais

Preliminarmente, ainda que de maneira reduzida, imperioso tratar dos aspectos gerais do crack e seus similares, seu surgimento, classificação e consequências, tendo em vista a necessidade de estabelecer uma conexão entre o uso abusivo deste psicotrópico e as políticas públicas que visam combater o uso da droga, objeto principal deste estudo.

De acordo com a definição dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), droga é qualquer substância que o organismo não produz e que possui a propriedade de atuar sobre seus sistemas, alterando funções biológicas do corpo.³ Quando atingem o sistema nervoso central e modificam seu funcionamento, as drogas são chamadas psicoativas ou psicotrópicas, e têm, em geral, potencial para causar dependência.⁴ As substâncias psicoativas podem ser ainda classificadas em depressoras, perturbadoras e estimulantes. O crack é um psicotrópico estimulante, que, quando consumido, aumenta a atividade cerebral.⁵

Trata-se de uma droga de alta toxicidade, derivada da pasta base da coca, na qual é adicionada uma substância alcalina, como o bicarbonato de sódio ou amônia, sendo posteriormente aquecida⁶, ou seja, é uma forma cristalizada da cocaína que ao ser transformada de pó para pedra, passou a ser fumada.

O crack surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos, na década de 70, durante o ápice da cocaína, e expandiu-se durante a década de 80, a partir do aumento da repressão ao consumo, comercialização e produção da mesma. Esta variação da cocaína podia ser vendida em quantidades menores (as pedras), o que, juntamente com a simplicidade e o baixo custo para produzir, a tornava extremamente rentável para os traficantes. Além disso, devido ao seu alto poder viciante, a dependência ocorre em um período muito curto, o que cria um público cativo, aumentando os rendimentos com a venda da substância.⁷

Na década de 90, os Estados Unidos viveram sua epidemia de crack, mesmo período em que a droga surgiu no Brasil. Apesar de não haver registros precisos, os primeiros artigos publicados sobre consumo de crack no Brasil, em 1996, apontam que a droga já estava disponível em São Paulo em 1991.⁸

Todos os fatores relacionados à produção do crack – sua simplicidade na produção, que não necessita de laboratórios; seu baixo custo de produção, que utiliza de componentes baratos e altamente tóxicos; seu preço baixo no mercado, que faz com que a droga tenha uma enorme base de consumo, concentrada em populações com baixo poder aquisitivo; e seu alto poder viciante, que cria dependentes de forma muito mais eficiente em relação a outras drogas – fizeram com que o crack se tornasse um ótimo negócio para o tráfico (muito mais lucrativo que a cocaína, por exemplo), e um grande problema para a sociedade.

O crack gera consequências físicas graves para seus usuários, sobretudo relacionadas a doenças pulmonares e cardíacas, além da iminência de overdose.⁹ Foram observados, ainda, em estudo realizado com ex-usuários da droga, ocorrência de problemas psicológicos e neurológicos, como déficit cognitivo e de memória, que são reversíveis, a princípio, desde que o usuário mantenha-se em abstinência.¹⁰

As consequências indiretas, que já foram mencionadas, são nefastas, tais como: a perda de emprego; retirada do convívio social; rompimento de laços familiares e de amizade; situação de rua; marginalização; prostituição; e, no pior dos cenários, a morte

³ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das crackolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 48.

⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁶ BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p. 13.

⁷ “CRACK assusta e revela um Brasil despreparado”, *Em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal*, agosto de 2011, ano 2, nº 8, p. 16.

⁸ BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.), *op. cit.*, p. 13.

⁹ COSTA, J.H.R., *op. cit.*, p. 62.

¹⁰ BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.), *op. cit.*, p. 14.

– seja ela causada por overdose no consumo, pela incidência de doenças como a AIDS, a hepatite e a tuberculose, ou pela exposição maior à violência a que estão submetidos os usuários.

2. O uso do crack e a população em situação de rua

O Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, considera-se população em situação de rua “o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória” (Art. 1º, parágrafo único, Decreto nº 7.053/2009).

De acordo com a cartilha do Ministério da Saúde sobre saúde da população em situação de rua, “a existência de um número tão grande de pessoas em situação de rua no Brasil é fruto do agravamento de questões sociais”.¹¹ Ainda segundo a cartilha, diversos fatores podem ser utilizados para explicar esta crescente: a migração para as cidades, o desemprego, as desigualdades sociais, a pobreza, a formação de grandes centros urbanos e a exclusão social, entre muitos outros, que, conjugados à ausência de políticas públicas específicas para esse grupo, contribui para o fenômeno população em situação de rua se agrave.¹²

Entretanto, não são apenas fatores estruturais – ausência de moradia, trabalho e renda, por exemplo – que determinam o acontecimento deste fenômeno. São determinantes ainda os fatores da natureza, como terremotos e inundações; e os fatores biográficos, relacionados com a história e vida particular de cada indivíduo, como o rompimento de vínculos familiares, transtornos psicológicos e dependência de álcool e drogas.¹³ Este último guarda forte relação com o objeto deste estudo, tendo em vista que, de acordo com a Pesquisa Nacional sobre o uso de crack, cerca de 40% dos usuários da droga vivem nas ruas.¹⁴

No município do Rio de Janeiro, onde, segundo levantamento da Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos - SMASDH, existiam cerca de 15 mil pessoas em situação de rua em 2016 (o número era de 5.580 em 2013), é cada vez mais comum a seguinte conjuntura: pessoas que dormem nas ruas, sobretudo do Centro da cidade, para permanecerem próximas a seus empregos, sem gastar com passagem ou aluguel.¹⁵

Apesar de formarem um grupo tão heterogêneo, as pessoas que vivem nas ruas, independente do motivo que as levou a estar ali, enfrentam os mesmos problemas: invisibilidade, preconceito, violência, exclusão e ausência de políticas públicas especiais para esse grupo são alguns deles.

A exclusão das pessoas em situação de rua aumenta quando são usuários de drogas, na medida em que igualmente aumenta a repulsa da sociedade em relação a estas pessoas. A pessoa em situação de rua habitante da cracolândia passa a ser, paradoxalmente, invisível e visível aos olhos dos transeuntes. “Esquecidos pela falta de

¹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Saúde da população em situação de rua: um direito humano*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 09.

¹² *Ibidem*, p. 09.

¹³ SILVA, M.L.L. “Mudanças recentes no mundo do trabalho e o fenômeno população em situação de rua no Brasil 1995-2005”, Dissertação (Mestrado em Política Social), *Universidade de Brasília*, 2006, p. 82.

¹⁴ BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p. 52.

¹⁵ ALBERNAZ, B. “Número de moradores de rua com curso superior cresce 75% em 1 ano no RJ”, *G1 Rio*, 10 de abril de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-moradores-de-rua-com-curso-superior-cresce-75-em-1-ano-no-rj.ghtml>>. Acesso em: set. 2017.

importância e de atenção que lhe são dedicados, mas sempre lembrados como feridas abertas que importunam aqueles que passam."¹⁶

Assim, esquecidos e ao mesmo tempo inesquecíveis, os dependentes do crack que vivem em aglomerações formadas no espaço público acabam sendo vítimas de medidas que muitas vezes não buscam tratar o usuário, mas apenas tirá-los das vistas do resto da sociedade, que se incomoda com o problema urbano que as cracolândias trazem. Muito pouco é feito para de fato recuperar o indivíduo. Não há preocupação em garantir seus direitos mais básicos.

3. Quem é o usuário de crack?

A Pesquisa nacional sobre o uso de crack, realizada pela Fiocruz em parceria com a SENAD, teve por objetivo conhecer profundamente e descrever as características da população de usuários de crack.¹⁷

Revelou ainda que os usuários da droga são, em sua maioria, jovens adultos, tendo em média 30 anos. Crianças e adolescentes não foram observados em quantidade expressiva nas cenas de uso visitadas pela pesquisa. Cerca de 1/3 dos usuários levados em conta na pesquisa têm entre 18 e 24 anos.¹⁸

Os usuários de crack também têm sexo e raça: 78,68% dos usuários de crack no Brasil são homens; 79,15% declaram-se "não-brancos", o que corresponde, basicamente, à categoria definida pelo IBGE como "pretos e pardos", pois, de acordo com a pesquisa, a parcela usuários no conjunto de amostras com ascendência asiática e indígena é ínfima.¹⁹

Quanto à escolaridade, maioria dos usuários de crack no Brasil (57,60%) frequentou da 4ª à 8ª série do Ensino Fundamental; 19,55% frequentaram da alfabetização até a 3ª série do Ensino Fundamental, enquanto 4,02% declararam não ter frequentado nenhuma série. Apenas 16,49% cursaram o Ensino Médio; menor ainda é o índice dos que frequentaram o Ensino Superior: apenas 2,35%.²⁰ A partir desses números pode-se concluir que políticas de combate à evasão escolar podem trazer resultados significativos na prevenção do crack. Formar adequadamente um aluno pode ser mais efetivo do que internar posteriormente um usuário. Além de manter os alunos na escola, campanhas de prevenção no âmbito escolar também são importantes para o combate ao uso abusivo de crack. Os números demonstram ainda que a população pesquisada é diferente daquela objeto de inquéritos escolares sobre drogas, que lida, sobretudo, com o uso abusivo de álcool, maconha e remédios entre alunos do ensino médio e superior.²¹

Como anteriormente assinalado no item 2, a pesquisa demonstrou que cerca de 40% dos usuários de crack no Brasil estão em situação de rua, morando ou nela passando a maior parte do tempo.²² Nas capitais, o índice é ligeiramente maior: 47,28% dos usuários de crack estão nas ruas, contra 21,55% de usuários em situação de rua em municípios que não são capitais, o que se justifica pela própria dinâmica dos grandes centros urbanos e suas especificidades econômicas e culturais.²³

16 COSTA, J.H.R. "A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos", Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 66.

17 Tais resultados serão importantes para este trabalho a fim de que se possa traçar um perfil do usuário abusivo de crack, suas especificidades e necessidades, com o intuito de que sejam pensadas políticas públicas, sobretudo de saúde e assistência social, que correspondam às demandas específicas dessa população. O resultado foi um panorama detalhado de quem são os usuários de crack no Brasil hoje, e quantos.

18 BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p. 48.

19 *Ibidem*, p. 48-50.

20 *Ibidem*, p. 52.

21 *Ibidem*, p. 52.

22 *Ibidem*, p. 52.

23 BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p. 54.

Ainda segundo os dados obtidos na pesquisa, a maioria dos usuários – cerca de 65% dos entrevistados – obtinha dinheiro por meio de trabalho esporádico ou autônomo. Apenas 6,42% relataram obter recursos por meios ilícitos, como tráfico, roubos e furtos, por exemplo. Dado interessante é o referente a sexo em troca de dinheiro, correspondente à 7,46% dos relatos – na população geral, a proporção de profissionais do sexo é inferior à 1%. A proporção de usuários que obtinham renda a partir de trabalhos com carteira assinada era superior nas não capitais: 7,17%, contra 2,80% nas capitais.

A pesquisa concluiu que os usuários de crack no Brasil são poliusuários, ou seja, consomem diversas outras drogas além do crack. As mais frequentemente consumidas são o álcool e o tabaco. O crack, por sua vez, é mais frequentemente consumido do que seus similares, como pasta base, merla e óxi.²⁴

Quanto à motivação que levou ao consumo, 58,28% dos usuários de crack relatou que começou a consumir a droga por curiosidade para experimentar o efeito da mesma. Perdas afetivas, problemas familiares e violência sexual são o segundo maior motivo citado pelos entrevistados, com índice de 29,19%. Os entrevistados que relataram ter consumido por pressão dos amigos representam 26,73% do total.²⁵

A pesquisa determinou ainda que o tempo médio de uso de crack e/ou similares é de 80,76 meses, o que corresponde a quase sete anos. Nas capitais, essa média chega a 90,32 meses, o que corresponde a aproximadamente oito anos.²⁶ A média de consumo diário é de 13,42 pedras por dia; nas capitais, a média sobe para 14,66 pedras num dia padrão.²⁷ 77,23% dos usuários entrevistados manifestaram, ainda, vontade em realizar algum tratamento para a dependência.²⁸ O estudo indicou ainda que os usuários de crack são mais vulneráveis a contrair doenças infecciosas, como tuberculose e infecções pelos vírus HIV e HCV, por exemplo.²⁹

O perfil traçado pela pesquisa mostra que os usuários de crack em cenários abertos no Brasil é composto em sua maioria por homens jovens, com baixa escolaridade, baixo poder aquisitivo, predominantemente não-brancos, vivendo em situação de rua e que não possuem emprego ou fonte de renda fixa. Compõe um grupo já conhecido pelo senso comum, e que se encontra em condição de extrema vulnerabilidade social, necessitando de ações positivas do Estado que busquem não só o tratamento da dependência, mas a garantia de seus direitos.

A população que faz uso de crack hoje é significativa, razão pela qual é imprescindível que se caracterize, diferencie e entenda a composição dessa população. Entender quem é o usuário de crack, principalmente o que está em situação de rua e habitando na cracolândia, suas maiores vulnerabilidades e suas maiores necessidades são a chave para o desenvolvimento de políticas públicas efetivas que tratem do vício (e eventualmente do transtorno da dependência química), dos efeitos colaterais do consumo da droga e das consequências sociais de tal consumo, como a marginalização, a pobreza e a situação de rua.

4. A formação das cracolândias

Para o efeito deste estudo, ganhou relevo o grupo que é composto por usuários que consomem crack em cenários abertos, sobretudo na rua. É fundamental, portanto, fazer uma análise das cracolândias, a fim de elaborar e direcionar corretamente as políticas públicas emergenciais de combate ao crack, que devem ser intersetoriais, envolvendo principalmente a saúde e a assistência social.

²⁴ *Ibidem*, p. 57; “Esses achados falam a favor da necessidade do manejo integrado de ações de tratamento para o abuso de crack e/ou similares e também de outras drogas e, ainda, da necessidade de formular políticas públicas para todas as substâncias com potencial de abuso, por razões diversas, como a superposição das doenças respiratórias causadas pelo crack e pelo tabaco, e os efeitos sinérgicos das diferentes substâncias sobre o psiquismo, ampliando substancialmente a chance de eventos tais como overdoses e quadros graves de psicose exógena.”

²⁵ *Ibidem*, p. 58-59.

²⁶ *Ibidem*, p. 59.

²⁷ *Ibidem*, p. 60.

²⁸ *Ibidem*, p. 61.

²⁹ *Ibidem*, p. 81: “Isto se deve ao fato de que grande parte da população apresenta diversos comportamentos de risco e estão inseridos em contextos pauperizados, violentos e frequentemente carentes de qualquer infraestrutura, mínima que seja (como uma fonte de água corrente).”

A cracolândia é um fenômeno próprio de grandes centros urbanos. Isto ocorre porque esses locais possuem fatores determinantes para as cracolândias existirem, como grande densidade urbana e grandes cadeias de distribuição de drogas. Assim, o consumo do crack em metrópoles como Rio de Janeiro e São Paulo costuma ocorrer nestas aglomerações de usuários que surgem, sobretudo, em áreas periféricas e expõe o consumo da droga aos olhos de todos.

Estar em situação de rua torna estes usuários ainda mais vulneráveis, que, ocupando estes espaços urbanos, estão suscetíveis a tudo que as ruas trazem de perigo e obstáculo. O consumo de crack em vias públicas faz com que o usuário acumule riscos de danos, inclusive risco de morte iminente, não apenas pelos efeitos da dependência química, mas também pela exposição aos *“infartúrios inerentes à vida na rua”*.³⁰

Diante disso, é papel do poder público adotar as medidas cabíveis para melhor tratar os usuários que estão na cracolândia, já que estes estão em uma posição de vulnerabilidade e necessitam de atenção especial.³¹ Entretanto, normalmente não é assim que as abordagens aos usuários de crack nas cracolândias acontecem. Isto ocorre porque a cracolândia é um espaço de exclusão, formada por pessoas marginalizadas, cuja recuperação e garantia de direitos não é importante para a sociedade civil ou para as autoridades.

Desse modo, essa população acaba sendo vítima de ações higienistas e violentas, que não buscam tratar o dependente que ali se encontra, mas apenas dissipar os usuários, desfazer a cracolândia e “limpar” o espaço público. As ações armadas de retomada de território por parte do poder público são carentes de políticas sociais, fato que fica evidenciado na rápida aparição de novas cracolândias quando uma é desfeita.

Tais políticas são um reflexo do contorno repressivo e bélico em que se dá o controle social de tóxicos no Brasil. Foi declarada uma verdadeira guerra às drogas, que, na verdade, é uma guerra contra *“pobres, não-brancos, marginalizados, desprovidos de poder, que circulam em territórios populares e favelas”*.³²

É possível concluir, portanto, que hoje o controle sobre drogas no Brasil é exercido, sobretudo, pelo sistema penal. O sistema penal é, por sua vez, seletivo, absorvendo principalmente os usuários mais vulneráveis. Esses usuários e microtraficantes³³ são comumente imputados por crimes de tráfico e associação para o tráfico, e, em contato com o sistema prisional, acabam construindo verdadeiramente uma carreira criminosa violenta. Os tóxicos devem ser tratados como um problema de saúde pública; é um equívoco e é ineficiente tratá-los meramente com soluções policiais, e mostra o *“descompromisso do Estado com os direitos fundamentais dos indivíduos”*.³⁴

A partir deste cenário de horrores, cabe a seguinte pergunta: existem, de fato, políticas públicas de combate ao crack?

5. Internações compulsórias como política pública de combate ao crack?

O questionamento ora apresentado é importante para clarificarmos os desdobramentos do estudo. A abordagem apresentada nos tópicos precedentes gera, por certo, vários questionamentos: o que tem sido feito (e o que deve ser feito) para combater o uso abusivo de crack no espaço público? Qual é, afinal, a solução mais efetiva e humana para o problema?

³⁰ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 47.

³¹ *Ibidem*, p. 47; “A partir do momento que o uso compulsivo se dá em vias públicas e que a situação de risco iminente de morte é observada pelos entes estatais responsáveis por protegê-los e assegurar-lhes direitos, estes são convocados a tomarem uma atitude protetiva com o fim de promover o tratamento terapêutico deste grupo.”

³² ROSA, M.C.O. “A guerra às drogas e as violações de direitos fundamentais com o aval da imprensa”, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 18, n. 67, 2015, p. 571.

³³ De acordo com o Instituto Sou Da Paz, que defende medidas despenalizadoras para microtraficante, microtraficante “é aquela pessoa apreendida com pouca quantidade de droga, sem antecedentes criminais, que não porta armas, não integra facção criminosa e não cometeu atos de violência, mas que hoje é encarcerada com presos violentos”.

³⁴ ROSA, M.C.O., *op. cit.*, p. 571.

Quanto ao primeiro questionamento é importante assinalar que as ações estatais de combate ao crack que estiveram em voga nos últimos anos no Brasil, principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro, onde enormes cracolândias surgiram em meio ao espaço urbano, teve como resultado a chamada internação compulsória do usuário/dependente. No que tange ao segundo, é forçoso afirmar que não há resposta simples para situação tão complexa e, portanto, não se tem aqui a pretensão de obter uma resposta definitiva. Todavia, imperioso discutir, pensar e propor caminhos para que a matéria possa ser vista levando-se em consideração também o cuidado com a saúde do dependente e a necessária educação em matéria de drogas.³⁵

As internações compulsórias se apresentam como tema tormentoso, pois poderá suscitar aspectos ligados à segurança pública, mas também que ensejam violações sistemáticas aos direitos humanos no usuário. Este ponto se agrava quando se confronta a legalidade das internações compulsórias de usuários abusivos de crack, em cenas de consumo no espaço público, sobretudo em cracolândias. Importante destacar que há diversas formas de tratamento para a dependência química, que serão aplicadas dependendo do grau de comprometimento do usuário. O tratamento pode ir da abstenção ou redução do consumo por parte do próprio usuário às internações clínicas, mesmo involuntárias.³⁶

O que se pretende investigar e expor neste ponto é a relação entre as regras da internação compulsória e o princípio da autonomia, tendo em vista a existência de um conflito entre as duas normas. O ponto principal encontra-se na discussão acerca dos limites da mitigação e até da supressão do referido princípio, analisando, para isso as definições médicas do transtorno mental causado pelo uso de substância psicoativas, em especial o crack, e as consequências do uso e da dependência desta droga na afetação da capacidade do indivíduo de fazer suas próprias escolhas (inclusive pela rejeição do tratamento).

No Brasil, as internações compulsórias mostram-se geralmente ineficazes pelas circunstâncias em que ocorrem, isto é, na maioria das vezes em ações violentas e repressivas por parte do poder público, sem respaldo clínico e sem lugares adequados para encaminhar os usuários, tratando-se apenas de ações de retomada dos espaços utilizados pelos dependentes de crack.³⁷

Por este motivo, tentar-se-á, ao final, apontar soluções diversas do modelo manicomial que sejam mais efetivas para solucionar o problema do crack em curto e em longo prazo, e que estejam de acordo com os direitos humanos do indivíduo.

5.1. A Lei da Reforma Psiquiátrica e os tipos de internação

Em 1989, o deputado federal Paulo Delgado apresentou um projeto de lei com o objetivo de regular os direitos da pessoa portadora de transtornos mentais e a progressiva extinção do modelo manicomial. Apesar da importância da matéria, a Lei Federal nº 10.216 foi sancionada apenas no ano de 2001 e ficou conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica, surgida a partir da aprovação de um substitutivo do projeto original do deputado Paulo Delgado.³⁸

A Lei nº 10.216/2001 estabeleceu as diferenças entre as internações voluntária, involuntária e compulsória, todas consideradas tipos de internação psiquiátrica, segundo o Art. 6º, parágrafo único, incisos, do referido diploma legal. Vale ressaltar que o *caput*

³⁵ BASTOS, F.I. e BERTONI, N. (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014, p. 66: "O que deve-se priorizar é a redução de número de usuários dependentes e com problemas decorrente do consumo de drogas. Deseja-se que os indivíduos, independentemente do consumo de drogas, lícitas e/ou ilícitas, possam viver em sociedade, atingindo o bem estar social, pessoal e familiar, sendo capazes de se manter economicamente ativos e gozar dos seus direitos como cidadãos brasileiros."

³⁶ COSTA, J.H.R. "A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos", Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 77.

³⁷ *Ibidem*, p. 74.

³⁸ COSTA, J.H.R. "A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos", Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 07-08.

do Art. 6º prevê que qualquer das modalidades de internação psiquiátrica necessita de laudo médico circunstanciado que exponha seus motivos.

Assim, conforme definido pela lei, internação voluntária é aquela que se dá com o consentimento do usuário, que ocorre por sua livre e espontânea vontade em buscar tratamento e a internação involuntária é aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro. Assim como a voluntária, deve ser autorizada por médico inscrito no CRM do mesmo estado onde está localizado o estabelecimento da internação. Segundo o Art. 8º, §1º, a internação involuntária deverá ainda ser comunicada ao Ministério Público Estadual em até 72 (setenta e duas) horas após sua ocorrência, mesmo procedimento que deverá ser adotado em sua respectiva alta.

Por fim, existe a internação compulsória, que é aquela que se dá por determinação da Justiça. De acordo com o Art. 9º da referida lei, deve ser determinada pelo juiz competente, “*que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários*”. A lei não determina, no entanto, quem pode pedir a internação compulsória; é possível interpretar que qualquer um pode requerer a internação de um indivíduo, desde que este possua algum transtorno mental.³⁹

Apesar de dispor sobre os tipos de internação, a LRP institucionalizou a transição do modelo de tratamento centrado no hospital psiquiátrico para o modelo de assistência comunitária. Hoje o maior responsável por realizar essa assistência é o CAPS – Centro de Atenção Psicossocial, que surgiram no contexto da Reforma Psiquiátrica, ainda que antes da LRP.⁴⁰

De acordo com a Portaria nº 224/1992 da Secretaria Nacional de Assistência à Saúde (SNAS), os CAPS são “*unidades de saúde locais/regionalizadas que contam com uma população adstrita definida pelo nível local e que oferecem atendimento de cuidados intermediários entre o regime ambulatorial e a internação hospitalar, em um ou dois turnos de quatro horas, por equipe multiprofissional*”.

Em razão das atribuições que lhe são conferidas, os CAPS têm função central na gradual substituição do modelo hospitalocêntrico para o modelo assistencial, já que os CAPS devem substituir os hospitais psiquiátricos, e não complementá-los no atendimento. Assim, a gradual extinção dos asilos passa pelo fortalecimento e expansão da rede compostas, sobretudo, pelos CAPS, que são hoje a porta de entrada do paciente ao sistema de saúde mental.

A fim de estruturar uma rede de atenção especificamente voltada para o tratamento de dependentes químicos, a Política do Ministério da Saúde para Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas (2003) destacou a importância dos CAPSad (Centros de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas), que hoje representam a maior estratégia no tratamento de dependentes de tóxicos, entre eles, o crack.⁴¹

Como dispõe o Art. 8º da Portaria nº 189/2002 da SNAS, em decorrência da supressão do modelo manicomial, os leitos que o CAPSad possui são destinados exclusivamente ao repouso e à desintoxicação do paciente. O atendimento nos CAPSad são diários, e destinados a usuários e dependentes de crack, e proporcionam aos pacientes opções que “*vão desde o atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros) até atendimentos em grupo ou oficinas terapêuticas e visitas domiciliares*.”⁴²

Os CAPSad representam hoje a regra, em oposição às internações (que são a exceção), em casos de usuários prejudiciais de tóxicos, pois objetivam o tratamento ambulatorial e a aplicação de políticas de redução de danos no tratamento dos

³⁹ SANTOS, M.J. “Internação e bioética: uma análise do princípio de respeito à autonomia e a internação compulsória por uso de *cannabis* previsto na Lei nº 10.216”, *Rev. SORBI*, 2014, p. 18.

⁴⁰ O primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) do Brasil foi inaugurado na cidade de São Paulo em março de 1986, no contexto da Reforma Psiquiátrica: Centro de Atenção Psicossocial Professor Luiz da Rocha Cerqueira. (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 12).

⁴¹ COSTA, J.H.R., *op. cit.*, p. 80-81.

⁴² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*, 2004, p. 24.

dependentes⁴³, gerando assim a diminuição das internações e a gradual transição para o modelo assistencial.

Apesar da mudança de paradigmas impulsionada pela Reforma Psiquiátrica, a realidade ainda impõe desafios dos dependentes de tóxicos. No caso dos usuários de crack, o problema é ainda mais visível e relevante, dado o poder de destrutividade e a alta capacidade de vício desta substância.

*“Frente a essa realidade, o Brasil não se preparou para tratar os seus dependentes de crack. Não bastassem as dificuldades inerentes ao atendimento médico e psicológico aos usuários, a rede de tratamento é pequena, precária e com profissionais pouco qualificados. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), um país deve ter leitos para saúde mental suficientes para internar 0,5% de sua população, o que, no Brasil, seriam 950 mil leitos. Porém, o país tem cerca de 32,7 mil. Parte da explicação é que o Brasil está migrando, desde 2002, de um modelo baseado na internação para outro voltado para atendimento ambulatorial. Por outro lado, a falta de consenso e a desarticulação impedem a expansão dos programas de redução de danos, assim como o apoio financeiro do Estado a instituições privadas de tratamento de dependentes químicos, as chamadas comunidades terapêuticas.”*⁴⁴

Especificamente no caso do uso abusivo de crack, a conjugação entre a insuficiência dos programas de redução de danos e os aspectos sociais e culturais dos cenários de uso público do crack nas grandes cidades (as cracolândias, que expõe o consumo aos olhos de todos) gera as questões centrais que este trabalho se propôs a expor: violações de direitos dos usuários e dependentes de crack e as internações compulsórias.

5.2. A dependência química como transtorno mental

A dependência química é um transtorno mental devidamente catalogado pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*).

A dependência química pode ser definida como *“uma doença crônica, caracterizada por comportamentos impulsivos e recorrentes de utilização de uma determinada substância para obter a sensação de bem estar e de prazer, aliviando sensações desconfortáveis como ansiedade, tensões, medos, entre outras”*.⁴⁵

O DSM-5, versão mais recente do manual, foi publicada em 2013, e traz os Transtornos Relacionados a Substâncias como categoria que engloba diversas classes diferentes: *“A característica essencial de um transtorno por uso de substâncias consiste na presença de um agrupamento de sintomas cognitivos, comportamentais e fisiológicos indicando o uso contínuo pelo indivíduo apesar de problemas significativos relacionados à substância.”*⁴⁶

Uma das classes englobadas pelos Transtornos Relacionados à Substâncias é a classe dos Transtornos por Uso de Estimulantes. De acordo com o manual, para ser diagnosticado com tal transtorno, o indivíduo deve manter um padrão de uso de substância tipo anfetamina, cocaína ou outro estimulante, levando a comprometimento ou sofrimento clinicamente significativo, sendo necessária que ocorra, em um período de 12 meses, a manifestação de pelo menos dois dos critérios listados.

A tolerância é um dos principais critérios característicos da dependência. Entende-se por tolerância a necessidade de consumir quantidades cada vez maiores da substância para obter o efeito desejado de bem-estar, prazer, alívio, etc.⁴⁷ A tolerância também se manifesta na diminuição gradual do efeito com o uso da mesma quantidade de

⁴³ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 82.

⁴⁴ “CRACK assusta e revela um Brasil despreparado”, *Em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal*, agosto de 2011, ano 2, nº 8, p. 09.

⁴⁵ FONTES, M.A. “O que é a Dependência Química? Tipos de drogas, efeitos e tratamentos”, 2013, p. 01. Disponível em: <http://www.cemp.com.br/arquivos/98752_66.pdf>. Acesso em: out. 2017.

⁴⁶ *MANUAL diagnóstico e estatístico de transtornos 5 - DSM-5*, 2014, p. 483.

⁴⁷ FONTES, M.A. “O que é a Dependência Química? Tipos de drogas, efeitos e tratamentos”, 2013, p. 01. Disponível em: <http://www.cemp.com.br/arquivos/98752_66.pdf>. Acesso em: out. 2017.

substância. Portanto, a tolerância faz com que o dependente busque consumir a substância psicoativa em quantidades cada vez maiores.

A abstinência é a cessação ou redução brusca do uso prolongado do psicoativo. A característica principal da abstinência é a ocorrência da síndrome de abstinência, que, de acordo com o DSM-5, pode se desenvolver após horas e durar até dias após a interrupção ou redução acentuada do uso de estimulantes, geralmente usado em altas doses e de forma prolongada.⁴⁸

*“A síndrome de abstinência caracteriza-se pelo desenvolvimento de humor disfórico acompanhado por duas ou mais das seguintes alterações fisiológicas: fadiga, sonhos vívidos e desagradáveis, insônia ou hipersonia, aumento do apetite e retardo ou agitação psicomotora (Critério B). Bradicardia costuma estar presente e é uma medida confiável de abstinência de estimulantes.”*⁴⁹

Assim, sendo a dependência química um transtorno mental catalogado, justifica-se seu atendimento na rede de saúde mental, mais especificamente pelos CAPSad. Importante ressaltar ainda eu nem todo usuário de tóxicos pode ser caracterizado como dependente. A generalização atrapalha no tratamento, que deve variar de acordo com o nível de comprometimento do paciente.

5.3. A dependência química como um problema de saúde pública

O descaso do Estado com o grave problema da prevenção e do tratamento às drogas é histórico e endêmico no Brasil. O tema sempre foi foco de políticas públicas advindas de searas diversas: trata-se de drogas sobretudo como um problema policial, de justiça e de segurança pública; muitas vezes a questão é deixada ainda para instituições de “pedagogia, benemerência, associações religiosas”.⁵⁰

Fato é que o uso prejudicial de álcool e drogas nunca foi ocupado pela esfera da saúde pública. E não é exclusividade do Brasil tal negligência da saúde com o problema. Apenas a título exemplificativo, os grandes Tratados de Medicina mundiais tratavam a dependência de drogas, até a década de 1960, junto com as perversões sexuais e a delinquência.⁵¹

A falta de um debate sensato e multidisciplinar sobre o assunto agrava ainda mais o problema. No caso do crack, objeto principal deste estudo, o discurso que é construído trata todos os usuários como dependentes, além de criar na sociedade o medo da potencial ameaça que estes usuários podem representar. A representação que é feita do usuário que vive na crackolândia é distorcida, preconceituosa e estigmatizante, arquitetada principalmente pela imprensa, em abordagens distantes da realidade, a fim de criar um pânico social referente ao assunto.⁵²

Some-se a isso o proibicionismo, ao contorno bélico dado aos tóxicos e aos profundos problemas dos sistemas penal e carcerário, já conhecidos pelo Direito, e está posto um problema grave, que criou uma lacuna histórica na política pública de saúde⁵³,

⁴⁸ MANUAL diagnóstico e estatístico de transtornos 5 - DSM-5, 2014, p. 569.

⁴⁹ Ibidem, p. 569.

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*, 2005, p. 40.

⁵¹ SILVEIRA, D.X. “Drogas e proteção à saúde”, *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 16, n. 63, out./dez. 2013, p. 73.

⁵² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental, *op. cit.*, 2005, p. 40-41: “As implicações sociais, psicológicas, econômicas e políticas do uso de drogas não são consideradas na compreensão global do problema e a percepção distorcida da realidade do uso de álcool e outras drogas acabou por promover a disseminação de uma cultura que associa o uso de drogas à criminalidade e que combate substâncias que são inertes por natureza, fazendo que o indivíduo e o seu meio de convívio fiquem aparentemente relegados a um plano menos importante. Isto por vezes é confirmado pela multiplicidade de propostas e abordagens preventivas/terapêuticas consideravelmente inefazes, por vezes reforçadoras da própria situação de uso abusivo e/ou dependência. Assim, historicamente, no Brasil o tema do uso do álcool e de outras drogas vem sendo associado à criminalidade e práticas antisociais e à oferta de “tratamentos” inspirados em modelos de exclusão/separação dos usuários do convívio social. As iniciativas governamentais restringiam-se a poucos serviços ambulatoriais ou hospitalares, em geral vinculados a programas universitários. Não havia uma política de alcance nacional, no âmbito da saúde pública.”

⁵³ Ibidem, p. 40.

que deveria ser a principal responsável em empenhar esforços para prevenir e tratar a dependência química.

Com o movimento da Reforma Psiquiátrica, o modelo asilar, que era o único possível nos casos de uso prejudicial de drogas e afins, encaminhou-se para sua extinção. Em substituição a esse modelo, gradualmente expande-se uma rede de assistência.

Somente em 2002, com a instituição do Programa Nacional de Atenção Comunitária Integrada aos Usuários de Álcool e outras Drogas, a saúde pública é reconhecida pelo poder público como ator fundamental no cenário do uso prejudicial de drogas. O programa instituiu uma política específica de atenção aos usuários de álcool de drogas, pertencente ao campo da saúde mental, e pautada na redução de danos, na promoção de direitos do usuário, na ampliação do tratamento e na “compreensão integral e dinâmica do problema”.⁵⁴

O Programa Nacional de Atenção Comunitária Integrada aos Usuários de Álcool e outras Drogas foi instituído no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) através da Portaria nº 816, de 30 de abril de 2002, do Ministério da Saúde, considerando as determinações constantes na Lei da Reforma Psiquiátrica. Através do programa foi sugerida a criação, em todo o país, de 250 CAPSad⁵⁵, principais equipamentos responsáveis pelo tratamento do usuário abusivo de álcool e drogas, visando a reabilitação e a reinserção social dos mesmos.

Apesar da posição estratégica dos CAPSad, também integram a rede de atenção aos dependentes/usuários prejudiciais de álcool e drogas os Hospitais Gerais e as “redes de suporte social, tais como grupos de ajuda mútua e entidades filantrópicas”.⁵⁶ Os Hospitais Gerais estão incumbidos dos atendimentos de urgência e emergência, sobretudo psiquiátricos, nos casos de pacientes usuários e/ou dependentes de tóxicos.⁵⁷

Em relação ao crack, somente em 2010 foi criado um plano federal de combate a esta droga. Em 20 de maio de 2010, foi instituído por meio de decreto presidencial (Decreto nº 7.179/2010) o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas, que visava, entre outros objetivos, o tratamento e a reinserção social do usuário e o combate ao tráfico.

Em razão de estar baseado na intersectorialidade e na interdisciplinaridade, o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas concretizou de fato no país a necessidade de integração e articulação entre saúde, assistência social, segurança pública, educação, desporto, cultura, direitos humanos, juventude, entre outras políticas, no enfrentamento de problema tão complexo como as drogas.

A Saúde e a Assistência Social ganharam destaque, como é possível observar no inciso II do Art. 2º do Decreto 7.179, que estabelece que são objetivos do plano a estruturação, ampliação e fortalecimento das redes de atenção à saúde e de assistência social para usuários de crack e outras drogas, por meio da articulação das ações do Sistema Único de Saúde (SUS) com as ações do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Assim, o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack foi importante como forma de dar à assistência social papel importante nas políticas de combate às drogas, por meio do fortalecimento do SUAS; da ampliação da rede de assistência social, para, juntamente com a saúde, oferecer tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras

⁵⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids. *A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas*, 2003, p. 25.

⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*, 2005, p. 43.

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids, *op. cit.*, p. 44: “Os CAPSad atuam de forma articulada a outros dispositivos assistenciais em saúde mental (ambulatorios, leitos em hospital-geral, hospitais-dia) e da rede básica de saúde (unidades básicas de saúde, etc), bem como ao Programa de Saúde da Família e ao Programa de Agentes Comunitários de Saúde; também se articulam em torno dos dispositivos de suporte social já existentes nas comunidades, configurando redes flexíveis de cuidados, que possam responder por um determinado território populacional, e que se remodelam de forma dinâmica, mediante a necessidade de inclusão/exclusão de novos serviços e formas de cuidado, de forma pareada pela demanda assistencial.”

drogas; do acompanhamento sociofamiliar; e da inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social.

Com base nos pressupostos e paradigmas firmados pela Lei da Reforma Psiquiátrica (2001), pela Política Nacional de Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas (2003) e pelo Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas (2010), o Ministério da Saúde emitiu, em 23 de dezembro de 2011, a Portaria nº 3.088, que instituiu a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

O funcionamento da Rede de Atenção Psicossocial concentra-se na proteção aos direitos humanos, na autonomia e na liberdade, na equidade, no combate à estigmas e preconceitos, na atenção humanizada, na estratégia comunitária e no desenvolvimento de estratégias de redução de danos. Este dado será importante posteriormente, quando a redução de danos for tratada de forma específica e mais detalhada.

Sem embargo, a Reforma Psiquiátrica foi responsável por um significativo avanço no cenário da prevenção e do tratamento de uso prejudicial/dependência de álcool e drogas no Brasil. O modelo assistencial, que visa a reabilitação e a reinserção psicossocial do usuário, e as políticas de redução de danos hoje são regra, sendo a internação utilizada apenas com o aval do paciente, da família ou do Poder Judiciário (voluntária, involuntária e compulsória, respectivamente), sempre pautada em laudo médico.

Entretanto, a realidade revela que ainda acontecem episódios lamentáveis, que marcam o retrocesso na concretização dos princípios da Reforma. Situações em que o poder público promove internações compulsórias de populações excluídas em verdadeiros manicômios, sem o devido cuidado clínico e sem a preocupação com a reabilitação destes usuários, visando apenas uma higienização do espaço público.

5.4. Internações compulsórias e o princípio da autonomia da vontade

Como anteriormente mencionado, a internação compulsória é um dos tipos de internação estabelecidos pela Lei da Reforma Psiquiátrica. Trata-se do tipo de internação determina pela autoridade judicial competente e, ante a ausência de determinação legal, requerida por qualquer interessado.⁵⁸

É importante ressaltar que, dado o contexto da Reforma Psiquiátrica, a LRP, no *caput* de seu Art. 4º, determina que a internação de qualquer tipo “só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”, sendo vedada “a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares” (Art. 4º, §3º, Lei nº 10.216/2010). A medida da internação é, assim, utilizada apenas em caráter de *ultima ratio*, quando outras espécies de tratamento não forem suficientes para a recuperação do paciente. Vale a lembrança de que o atendimento ambulatorial e o modelo de assistência comunitária é a regra no tratamento da dependência química. A LRP determina em seu Art. 4º, §2º: “§2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo **serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.**” (Grifos próprios.)

Assim, a legislação é protetiva em relação aos direitos do paciente internado, não podendo a internação se dar em estabelecimentos desprovidos dos recursos estabelecidos pelo §2º do Art. 4º da LRP e devendo-se sempre assegurar ao paciente os direitos enumerados no Art. 2º deste mesmo diploma legal. No caso específico das internações compulsórias, é dever do magistrado, no momento de determinar a internação, levar em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários (Art. 9º, *caput*, LRP).

O juiz não pode, ainda, determinar o tempo de internação dos pacientes, pois, por óbvio, tal função cabe aos profissionais da saúde. A internação, seja ela de qualquer espécie, deve sempre estar baseada em laudo médico circunstanciado e deve durar pelo

⁵⁸ Existe uma discussão sobre quem seria interessado em requerer judicialmente a internação de um indivíduo.

menor tempo possível, visto que a finalidade permanente do tratamento é a reinserção social do paciente em seu meio social (Art. 4º, §1º, LRP).

De acordo com o parágrafo 1º do Art. 10 da Portaria nº 3.088 do Ministério da Saúde, de 23 de dezembro de 2011, já mencionada anteriormente, as internações devem durar apenas até a estabilidade clínica do paciente.

Em contraposição à internação compulsória, que é determinada pelo juiz competente, há o princípio da autonomia da vontade, que pode ser conceituado como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.⁵⁹ O princípio da autonomia determina, portanto, que cada indivíduo tenha o poder de decidir ou buscar o que julga melhor para si.⁶⁰

Na hipótese de um usuário de psicoativos, a presunção, baseada na autonomia da vontade, é, portanto, de que o indivíduo tem conhecimento dos efeitos das substâncias que consome e de que mantém sua capacidade acerca de decidir sobre quais condutas deseja praticar, inclusive com relação ao padrão de consumo.⁶¹

Ainda que tal atitude seja inadequada socialmente, levando em consideração o modelo proibicionista e abstencionista em que se enquadra a sociedade brasileira no que diz respeito às drogas, é direito do indivíduo adotar as medidas que desejar na construção de seu modelo individual de uso de substâncias (e isso inclui também as substâncias lícitas, como medicamentos, álcool, etc.) e seus eventuais efeitos em sua saúde. Isto porque a autonomia e a liberdade pessoal de ação são valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.⁶²

Relembre-se, por oportuno, que nem todo usuário de substâncias psicoativas é um portador do transtorno mental da dependência química, bem como nem todo dependente, assim diagnosticado como portador do transtorno mental, é desprovido de autonomia.

A internação compulsória, nos casos de transtorno mental da dependência química por uso de estimulantes, não decorre da dependência em si, mas da impossibilidade momentânea de um indivíduo em estado de extrema vulnerabilidade exprimir sua vontade, pois este tem sua capacidade cognitiva e de decisão prejudicadas, sendo necessária a supressão ou mitigação de sua autonomia e de sua liberdade de ação, a fim de garantir um tratamento imediato como forma de proteção à vida do paciente.⁶³ É este o fator que permite que o Estado determine a internação compulsória do dependente químico.

Portanto, a presunção de que o indivíduo usuário de psicoativos mantém sua capacidade de deliberação incólume não é absoluta. Em caso de conflito com outros princípios ou institutos do direito, é possível a mitigação na aplicação do princípio da autonomia, como, por exemplo, em caso de usuário de crack vivendo em situação que não condiz com a dignidade da pessoa humana e exposto à riscos contra sua integridade física ou mesmo sua vida, tendo sua capacidade de raciocínio, autocontrole, deliberação e compreensão momentaneamente alterados, reduzidos ou extintos em decorrência do uso do crack.

Como o usuário é aquele que consome crack nas crackolândias ou outros espaços abertos, a exposição a riscos é muito maior, assim como a vulnerabilidade. A internação compulsória deve ser, no entanto, última opção, utilizada quando outros métodos falharem, visto que ser caráter de aprisionamento já se mostrou não plenamente efetivo no tratamento da dependência química causada por estimulantes.

⁵⁹ DINIZ, M.H. *apud* RATTI, F.C. “Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?”, *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em: jun. 2017.

⁶⁰ SANTOS, M.J. “Internação e bioética: uma análise do princípio de respeito à autonomia e a internação compulsória por uso de *cannabis* previsto na Lei nº 10.216”, *Rev. SORBI*, 2014, p. 20.

⁶¹ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das crackolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 88-89.

⁶² *Ibidem*, p. 89.

⁶³ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das crackolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 88.

Nestes casos, a internação deve servir como espaço para que o paciente recupere sua autonomia. Para isso, é preciso contar com os esforços e com o empenho dos profissionais de saúde envolvidos, que devem esclarecer o internado dos riscos a que está submetido quando mantém altos padrões no consumo do crack. Devem ser oferecidos ainda, quando o paciente tiver recuperado sua autonomia, modelos de tratamentos menos agressivos, como o acompanhamento por um CAPSad e a redução de danos.

“A partir do momento em que um indivíduo resgata a sua autonomia este passa a ter capacidade de decidir, inclusive, acerca da continuidade ou não do uso de drogas. Sendo assim, pode escolher continuar o uso – se não quiser ou não puder parar –, mas é preciso que adquira conhecimento dos modelos de uso menos agressivos.”⁶⁴

Assim, da internação forçada e emergencial deve decorrer uma conscientização do usuário e uma melhora de sua situação depois de readquirida sua autonomia. O tratamento deve ser baseado no fortalecimento da autonomia, e não na opressão. O que se defende, no caso das internações compulsórias de usuários de crack, é que tal medida respeite as determinações legais concernentes ao assunto, principalmente o disposto na LRP, devendo ocorrer baseada em laudo médico circunstanciado que caracterize o transtorno mental da dependência química e somente em caráter emergencial e de *ultima ratio*, quando o paciente não puder expressar seu consentimento em decorrência da influência da substância psicoativa, e sua vida e/ou integridade física estiverem ameaçadas, tendo os demais métodos de tratamento se mostrado insuficientes. A internação deve ser excepcional e, se ocorrer, deve respeitar todos os direitos do paciente, deve durar apenas pelo tempo necessário para o internado se recompor e deve contar com todo o amparo clínico, sendo vedada a internação em instituições com características asilares.

6. Medidas alternativas de tratamento da dependência

A internação não é a medida central no tratamento dos dependentes de tóxicos. Não é a mais recomendada e tampouco a mais efetiva, de modo que a lei recomenda-a apenas em casos de as medidas extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (Art. 4º, *caput*, Lei nº 10.216/2001).

Preliminarmente, é necessário entender que há diversos níveis de uso de psicoativos. Há o uso experimental; o uso recreacional; o uso ocasional; o uso social; o uso regular/habitual; o uso nocivo; o uso abusivo; drogadição; e a síndrome de dependência.⁶⁵ Quanto mais próximo da dependência, mais avançado é o estágio de comprometimento do usuário, e maior é a influência deste abuso em sua autonomia.

Por haver diferentes tipos de necessidade de tratamentos distintos aos dependentes de tóxicos, não há hierarquia entre os mesmos, que podem ser tanto modelos reducionistas, que levam em conta a influência familiar e, em linhas gerais, preconizam que o simples afastamento da droga é suficiente; as internações sejam elas compulsórias, involuntárias ou voluntárias, já tratadas anteriormente; e as políticas públicas de redução de danos, uma estratégia de saúde pública que leva em consideração a voluntariedade, o comprometimento e a responsabilização do indivíduo como determinantes no tratamento, que, basicamente, consiste no consumo gerenciado e menos prejudicial à saúde de substâncias psicoativas.⁶⁶

Serão objeto de estudo a seguir os modelos reducionistas e as políticas de redução de danos, sendo apresentados exemplos concretos da efetividade desses tipos de tratamento no Brasil e, eventualmente, em outros países. Atente-se para o fato de que a opção por chamar de “medidas alternativas” é meramente por se apresentarem como alternativa à internação. Cada caso individual demandará um tipo de tratamento diferente, devendo ser analisado em suas particularidades.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89-90.

⁶⁶ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das crackolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 76-85.

6.1. Modelos reducionistas

Os chamados modelos reducionistas têm, em geral, caráter abstencionista, e preconizam que o simples afastamento do usuário ou dependente da droga seria suficiente para curar o vício, pois esta concepção costuma centralizar o problema da dependência química na substância psicoativa consumida⁶⁷, e não no usuário.

O grande problema dos modelos reducionistas reside na desconsideração de todos os fatores complexos e interligados que fazem com que um indivíduo seja usuário de psicotrópicos, como os aspectos culturais, sociais, econômicos, psicológicos e morais, colocando em foco apenas a substância de abuso.

Os modelos reducionistas baseiam-se na crença de que o uso de substâncias é um problema moral, de desvio de conduta do indivíduo, e não de saúde pública. A droga é vista como um mal a ser combatido, e o indivíduo que sucumbiu a ela é tido como moralmente fraco.⁶⁸ A solução seria, portanto, afastar o usuário do seu habitat de consumo; no caso do crack, as crackolândias.

*“Assim, atribuindo à droga poder muito maior do que elas efetivamente têm observa-se uma inversão de papéis. A droga passa a ser sujeito do tratamento e o indivíduo, objeto. Os tratamentos, a partir destes valores, passam então a definir estratégias para lidar com as drogas, sem analisarem as (importantes) distinções entre os sujeitos.”*⁶⁹

O modelo religioso destaca-se entre os modelos reducionistas mais conhecidos e difundidos, sobretudo no Brasil. As comunidades terapêuticas religiosas são pioneiras no enfrentamento às drogas, e muitas vezes atuam onde o poder público não consegue chegar, sendo inegável sua importância no tratamento de usuários de diversos tipos de psicoativos, inclusive o crack. Muitas recebem financiamentos governamentais para realizar o trabalho, que é baseado em “oração, disciplina e trabalho”⁷⁰, e podem obter bons resultados na recuperação de usuários.

Entretanto, a perspectiva abstencionista, moralista e muitas vezes “demonizadora” das drogas acaba por subestimar o transtorno da dependência química. A ausência de profissionais especializados, como psiquiatras, psicólogos e terapeutas, e a ocorrência de atendimentos e terapias improvisados acaba por prejudicar a saúde do usuário/dependente, que não tem os efeitos físicos da droga tratados adequadamente por meio, por exemplo, de medicamentos.⁷¹

A crença no poder da oração e a abstenção no consumo devem estar aliadas a outros métodos de tratamento, sobretudo físicos, dos efeitos dos psicoativos. No caso do crack, que têm consequências graves para a saúde do paciente, a necessidade de acompanhamento médico é ainda maior. É comum, no entanto, que comunidades terapêuticas religiosas não permitam o uso de medicamentos.⁷² Por gerar, ainda, crises de abstinências fortes e frequentes, nem sempre abster-se do consumo é a alternativa mais adequada para o usuário de crack, sendo ainda menos indicada para o dependente da droga. Nestes casos, o modelo de redução de danos, que será tratado a seguir, pode ser mais aconselhável.

Hoje, as Comunidades Terapêuticas (CTs), que são instituições privadas e, em geral, fazem uso deste modelo de tratamento, fazem parte do Sistema Nacional de

⁶⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁶⁸ SCHNEIDER, D.R. e LIMA, S.D.S. “Implicações dos modelos de atenção à dependência de álcool e outras drogas na rede básica em saúde”, *Revista Psico*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 168-178, abr./jun, 2011, p. 171.

⁶⁹ COSTA, J.H.R., *op. cit.*, p. 77.

⁷⁰ DIP, A. “Comunidades terapêuticas religiosas lideram tratamento contra o crack”, *Terra*, 18 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/comunidades-terapeuticas-religiosas-lideram-tratamento-contr-o-crack,b0d73c3b99862410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: out. 2017.

⁷¹ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das crackolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 78.

⁷² DIP, A. “Comunidades terapêuticas religiosas lideram tratamento contra o crack”, *Terra*, 18 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/comunidades-terapeuticas-religiosas-lideram-tratamento-contr-o-crack,b0d73c3b99862410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: out. 2017.

Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Contudo, são vistas com reservas por representarem a terceirização, financiada pelo Estado, dos serviços da rede de saúde mental, e por diversos casos de violações de direitos humanos ocorridos no interior das mesmas.

A denúncia foi feita em forma de dossiê após fiscalização realizada pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRPSP) em 43 CTs e clínicas para usuários de drogas no estado entre 2013 e 2015, e aponta a ocorrência de graves violações de direitos humanos ocorridas no interior destes estabelecimentos. As violações incluem trabalho forçado, participação compulsiva em cultos religiosos, medicalização excessiva, homofobia, transfobia e estupros. Há, ainda, relatos de mortes: foram quatro nas instituições inspecionadas, e entre elas dois suicídios.⁷³

As comunidades terapêuticas devem observar as normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pois, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, a prestação de serviços de saúde deve seguir o padrão do SUS, independentemente de sua natureza.⁷⁴ A CIDH já determinou, inclusive, no julgamento do caso “Velásquez Rodríguez⁷⁵”, que a terceirização do serviço não afasta a responsabilidade internacional do Estado, que é responsabilizado não pelo fato em si, mas pela falta do dever de diligência em prevenir e tratar a violação.⁷⁶

6.2. Políticas de redução de danos

A Reforma Psiquiátrica calçou o tratamento da dependência química na autonomia e no respeito aos direitos do paciente, dispensando o modelo asilar e reduzindo o número de internações, e incentivando a redução de danos.

Em contrapartida a internações compulsórias e ações repressivas por parte do Estado, encontram-se as tais políticas de redução de danos, fundadas na ideia da responsabilidade compartilhada entre o poder público e diversos segmentos da sociedade civil.⁷⁷ Trata-se de uma estratégia de saúde pública que parte do princípio que não deve haver uma extinção imediata do uso de drogas, “*mas que formula práticas que diminuam os danos para aqueles que usam drogas e para os grupos sociais com que convivem*”.⁷⁸

A redução de danos baseia-se na responsabilidade compartilhada de diversos setores da sociedade civil; na autonomia do indivíduo, e em sua responsabilidade e colaboração em escolher seu tratamento e gerenciar seu consumo de forma menos prejudicial à saúde; e no diálogo com os agentes redutores de danos, “*os quais são capacitados para dialogar com o dependente em busca de um avanço na sua situação de vulnerabilidade e sofrimento*.”⁷⁹

As políticas de redução de danos são uma alternativa as medidas meramente penais aplicadas por políticas públicas de combate às drogas e às consequências nefastas

⁷³ MATUOKA, I. “Comunidades terapêuticas: a violência no lugar da cura”, *Carta Capital*, 30 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/comunidades-terapeuticas-a-violencia-no-lugar-da-cura>>. Acesso em: out. 2017.

⁷⁴ MAURER, J.P. “Comunidades Terapêuticas: Políticas de Drogas e as Violações de Direitos Humanos”, Monografia (Graduação em Direito), *Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2014, p. 59.

⁷⁵ Angel Manfredo Velásquez Rodríguez desapareceu em setembro de 1981. A petição dirigida à Corte atentava para o fato de que o mesmo fora preso ilegalmente, torturado violentamente e desaparecido forçadamente pela Divisão Nacional de Investigação e Forças Armadas do Estado de Honduras. A sentença da CIDH foi pioneira no sentido de impor aos Estados-partes da Convenção o dever de investigar certas violações de direitos humanos e punir seus perpetradores.

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. *Sentencia de 29 de julio de 1988*, 1988, p. 36. Tradução livre.

⁷⁷ LIMA, W.C. e LIMA, W.C. “Políticas públicas e redução dos danos causados pelas drogas: uma análise criminológica e paradigmática do exemplo do programa De Braços Abertos de São Paulo”, *XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015, p. 10.

⁷⁸ ANDRADE *apud* LIMA, W.C. e LIMA, W.C., *op. cit.*, p. 11.

⁷⁹ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 85.

do tráfico ilícito de entorpecentes.⁸⁰ Este panorama proibicionista começou a mudar em 2003, com a publicação do documento “Política do Ministério da Saúde para a Atenção Integral a Usuários de Álcool e outras Drogas” pelo Ministério da Saúde, que trouxe a redução de danos como nova forma de tratamento a ser empregada na reabilitação e reinserção social do usuário/dependente.⁸¹

Sobre a redução de danos, o documento do Ministério da Saúde reconhece a necessidade de acolher o usuário de álcool e outras drogas em sua singularidade, sem julgamentos, e sempre estimulando seu comprometimento e engajamento. Isto porque o objetivo a ser alcançado não é a abstinência, mas a defesa da vida do usuário.⁸²

*“Vemos aqui que a redução de danos oferece-se como um método (no sentido de *metodos*, caminho) e, portanto, não excludente de outros. Mas, vemos também, que o método está vinculado à direção do tratamento e, aqui, tratar significa aumentar o grau de liberdade, de corresponsabilidade daquele que está se tratando. Implica, por outro lado, no estabelecimento de vínculo com os profissionais, que também passam a ser corresponsáveis pelos caminhos a serem construídos pela vida daquele usuário, pelas muitas vidas que a ele se ligam e pelas que nele se expressam.”*⁸³

Não há, na redução de danos, a obrigatoriedade da abstinência no consumo de forma imediata e automática. São estratégias desta política:

*“[...] a ampliação do acesso aos serviços de saúde, especialmente dos usuários que não têm contato com o sistema de saúde, por meio de trabalho de campo; a distribuição de insumos (seringas, agulhas, cachimbos) para prevenir a infecção dos vírus HIV e Hepatites B e C entre usuários de drogas; a elaboração e distribuição de materiais educativos para usuários de álcool e outras drogas informando sobre formas mais seguras do uso de álcool e outras drogas e sobre as consequências negativas do uso de substâncias psicoativas; os programas de prevenção de acidentes e violência associados ao consumo, e a ampliação do número de unidades de tratamento para o uso nocivo de álcool e outras drogas, entre outras.”*⁸⁴

No caso do consumo de crack, há estratégias de redução de danos específicas, como por exemplo, a realização de exames periódicos para verificar possível contaminação por doenças sexualmente transmissíveis; estímulo ao uso individual do cachimbo, a fim de evitar contaminações; e a distribuição de protetor labial para evitar “contaminações decorrentes do esquentamento do material”.⁸⁵

Ao menos em tese, as políticas de redução de danos são hoje a regra no que concerne ao enfretamento da questão das drogas, inclusive do crack. O maior exemplo de aplicação ampla de política de redução de danos aplicada em favor de usuários de crack é o programa “De Braços Abertos”, adotado pela Prefeitura de São Paulo no ano de 2014.

O programa “De Braços Abertos” foi adotado em consonância com a política do Ministério da Saúde do programa “Crack: é possível vencer” e ganhou credibilidade internacional. Os objetivos eram, entre outros, a adoção de medidas intersetoriais e integradas entre os setores da saúde, assistência social, direitos humanos e trabalho, e a aplicação de políticas de redução de danos pela oferta de moradia e empregos a usuários abusivos de crack, construindo e fortalecendo uma rede de atendimento aos usuários.

O programa oferecia auxílio financeiro, moradia, trabalho e capacitação profissional para usuários de crack habitantes de *cracolândias*. Estes foram acolhidos em hotéis, recebiam um salário mínimo e meio por mês e mais uma quantia por dia de

⁸⁰ LIMA, W.C. e LIMA, W.C., *op. cit.*, p. 10.

⁸¹ COSTA, J.H.R., *op. cit.*, p. 85 – 86.

⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids. *A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas*, 2003, p. 10.

⁸³ *Ibidem*, p. 10.

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*, 2005, p. 44.

⁸⁵ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das *cracolândias*: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 85.

trabalho. Segundo estimativas da própria prefeitura, houve redução de cerca de 50% no consumo de crack entre os indivíduos beneficiados pelo programa.⁸⁶

Além da redução do padrão de consumo, o “De Braços Abertos” atingiu resultados importantes como o respeito à imagem do usuário de drogas; redução na transmissão de doenças; redução nas taxas de crimes violentos no território; e adesão dos usuários/beneficiários nas ações de acompanhamento pelas Equipes de Consultório na Rua, promovendo, assim, a saúde.

Iniciativas como o “De Braços Abertos” mostram que a ausência do Estado no fomento de políticas públicas de promoção de direitos sociais são a causa, mas sua presença pode ser o início de uma solução para a marginalização e degradação humanas causadas pelo consumo e dependência de drogas, sobretudo do crack. A inserção do usuário de crack nas políticas públicas é necessária para dar visibilidade ao problema, e atingir os objetivos da reabilitação e reinserção social dos usuários. Com a mudança de gestão municipal o programa foi, no entanto, extinto.

Políticas de redução de danos não são inéditas no mundo, tendo ocorrido de formas semelhantes em diversos países. Na Alemanha, por exemplo, terapias substitutivas foram utilizadas para tratar dependentes de heroína na década de 1980, quando milhares de usuários da droga vivam na região do parque de Taunusanlage, próximo à estação ferroviária central, em Frankfurt. Foram criadas salas de consumo controlado onde a heroína era substituída por opioides dosados em quantidade estipulada por médicos, que também monitoravam o uso.

Este tipo de tratamento não visa à abstinência, mas o controle do vício. O resultado obtido em Frankfurt foi a extinção do ponto de consumo de drogas a céu aberto, modelo que foi replicado por toda a Alemanha. Apesar de não haver tratamento semelhante para drogas como o crack, o modelo de terapias de substituição, redução de danos, descriminalização do usuário e presença do Estado é um caminho a ser apontado e estudado. Não houve, como ocorreu nas crackolândias brasileiras, a simples expulsão do usuário, o que apenas criaria outros pontos de uso de drogas espalhados pela cidade. Internações forçadas também não foram utilizadas, tendo em vista seu baixo grau de efetividade.

Experiências exitosas como o “De Braços Abertos”, em São Paulo, e a iniciativa da Alemanha nos anos 80 confirma que a redução de danos é o meio mais efetivo e humano no enfrentamento do problema das drogas. Encarar o consumo e a dependência de psicoativos como um problema de saúde pública, e não de segurança, e empregar uma visão menos preconceituosa do tema são desafios para o poder público brasileiro no que concerne ao assunto, sobretudo no que se refere às crackolândias.

7. Considerações finais

O presente estudo buscou expor problema complexo e grave, e, apesar de não haver solução fácil, cresce cada vez mais a necessidade de buscar formas de resolução. O uso abusivo de crack em cenas de consumo público chama a atenção da sociedade, e é apropriado realizar o debate acerca das políticas públicas que estão sendo (e que deveriam ser) adotadas no tratamento dos usuários, de forma a garantir a estes seus direitos fundamentais.

A questão do uso abusivo de crack é necessariamente englobada pelo debate sobre as drogas em geral. É preciso observar como o Estado e a sociedade enxergam o consumo de psicoativos atualmente. Fato é que o ser humano sempre fez uso substâncias psicoativas em culturas, povos e lugares diferentes. Hoje, com a verdadeira guerra instalada contra o narcotráfico, a violência urbana e as facções criminosas, o poder público e a sociedade têm pouca tolerância com o uso de drogas ilícitas. O contorno bélico e proibicionista gera uma confusão entre a resposta dada aos simples usuários com a resposta dada aos traficantes. A consequência do problema do usuário e/ou do dependente químico ser tratado como um problema de justiça é a falta de

⁸⁶ LIMA, W.C. e LIMA, W.C. “Políticas públicas e redução dos danos causados pelas drogas: uma análise criminológica e paradigmática do exemplo do programa De Braços Abertos de São Paulo”, *XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, Universidade de Santa Cruz do Sul. 2015, p. 13.

efetividade. A intervenção da polícia e do Poder Judiciário apenas agrava a situação do usuário.

É preciso também diferenciar o tratamento dado aos usuários e aos dependentes. A dependência química é um transtorno mental catalogado, e seu diagnóstico deve ser dado por um médico. Mas nem todo usuário é um dependente. O uso de psicoativos pode ser experimental, recreacional, ocasional, social, regular, nocivo, abusivo, entre outros.⁸⁷ A dependência é o último estágio, mais gravoso e problemático, e que necessita das intervenções mais sérias, já que o uso nesta fase acarreta mais consequências na autonomia do indivíduo.

A partir da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001) foram reconhecidos ao portador de transtornos mentais diversos direitos, ao mesmo tempo em que foi institucionalizada a transição do modelo asilar para o modelo assistencial no tratamento destes pacientes. A Reforma Psiquiátrica foi um movimento de anos, surgido entre os profissionais de saúde, dada a violência e as violações de direitos humanos ocorridas dentro de instituições psiquiátricas. Após a promulgação da Lei da Reforma Psiquiátrica, em 2001, foi institucionalizada a extinção gradual dos hospitais psiquiátricos, sendo diminuído, inclusive, o número de leitos disponíveis para internação.

Assim, o tratamento dos pacientes deve ser realizado intersetorial e interdisciplinarmente, em equipamentos que valorizem a inclusão na comunidade, as terapias ocupacionais, a redução de danos e as individualidades de cada caso. O principal equipamento que substituiu os asilos no tratamento de pacientes portadores de transtornos mentais foi o CAPS – Centro de Atenção Psicossocial. Para o caso de usuários de drogas, há um CAPS específico: o CAPSad (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas). Nos CAPS, não há apenas a participação da saúde, mas a assistência social também tem papel igualmente importante na reabilitação e na reinserção social do paciente, objetivos centrais do tratamento.

No caso de uso de crack, dois problemas principais dificultam o tratamento. O primeiro problema é estrutural: o número de CAPSad ainda são insuficientes para a quantidade de usuários do sistema. Na cidade do Rio de Janeiro, por exemplo, há apenas seis CAPSad pertencentes ao sistema municipal de saúde; dois são CAPSad II, que atendem diariamente, e quatro são CAPSad III, que possuem atendimento 24 horas, diurno, noturno e nos finais de semana. Há ainda um CAPSad II pertencente ao sistema estadual de saúde.

O segundo obstáculo que dificulta o tratamento de usuários e dependentes de crack é justamente a falta de um tratamento específico e efetivo que combata o vício e os efeitos da cocaína. Como já foi dito, o crack é um estimulante derivado da pasta base de cocaína, produzido com a adição de um solvente e em formato de pedras, que são fumadas. O efeito do crack é pouco duradouro, fazendo com que o usuário desenvolva síndrome de abstinência e aumente gradualmente a quantidade de droga consumida para obter o efeito desejado, tendo em vista que a mesma quantidade o satisfaz cada vez menos (efeito da tolerância). Para o vício não existe medicamento que promova a cura. As consequências do consumo prolongado e em grandes quantidades são nocivas: vão desde alterações de humor a problemas cardíacos e respiratórios, que podem inclusive causar a morte do usuário.

Apenas nos casos mais graves é recomendada a internação do dependente. A internação voluntária ocorre quando o próprio paciente consente com esse tipo de internação; a involuntária independe do consentimento do usuário e precisa ser pedida por terceiro; e a compulsória, também sem consentimento do usuário, deve ser determinada pelo juízo competente. Todos os tipos de internação estão previstos na Lei de Reforma Psiquiátrica, que também determina as circunstâncias em que estas devem ocorrer.

O que aqui se defende é que as internações compulsórias dos usuários de crack ocorram apenas quando todas as outras medidas de tratamento se mostrem insuficientes, assim como determina a LRP. A internação, que deve ser excepcional, deve ser precedida de prévio diagnóstico de dependência química, e deve ocorrer quando o

⁸⁷ COSTA, J.H.R. “A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos”, Dissertação (Mestrado em Direito), *Universidade Federal da Bahia*, 2015, p. 89-90.

paciente não puder exprimir sua autonomia em razão dos efeitos da dependência em seu organismo, que põe em risco inclusive sua vida ou sua integridade. A internação, quando ocorra, deve respeitar todos os direitos do paciente, não deve durar mais que o tempo necessário para o internado se recompor, deve contar com todo o amparo clínico e não deve ser feita em instituições com características asilares. O Ministério Público estadual, no prazo de setenta e duas horas, deve ser ainda comunicado, de acordo com o Art. 8º, §1º da Lei nº 10.216/2001.

Buscou-se com assim tecer críticas à internação compulsória como ocorre atualmente, sem que sem cumpram os requisitos legais e de forma atentatória a dignidade da pessoa humana, aos direitos humanos e a autonomia da vontade. Como restou demonstrado, as ações públicas nas cenas abertas de consumo de crack ocorrem, na maioria dos casos, com o objetivo de dissipar os habitantes daquela cracolândia e “limpar” o espaço público, retirando os usuários das vistas do resto da sociedade, mas sem a preocupação em tratar de forma efetiva o usuário e o dependente. As políticas públicas de enfrentamento do crack devem priorizar a reabilitação e a reinserção social do indivíduo, e não representarem medidas meramente higienistas.

A solução efetiva para o problema do crack perpassa não necessariamente o abstencionismo e as internações, mas as políticas de redução de danos. Tais medidas envolvem a redução dos danos e dos riscos causados pelo consumo de crack, e são baseadas na intersetorialidade, na responsabilidade compartilhada e na autonomia do usuário. Além disso, por ser pautada na voluntariedade, a eficiência no tratamento é muito maior do que em modelos de internações involuntárias, que aprisionam os pacientes.

Iniciativas como o programa “De Braços Abertos” mostram que as políticas de redução de danos são viáveis, tanto economicamente quanto na redução do padrão de consumo do usuário de crack. O incentivo ao trabalho, a concessão de moradias, a promoção da saúde, da assistência social e dos direitos humanos são o caminho para o tratamento da dependência, e o “De Braços Abertos” mostrou-se bem sucedido em seus resultados.

Mas medidas de redução de danos são alternativas imediatas, de curto prazo, que buscam resolver um problema que já existe. O problema do crack é um problema de saúde e um problema social, e poderia ser prevenido, em longo prazo, se prevenidas as situações de vulnerabilidade social que o cercam, como a ausência de saúde e educação de qualidade, trabalho, lazer e cultura, por exemplo.

Por ser uma droga barata, o crack acaba sendo consumido por pessoas das faixas mais pobres e vulneráveis da sociedade, como indica o perfil traçado pela pesquisa nacional sobre o uso de crack. A presença do Estado na adoção de medidas que combatam as desigualdades sociais e a miséria social, além da promoção da efetivação de direitos sociais, impactarão diretamente os altos índices de consumo e dependência de crack que se veem hoje.

8. Referências bibliográficas

- ACSELRAD, Gilberta. “Drogas, a educação para a autonomia como garantia de direitos.” *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 16, n. 63, p. 96-104, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_96.pdf>. Acesso em: nov. 2017.
- ALBERNAZ, Bruno. “Número de moradores de rua com curso superior cresce 75% em 1 ano no RJ”. *G1 Rio*. 10 de abril de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-moradores-de-rua-com-curso-superior-cresce-75-em-1-ano-no-rj.ghtml>>. Acesso em: set. 2017.
- BASTOS, Francisco Inácio; BERTONI, Neilane (org.) *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014.
- BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de dezembro de 2009, Página 16. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%207.053-2009?OpenDocument>. Acesso em: set. 2017.

- BRASIL. Decreto nº 7.179, de 20 de maio de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de maio de 2010, Página 43. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%207.179-2010?OpenDocument>. Acesso em: out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 de abril de 2001, Seção 1, Página 2. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10216-6-abril-2001-364458-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: jun. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Portaria nº 189 de 20 de Março de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 22 de março de 2002, nº 56, Seção 1, Página 108. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/2/docs/189.pdf>>. Acesso em: out. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Portaria nº 224 de 29 de Janeiro de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_224.pdf>. Acesso em: out. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Portaria nº 816 de 30 de Abril de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 30 de Abril de 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0816_30_04_2002.html>. Acesso em: out. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.088 de 23 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 24 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: out. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Saúde da população em situação de rua: um direito humano*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Coordenação Nacional de DST/Aids. *A Política do Ministério da Saúde para atenção integral a usuários de álcool e outras drogas*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.
- CRACK assusta e revela um Brasil despreparado. *Em discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal*. Agosto de 2011. Ano 2. Nº 8. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/crack-chama-a-atencao-para-dependencia-quimica/surgimento-do-crack-aconteceu-nos-eua.aspx>>. Acesso em: set. 2017.
- COMO a Alemanha acabou com a sua 'Cracolândia'. G1. 07 de junho de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/como-a-alemanha-acabou-com-a-sua-cracolandia.ghtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=share-bar-smart&utm_campaign=share-bar>. Acesso em: jun. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras." *Sentencia de 29 de julio de 1988*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: out. 2017.
- COSTA, Jessica Hind Ribeiro. "A internação compulsória no âmbito das *cracolândias*: implicações bioéticas acerca da autonomia dos indivíduos." 2015. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – *Universidade Federal da Bahia*, Salvador, 2015.

- DIP, Andrea. "Comunidades terapêuticas religiosas lideram tratamento contra o crack." *Terra*. 18 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/comunidades-terapeuticas-religiosas-lideram-tratamento-contr-o-crack,b0d73c3b99862410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: out. 2017.
- FONTES, Maria Alice. "O que é a Dependência Química? Tipos de drogas, efeitos e tratamentos." Outubro 2013. Disponível em: <http://www.cemp.com.br/arquivos/98752_66.pdf>. Acesso em: out. 2017.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LIMA, Wiliam Custodio; LIMA, Wedner Custodio. "Políticas públicas e redução dos danos causados pelas drogas: uma análise criminológica e paradigmática do exemplo do programa De Braços Abertos de São Paulo." In: *XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015*. VIII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, Universidade de Santa Cruz do Sul. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/13150>>. Acesso em: out. 2017.
- MANUAL diagnóstico e estatístico de transtornos 5 - DSM-5. *American Psychiatric Association*. Traduç.: Maria Inês Corrêa Nascimento, et al. Revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli, et al. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- MATUOKA, Ingrid. "Comunidades terapêuticas: a violência no lugar da cura." *Carta Capital*. 30 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/comunidades-terapeuticas-a-violencia-no-lugar-da-cura>>. Acesso em: out. 2017.
- MAURER, Janaína Piovezan. "Comunidades Terapêuticas: Políticas de Drogas e as Violações de Direitos Humanos." 2014. 68 f. Monografia (Graduação em Direito) – *Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2014.
- NATALINO, Marco Antonio Carvalho. "Estimativa da população em situação de rua no Brasil." Texto para discussão. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília: Ipea, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819>. Acesso em: set. 2017.
- RATTI, Fernanda Cadavid. "Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?" *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16040>. Acesso em: jun. 2017.
- ROSA, Maria Cecília de Oliveira. "A guerra às drogas e as violações de direitos fundamentais com o aval da imprensa." *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 18, n. 67, p. 570-586., jan./fev. 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_570.pdf>. Acesso em: set. 2017.
- SANTOS, Marcello Jahn dos. "Internação e bioética: uma análise do princípio de respeito à autonomia e a internação compulsória por uso de *cannabis* previsto na Lei nº 10.216." *Rev. SORBI*, 2014, p. 16-22. Disponível em: <http://www.sorbi.org.br/revista/index.php/revista_sorbi/article/view/30>. Acesso em: jun. de 2017.
- SCHNEIDER, Daniela Ribeiro; LIMA, Schneider Dálberti Sciamana de. "Implicações dos modelos de atenção à dependência de álcool e outras drogas na rede básica em saúde." *Revista Psico*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 168-178, abr./jun, 2011.
- SILVA, Maria Lucia Lopes da. "Mudanças recentes no mundo do trabalho e o fenômeno população em situação de rua no Brasil 1995-2005." 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) – *Universidade de Brasília*, Brasília, 2006.
- SILVEIRA, Dartiu Xavier. "Drogas e proteção à saúde." *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, RJ, v. 16, n. 63, p. 73-82, out./dez. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_73.pdf>. Acesso em: out. 2017.

WORM, Naíma. "Políticas públicas para recuperação, combate e prevenção ao uso de crack e a polêmica da utilização da internação não voluntária como instrumento de recuperação." Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c4d2b56920cedd39>>. Acesso em: jun. 2017.

Bioética, direito e políticas públicas: uma redefinição em bases teóricas comuns para a efetivação do direito à saúde no Brasil

Bioethics, law and public policies: a redefinition in common theoretical bases for the realization of the right to health in Brazil

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹

Universidade de Rio Verde (UniRV)

Sumário: 1. Introdução. 2. Da necessidade da quebra do paradigma utilitarista. 3. Da abordagem das capacidades e funcionamentos. 4. Bioética Social e Biodireito: a necessária transdisciplinaridade fundada no *capability approach*. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: O estudo versou sobre a necessidade de se buscar uma ética filosófica que se colocasse como base comum para a Bioética e o Direito (Biodireito), de forma a servir de alternativa às políticas públicas em saúde, criadas sob a perspectiva utilitarista no Brasil e em outros países com condições similares de desigualdade, a exemplo daqueles da América Latina e dos periféricos. O tema centralizou-se na esfera da chamada Bioética Social, desenhada por bioeticistas brasileiros no início do ano 2000 e com vocação assumidamente utilitarista. Nesta esfera questionou-se se a teoria das capacidades e funcionamentos de Armatya Sen poderia oferecer a alternativa adequada para corrigir as falhas e os possíveis excessos das ações de cunho utilitarista no setor da saúde pública. O objetivo da pesquisa foi, portanto, coletar as informações necessárias para responder ao questionamento proposto, o que foi feito com utilização dos métodos: dedutivo (quanto à abordagem), histórico e comparativo (quanto ao procedimento). Além disso, a técnica de pesquisa escolhida foi a documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que a teoria das capacidades e funcionamentos é adequada ao que se propôs este estudo, na medida em que pode viabilizar a harmonização da proteção dos interesses individuais e sociais.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Ética filosófica. *Capability approach*. Saúde pública.

Abstract: The study focused on the need to seek a philosophical ethics that would be used as a common basis for Bioethics and Law, in order to serve as an alternative to public health policies, created under the utilitarian perspective in Brazil and in others countries with similar conditions of inequality, such as those in Latin America and peripherals. The theme was centered on the so-called Social Bioethics, designed by Brazilian bioethicists at the beginning of the year 2000 and with an assumedly utilitarian vocation. In this sphere it was questioned whether the theory of capacities and functions of Armatya Sen could offer the suitable alternative to correct the failures and possible excesses of the utilitarian actions in the public health sector. The objective of the research was to collect the necessary information to answer the proposed questioning, which was done using the methods: deductive (regarding approach), historical and

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – SP, doutoranda em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – RS, professora de Direito Constitucional na Universidade de Rio Verde (UniRV) – GO.

comparative (regarding procedure). In addition, the research technique chosen was indirect documentation, more specifically, bibliographic research. It was concluded that the theory of capabilities and functions is adequate to what was proposed in this study, because it can harmonize the protection of individual and social interests.

Keywords: Bioethics. Law. Philosophical ethics. Capability approach. Public health.

1 INTRODUÇÃO

Saúde é um direito essencial para que o ser humano possa se desenvolver em todas as esferas da vida. É protegido constitucionalmente² e, como tal, dever ser concretizado por meio de políticas públicas eficazes. No Brasil, a saúde pública é uma questão recorrente, tanto na esfera da Bioética, quanto na do Direito, seu acesso não tem sido efetivo para uma grande parcela da população, justamente aquela que mais necessita. Já é conhecida a estreita relação entre estas duas áreas do conhecimento, tanto que, em virtude disso, um novo ramo do direito foi delineado: o Biodireito³.

O cenário que desponta para a presente discussão é o da Bioética Social, um segmento que adquiriu seus contornos no Brasil, em um esforço de ampliar as discussões no âmbito desta área aplicada da ética, de forma a abranger as realidades sociais de países onde as políticas públicas voltadas à saúde carecem de recursos financeiros, estrutura física adequada, equipamentos, profissionais em número suficiente e com boa formação para atenderem a uma demanda infundável, em grau degradante de pobreza. Assim, seis escolas tomaram forma a partir do final dos anos 90: Bioética da Reflexão Autônoma; Bioética da Proteção; Bioética da Teologia da Libertação; Bioética Feminista e Antirracista, Bioética de Intervenção; Bioética Crítica de Inspiração Feminista. Todas focadas na questão das desigualdades sociais e, uma delas, a de Intervenção, desenhada pelo professor doutor Volney Garrafa, com vocação explicitamente utilitarista.

Contudo, o que chama a atenção e impulsiona a proposta deste estudo é, justamente, a vocação utilitarista⁴ que a Escola da Bioética de Intervenção assume. Assim, ao imaginar possíveis críticas ao utilitarismo inerente a esta escola e as aplicações desta vertente da ética filosófica à prática brasileira, inclusive no que tange à sua próxima relação com o Direito (Biodireito), visualizou-se a possibilidade de ir além, ou seja, promover a reflexão sobre os possíveis fundamentos epistemológicos aptos a servir de alternativa ao aparato utilitarista, que sejam comuns tanto à Bioética, como ao Direito, de forma a se construir instrumentos para orientação de políticas públicas eficazes no setor da saúde, já que constituem objetos de estudo tanto da Bioética, quanto do Direito (Biodireito) como da própria biopolítica⁵.

2 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017).

3 A Bioética acabou por exigir a atuação simultânea do Direito, por meio de normas próprias e diferenciadas, voltadas aos problemas bioéticos. Neste processo de passagem da bioética para o direito – ou biodireito – o Estado possui papel fulcral, tanto na perspectiva da bioética, como na do biodireito, seja como agente implementador de novas tecnologias ou como legitimador do exercício da medicina, por meio das normas jurídicas. (DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372).

4 GARRAFA, V., “Da bioética de princípios a uma bioética interventiva”, *Revista Bioética*, v. 13, n. 1, 2015, pp. 125-132.

5 Biopolítica é um termo utilizado no campo da Bioética que se refere ao estabelecimento de políticas públicas pelo Estado, no sentido de se atender aos diversos setores que circundam os âmbitos de atuação da Bioética, como o uso de biotecnologias e a saúde pública. A atuação dos Estados não pode estar apartada desta relação, uma vez que cabe ao poder público traçar as políticas voltadas à satisfação das necessidades de um povo. (DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372).

As diretrizes para as políticas públicas em saúde no Brasil tem se desenvolvido em uma base utilitarista⁶, típica das sociais democracias contemporâneas⁷, que se apoiam na ideia de bem-estar social – assim como propõe a escola da Bioética de Intervenção. Entretanto, pode-se dizer que o modelo utilitarista tem se revestido de caráter hegemônico e resistente a novas ideias. Tem sido inapto a resolver os problemas relacionados à desigualdade gritante que assola o País. Insta, portanto, a necessidade de construir novos caminhos, experimentar novos aparatos teóricos que possam orientar as políticas públicas de forma a concretizar o direito à saúde no Brasil. Esse papel cabe tanto à Bioética, quanto ao Direito.

É diante deste quadro, portanto, que emergem os seguintes questionamentos:

a) Será possível aplicar novos contornos teóricos à Bioética, em linhas comuns com o Direito, de forma a oferecer uma alternativa ao paradigma utilitarista que permeia as políticas públicas em saúde no Brasil?

b) A abordagem das capacidades e funcionamentos (*capability approach*), proposta por Armatya Sen, pode servir como teoria de base viável para esse processo de reinvenção e apto ao enfrentamento dos desafios relativos à construção de políticas públicas efetivas na área da saúde, de forma a propiciar o pleno desenvolvimento dos sujeitos sociais?

A hipótese básica levantada é que, possivelmente, a redefinição dos fundamentos epistemológicos da Bioética em alinhamento comum com o Biodireito, poderá contribuir para a orientação e criação de políticas públicas, de forma a construir novos parâmetros para a concretização do direito à saúde no Brasil e, por consequência, criar caminhos que propiciem o desenvolvimento em todas as esferas da vida social. Para que se trabalhe nesta proposta, três hipóteses mais específicas são trabalhadas a seguir.

Hipótese I – Para esse processo de renovação⁸ teórica comum há de partir de um ideário politizado e democratizado, de valorização da igualdade e da liberdade no contexto do direito à saúde, que possibilite tanto aos estudos da Bioética (ao estabelecer códigos éticos), como do Biodireito (ao normatizar as situações abordadas pela Bioética), reunir elementos não só para a visualização de possíveis aparatos alternativos ao paradigma utilitarista – que ainda permeia a atuação estatal em várias partes do mundo⁹, inclusive no Brasil, acompanhando a ideia do Estado do bem-estar social, em conjugação com a social democracia – mas também, para a avaliação de tais políticas e realização dos necessários diagnósticos sociais, levando em conta que todas as vezes que ocorre privação do acesso à saúde a alguma pessoa, é também privada sua liberdade. Por consequência, a esfera de igualdade é atingida e o desenvolvimento do indivíduo é tolhido.

O problema com a vertente utilitarista é a sua indiferença distributiva, ou seja, seu cálculo não considera as desigualdades na distribuição da felicidade, importando, somente, a soma total. Neste modelo, as reivindicações de direitos e liberdades são acatadas de forma indireta. Ademais, o bem-estar pode ser influenciado por condicionamento mental e atitudes adaptativas¹⁰. Contudo, não há um modelo perfeito em termos de justiça social. Cabe aos sujeitos sociais, à Ética, ao Estado e ao Direito, portanto, aceitarem o desafio de implantar novos caminhos que possam agregar elementos à teoria dominante – o utilitarismo. Aqui, em especial, é papel dos estudiosos

6 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 84.

7 “A social democracia chega ao Brasil no final da década de 1980” (FELIPE PERSSON, L. “A social democracia e o welfare state”. *Conversas e controvérsias*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2010, p. 95).

8 Ideia que se alinha com a proposta de “imaginação institucional”, segundo a qual a necessidade de constantes reflexões é condição sine qua non para que se construam novos paradigmas e que se rompam com os antigos, inaptos a atender a sociedades cada vez mais plurais. (MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236).

9 “O utilitarismo tem sido a teoria ética dominante – e, inter alia, a teoria da justiça mais influente – há bem mais de um século.” (SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 84).

10 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461.

da Bioética e do Biodireito refletirem sobre uma ética filosófica que possa servir de alternativa aos excessos do utilitarismo.

Hipótese II – A abordagem sugerida para servir de alternativa ao ideário utilitarista, possivelmente frutífera, será a das capacidades e funcionamentos (capability approach¹¹), alinhada à ideia de desenvolvimento e de necessidade da quebra de paradigmas. Ora, desenvolvimento não se restringe à esfera econômica, ao contrário, compreende também a social, a cultural e a política, atrelando-se às liberdades substantivas dos indivíduos de realizar plenamente seus direitos, dentre estes, a saúde¹². O modelo baseia-se nos funcionamentos – que refletem as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter (ser nutrido, livre de doenças evitáveis, atividades, respeito próprio etc.) – e nas capacidades – liberdades substantivas de realizar combinações de funcionamentos. Ademais, na visão do capability approach, ao se falar em saúde, não se pode fazê-lo de maneira restrita, referindo-se apenas ao fornecimento de atendimento, medicamentos, relação profissional e paciente, estruturação em termos de hospitais, quantidade e formação de profissionais ou novas técnicas voltadas à saúde e à vida. É preciso ir além e verificar que a carência de outros bens tem relação estreita com a saúde, como as situações de pobreza e exclusão, desemprego, falta de instrução, abandono.

Importante salientar que não se tem o intuito de criar um arquétipo para a concretização da igualdade e da liberdade, tal desiderato seria deveras utópico. Contudo, a Bioética, juntamente com Biodireito, com base na teoria de Sen, provavelmente, se revestiria de um contorno mais crítico e reflexivo, na busca da avaliação das políticas públicas voltadas à saúde, para que se criem caminhos de efetivação deste direito.

Contudo, ao argumento de que não se podem buscar teorias igualitaristas-liberais para definição de políticas públicas em saúde, em virtude de ser necessária a sobreposição do coletivo sobre o individual, além de, em muitas situações, o Estado não possuir recursos suficientes para disponibilização de todos os bens e serviços aos sujeitos sociais, responde-se que existem circunstâncias particulares que devem ser tratadas fora da vertente utilitarista, especialmente quando o pensamento coletivo não é razoável, a exemplo do caso da internação compulsória de pessoas viciadas em entorpecentes na cidade de São Paulo, mais especificamente, na conhecida “Cracolândia”, em junho de 2017, em que pessoas começaram a ser levadas para centros de internação pela polícia, sem nenhuma triagem feita por profissionais da saúde. Tendo a situação sido submetida à justiça, a decisão foi acertada no sentido de se impedir tal prática¹³.

Outra situação que chama a atenção é a campanha de vacinação contra febre amarela lançada no País no início de 2018. Consiste na típica ação de cunho utilitarista, que leva em consideração somente a generalidade. Veja-se. Existe um protocolo do Ministério da saúde que prevê que os idosos a partir de 60 (sessenta) anos precisam procurar um médico antes de se vacinarem e, caso seja mesmo necessária a imunização, devem se dirigir ao posto de saúde munidos do relatório médico com a devida indicação. Contudo, a Secretaria da Saúde de Belo Horizonte alterou essa orientação, de forma que a indicação para imunização de pessoas com mais de 60 anos poderia ser avaliada nos postos de saúde antes da vacinação¹⁴. Mas será que os profissionais dos postos de saúde estão aptos a avaliar os idosos? Há sempre um médico disponível nos postos para avaliar as condições de saúde destas pessoas?

11 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461.

12 O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. (SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461).

13 CISCATI, R.; BUSCATO, M. “Cracolândia: internar à força resolve?” *Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/check-up/noticia/2017/06/cracolandia-internar-forca-resolve.html>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

14 G1. “Secretaria Municipal de Saúde de BH muda orientação para vacinação de idosos contra febre amarela: a partir de agora, eles serão avaliados por profissional no posto de saúde”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/secretaria-municipal-de-saude-de-bh-muda-orientacao-para-vacinacao-de-idosos-contra-febre-amarela.ghtml>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Estes exemplos são bastante elucidativos para que se pense em um modelo mais coerente para direcionar as políticas públicas em saúde no Brasil.

Não se trata, assim, de uma proposta de base para a Bioética e ao Biodireito que seja pautada na liberdade do indivíduo de usar drogas se quiser, sem que o Estado possa interferir, ou de um indivíduo potencialmente contaminador de algum vírus ou bactéria recusar tratamento (e, por consequência, colocar toda uma comunidade em risco). Vislumbra-se, outrossim, a possibilidade já colocada por Dworkin¹⁵ da conciliação das liberdades individuais com o interesse coletivo.

Desta forma, é preciso refletir sobre um modelo alternativo às ações utilitaristas, naqueles casos particulares que envolvem a liberdade e a dignidade e que não é razoável pensar somente no coletivo. E mais, que abarcam a responsabilidade do Estado em propiciar o acesso aos bens relativos à saúde a toda a população. É neste viés que, inclusive, acredita-se que o Direito (Biodireito) assume um papel reconstrução em meio a uma sociedade complexa e plural, em especial, no que se refere à saúde pública. Os julgadores, inclusive, devem estar atentos a estas circunstâncias, em especial, para não incorrerem em decisões de cunho utilitarista, que podem convergir em lesão à dignidade humana.

Hipótese III – Para que a presente proposta, fundada no capability approach, seja bem sucedida, é preciso que seja pautada em duas circunstâncias. Inicialmente, seria adequado que a Bioética Social se firmasse como um só corpo, a partir da reunião dos consensos mínimos já trazidos pelas seis escolas brasileiras já apontadas (a proteção dos mais frágeis e o papel do Estado e da sociedade civil nesse processo; o respeito à dignidade da pessoa humana; a pluralidade moral; uma bioética traduzida para a realidade de países periféricos e da América Latina¹⁶), em alinhamento com as ideias do capability approach. A partir disso, há de se pensar em Bioética Social e Biodireito como sistemas que se relacionam por meio da transdisciplinaridade, tratam de situações comuns, que envolvem a vida e a saúde. Portanto, devem trabalhar juntos, a Bioética, no estabelecimento de códigos éticos e o Biodireito, na criação de códigos normativos. São áreas do conhecimento que correspondem a sistemas que cooperam entre si.

Observe-se que todo este pensamento alinha-se com a ideia de uma ética filosófica focada no equilíbrio entre a necessidade de provisão social do indivíduo em situações de exclusão e o respeito às liberdades substantivas. E este é o cenário sugerido pelo capability approach.

O objetivo geral da pesquisa é analisar se os fundamentos epistemológicos inerentes às capacidades e funcionamentos (capability approach) são viáveis para a redefinição teórica da Bioética em moldes comuns com o Direito, como alternativas às posturas de fundo utilitarista, típicas das sociais democracias que pautam a criação das políticas públicas no Brasil, de forma a pontuar mecanismos que possibilitem a efetivação do direito à saúde e, por consequência, levem ao pleno desenvolvimento dos sujeitos sociais.

São objetivos específicos da pesquisa: descrever os princípios e as noções históricas de formação da Bioética, desde o seu surgimento até a elaboração dos postulados da Bioética Social pelas escolas brasileiras; apontar os principais elementos teóricos que regem as seis escolas bioéticas brasileiras: Bioética da Reflexão Autônoma, Bioética da Proteção, Bioética da Teologia da Libertação, Bioética Feminista e Antirracista, Bioética de Intervenção, Bioética Crítica de Inspiração Feminista; identificar os traços históricos que levaram à criação do Biodireito, suas fontes e seus princípios norteadores; avaliar a Bioética e o Biodireito no cenário da teoria dos sistemas; verificar o conceito e o embasamento constitucional do direito à saúde; pesquisar o conceito e as nuances relativas à abordagem do capability approach (Armatya Sen) e sua aplicabilidade ao tema em tela, em alternativa ao modelo utilitarista adotado no cenário da escola da Bioética de Intervenção; reconhecer os aspectos teóricos do individualismo

15 DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 568.

16 Vale ressaltar que a terminologia país periférico era adequada aos anos 2000. Contudo, atualmente, deve-se compreender o cenário de aplicabilidade dos conceitos da Bioética Social àqueles países com problemas sociais e níveis de desigualdade que se assemelham aos da América Latina e ao Brasil.

ético de Ronald Dworkin como possíveis complementos ao ideário das liberdades substantivas (*capability approach*); identificar o conceito, as características e os aspectos positivos e negativos inerentes ao utilitarismo; pontuar as implicações relativas à ideia de “imaginação institucional” e sua relação com o estudo; reconhecer qual é o papel da sociedade civil no processo de definição e avaliação de políticas públicas em saúde.

A justificativa do estudo repousa na importância da concretização do direito à saúde no Brasil, em um cenário de intensa desigualdade e falta de acesso, pela parcela mais pobre da população. Este direito é o ponto de partida para o desenvolvimento humano em todas as suas esferas. Neste prisma, constata-se que a Bioética, assim como o Biodireito, são instrumentos de luta contra as desigualdades e a favor do desenvolvimento individual e social, possuindo papel essencial para o estabelecimento de reflexões, de códigos éticos e normativos, voltados à busca de soluções para as situações de exclusão, principalmente, em prol da saúde e, por consequência, às políticas públicas relacionadas a esse bem jurídico.

É essencial que se busquem elementos para uma reflexão filosófica que possa, ao menos, sinalizar eventuais soluções para o problema, ou seja, oferecer uma alternativa ao paradigma utilitarista defendido pela escola da Bioética de Intervenção e buscar respaldo em um ideário avaliatório que oriente a definição de políticas públicas efetivas neste contexto, propiciando, assim, igualdade e liberdade para todos e, por consequência, o pleno desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade. De acordo com Unger¹⁷ somente por meio de constantes e necessárias reflexões no âmbito da ciência e da filosofia é que se podem desenhar novos modelos de ética filosófica que sejam mais justos e que atendam a uma sociedade plural. É preciso perceber a importância da luta contra o fetichismo institucional e o estrutural, ou seja, contra as ideias que se apoiam em concepções já consagradas e estabelecidas e que denotam uma resistência à transformação das estruturas institucionais em sociedade.

A teoria de base a ser utilizada no estudo, com vistas à proposta de redefinição dos fundamentos epistemológicos da Bioética, do Biodireito e da Biopolítica em bases comuns é a chamada *capability approach*, trabalhada por Armatya Sen em três obras: *Desenvolvimento como liberdade* (2010); *A ideia de justiça* (2011); *Desigualdade reexaminada* (2012). Sua teoria, de fundo igualitário liberal, servirá de alicerce para esta pesquisa partindo-se da ideia de que o desenvolvimento não se dá somente na esfera econômica, mas também, nas dimensões sociais, culturais e políticas, só se efetivando quando os sujeitos sociais usufruem de suas liberdades substantivas, realizando plenamente todos os seus direitos e liberdades fundamentais, dentre estes, em especial, já que âmbito de estudo deste projeto, o direito à saúde. Inserido neste ideário também se encontra sua visão sobre igualdade, preceito que tem como alicerce a expansão das capacidades para realização de combinações de funcionamentos.

Em conjugação com a visão de Sen, a ideia de “imaginação institucional”, de Roberto Mangabeira Unger¹⁸, servirá como instrumento motivador para as reflexões deste estudo, bem como a ideia de conciliação das liberdades individuais com os interesses coletivos proposta por Dworkin¹⁹.

Ademais, em virtude da amplitude do tema, os referenciais que servirão como teoria de base e outros que se aplicam ao trabalho serão apresentados em função das três hipóteses levantadas, as quais podem ser testadas com os argumentos preliminares de revisão bibliográfica que serão apresentados no decorrer deste artigo.

Vale ainda ressaltar que para a realização da pesquisa, o método de abordagem eleito é o dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuances do tema, para então envolver as particularidades que se apoiarão na teoria de base proposta.

17 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236.

18 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236.

19 DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMFMartins Fontes, 2016, p. 568.

Em relação ao procedimento, dois métodos serão utilizados. Primeiramente, o histórico para que seja abordado o percurso de formação da Bioética, desde o seu surgimento até as construções da Bioética Social, bem como é exposta a trajetória do pensamento da ética filosófica utilitarista até chegar aos conceitos fundamentais que compõem a abordagem avaliatória das capacidades e funcionamentos. Tais elementos são fundamentais para se atingir os objetivos estipulados. Ademais, o estudo se vale do método comparativo, de grande valia para que se possa traçar o necessário paralelo entre as ideias do utilitarismo, do capability approach, da ideia de conciliação das liberdades individuais com o interesse coletivo na perspectiva do individualismo ético dworkiano e das noções inerentes à “imaginação institucional” como força motriz para a concretização do que se propõe. Este passo é necessário para a devida afirmação da viabilidade da teoria de base definida.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada (revistas científicas especializadas, livros, entrevistas, teses etc.) com o intuito de favorecer a avaliação do tema a partir de um novo prisma, propiciando conclusões inovadoras.

2 DA NECESSIDADE DA QUEBRA DO PARADIGMA UTILITARISTA

Inicialmente, há de se apontar a constante necessidade de transformação dos paradigmas que permeiam a filosofia e as ciências. Não há como viver eternamente sob o lastro de posições tidas como prontas e intangíveis. Unger²⁰, neste sentido, alega uma necessidade de esvaziamento, “o espaço vazio deve ser preenchido por ideias de acordo com a nossa necessidade e por ações de acordo com nossa capacidade”. E acrescenta que a chave para a investigação científica é o que ele entende por oportunidade transformadora: “a inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas não é para a ciência, uma conjectura metafísica; é um pressuposto operativo indispensável²¹”. Em alinhamento com o ideário de Unger, pontua-se que o direito à saúde é essencial para que o ser humano possa, repita-se, se desenvolver em todas as esferas da vida em sociedade, inclusive atuando como agente transformador de sua própria realidade.

E é exatamente neste prisma que as seis escolas da Bioética brasileira – de cunho social – foram desenvolvidas, uma delas, a de Intervenção, de postura reconhecidamente utilitarista consequencialista²².

Levando-se em conta as essenciais contribuições trazidas por esta escola, em conjunto com as outras cinco, há de se apontar uma proposta alternativa à bioética fundada no utilitarismo.

Importantes filósofos contemporâneos têm refutado a abordagem utilitarista. Dworkin²³, por exemplo, entende que no utilitarismo “tratamos todas as pessoas como iguais, valorizando igualmente o prazer de cada um (ou sua felicidade, ou seu bem-estar, ou seu sucesso) ao escolher políticas que aumentem o agregado de prazer na

20 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 158.

21 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 11.

22 A base informacional do utilitarismo tradicional é o somatório das utilidades dos estados de coisas. Na forma clássica do utilitarismo, a “utilidade” de uma pessoa é representada por alguma medida de seu prazer ou felicidade. A ideia é prestar atenção no bem-estar de cada pessoa e em particular considerar o bem estar uma característica essencialmente mental, ou seja, considerar o prazer ou felicidade gerada. Consequencialismo, é um dos componentes do utilitarismo, é um termo nada simpático, segundo o qual todas as escolhas (de ações, regras, instituições etc.) devem ser julgadas por suas consequências, ou seja, pelos resultados que geram. Na verdade, o enfoque vai além de exigir apenas a sensibilidade para as consequências, pois determina que, em última análise, nada a não ser as consequências pode ter importância. (SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 84).

23 DWORKIN, R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 541-542.

comunidade como um todo". E acrescenta que a consideração a um grupo grande de pessoas é diferente de se considerar seus membros individualmente.

No mesmo sentido, Sen²⁴ tece algumas considerações em termos de desvantagens da concepção utilitarista, abordando três aspectos: a) a indiferença distributiva, já que importa somente a soma total no que tange a distribuição da felicidade, ou seja, não leva em consideração o quanto a distribuição possa ser desigual; b) o descaso com os direitos, liberdades e outras considerações desvinculadas da utilidade, visto que estes elementos são valorizados somente de forma indireta e na medida do seu grau de influência às utilidades; c) adaptação e condicionamento mental, ou seja, a visão que o utilitarista possui acerca do bem-estar individual é frágil porque influenciável por condicionamentos mentais e atitudes adaptativas. Para o utilitarista, a transformação de paradigma só ocorre a partir do momento em que há reivindicações por um determinado segmento.

A título de exemplo deste terceiro aspecto, tome-se o caso de mulheres que recebam uma remuneração menor do que homens em uma mesma função laboral, mas que não lutam por uma equiparação salarial. A inércia neste sentido poderia ser explicada por uma condição cultural (condicionamento mental) absorvida pelas mulheres no sentido de que são inferiores aos homens e este fato justificaria sua posição inerente ao trabalho. Por mais que, no íntimo, tenham o desejo de igualdade, adaptam-se a tal condição e se tornam acomodadas à sua realidade. Desta forma, mantém-se a situação porque não há reivindicação. Neste particular, cabe explicitar que "a medida mental do prazer ou do desejo é maleável demais para constituir-se em um guia confiável para a privação e a desvantagem²⁵".

Diante de tais pontuações, observa-se a insuficiência da vertente utilitarista para atender às mais diversificadas necessidades da vida. É preciso repensar novos caminhos, que sejam alternativos aptos a concretizar, de fato, o direito à saúde de forma plena.

3. DA ABORDAGEM DAS CAPACIDADES E FUNCIONAMENTOS

De forma a reafirmar a viabilidade dos seus fundamentos para a concretização da presente proposta de estudo, cabe um maior detalhamento acerca da teoria de Armatya Sen, no que tange à abordagem de ética filosófica denominada *capability approach* – capacidades e funcionamentos.

Os funcionamentos (cujo conceito possui suas raízes na obra de Aristóteles) designam as diversas coisas que os indivíduos podem considerar como valioso ter ou fazer (ser nutrido, livre de doenças evitáveis, atividades, respeito próprio etc.). As capacidades por sua vez, são as liberdades substantivas de realizar combinações de funcionamentos, ou seja, liberdades para ter estilos de vida diferentes²⁶.

Importante colocar outros aspectos da teoria de Sen²⁷ acerca do *capability approach* que se alinham com esta proposta. Entre eles, o conceito de discussão pública, com vistas ao ajuste e a correção do comportamento no que tange ao que foi acordado com as instituições sociais, bem como para o próprio estabelecimento das políticas públicas em saúde. Este é um elemento que se entrelaça com a noção de imaginação institucional/experimentalismo democrático de Unger, cuja crença é a de que para se criar futuros alternativos para a sociedade, deve-se ser capaz de imaginá-los e discuti-los, a partir da prática do debate público, numa democracia²⁸. Neste contexto, tanto Unger como Sen defendem o papel ativo da sociedade civil no processo, devidamente

24 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461.

25 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 89.

26 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 89.

27 SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 492.

28 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236.

alinhada à ideia de gestão local²⁹, instrumento de aproximação dos sujeitos sociais às políticas públicas.

Visualizando alternativas para o fortalecimento da sociedade civil, Unger³⁰ propõe a sua organização com fundamento em vizinhança, trabalho ou preocupações e responsabilidades compartilhadas, bem como a criação de normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência estatal. O intuito de tal arranjo é o de fomentar o debate acerca das necessidades das comunidades locais em termos de políticas públicas de saúde. É importante propiciar a aproximação entre tais esferas de sociedade civil organizada e os conselhos gestores de saúde dos municípios, de forma a forçar uma maior transparência e uma atuação mais dinâmica no setor da saúde. O autor aponta, também, o essencial papel do direito na construção de novos paradigmas, unindo as condições de progresso material e emancipação individual. Imagina a reflexão jurídica como o fio condutor dessa proposta, desde que desgarrada do que ele chama de fetichismo institucional, ou seja, na crença em concepções institucionais abstratas como uma expressão institucional única, natural e necessária.

Ainda neste cenário, Boaventura³¹ reforça esta ideia quando defende que cabe ao Direito o papel de gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices advindos da modernidade ocidental. Trata-se da crise paradigmática inerente ao Direito, que se coloca entre regulação e emancipação.

Tal ideia se alinha à necessidade de se repensar um modelo de filosofia ética que venha a fortalecer a aplicabilidade da Bioética e do Biodireito. Ademais, a visão de responsabilidade do poder efetivo é aspecto relevante. Consiste no argumento de que “se alguém tem o poder de fazer a diferença na redução da injustiça no mundo, então há um forte e fundamentado argumento para que faça exatamente isso³²”. Em outras palavras, quando se tem consciência dessa responsabilidade em virtude do poder efetivo, é possível ajudar na promoção da liberdade de todos em uma sociedade.

É a partir desses aspectos que se pode chegar a um modelo epistemológico mais coerente com a realidade social de países diferentes, em termos de concretização do direito à saúde, trazendo perspectivas para políticas públicas adequadas direcionadas a solução de várias situações de exclusão diretamente relacionadas com esse direito, como racismo, desigualdades de gênero, fome, miséria, drogas, abandono. Trata-se de um alicerce coerente para unir a Bioética e o Biodireito, no sentido de se propiciar o desenvolvimento social e individual por meio da ideia de expansão das liberdades humanas. Em suma, conforme ensina Sen³³, a análise inserida no capability approach pode contribuir para: avaliar o bem-estar dos sujeitos sociais; para a definição de novas políticas; para avaliar o comprometimento das instituições sociais na busca da justiça social.

Em se tratando de justiça social, o desafio de se definir um modelo de igualdade não está fundado apenas na constatação da carência de necessidades básicas, mas do não uso ou do uso indevido das capacidades para concretizar tais funcionamentos. No que tange a este tópico, Sen³⁴ explora, em especial, as formas de analisar os arranjos sociais, confrontando a noção de igualdade com dois tipos de diversidade: a) a heterogeneidade dos seres humanos e b) a multiplicidade de variáveis em relação às quais se avalia a igualdade. Não há como se analisar as demandas por igualdade desconsiderando a diversidade, sob pena de tal avaliação resultar distorcida da realidade. Melhor dizendo, o autor considera as avaliações sobre igualdade/desigualdade

29 SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461.

30 MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236.

31 DE SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. Cortez, São Paulo, 2002, p. 415.

32 SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 305.

33 SEN, A. *Desigualdade reexaminada*. Editora Record, Rio de Janeiro, 2012, p. 50-52.

34 SEN, A. *Desigualdade reexaminada*. Editora Record, Rio de Janeiro, 2012, p. 301.

no cenário de pluralidade e diversidade nas sociedades contemporâneas, sem, contudo, defender a exigência de igualdade de capacidades³⁵.

Reforçando este entendimento, acrescente-se que a abordagem do capability approach pode e, muito provavelmente, precisa ser complementada por outras teorias ou percepções sociais, como diferenças de classes, raça, gênero, sexualidade, deficiência, dentre outros. Ademais, embora Sen³⁶ visualize um cenário de igualdade fundado na importância das liberdades substantivas, defende, também, uma intervenção estatal aos necessitados (incapacitados), por meio do oferecimento de serviços sociais gratuitos ou subsidiados, como forma de compensação na ocorrência da impossibilidade de se extirpar as diferenças relativas ao bem-estar decorrentes das circunstâncias e das capacidades físicas dos indivíduos. Isso tem uma razão. Por mais que se defenda a igualdade em determinado espaço específico, haverá desigualdade em outros espaços.

A partir deste diagnóstico, fundado nas diversidades e nos vários aspectos que venham a compor o bem-estar das pessoas, devem-se avaliar, construir e reconstruir as políticas públicas. Acrescente-se neste contexto, mais uma vez, a importância do modelo de Sen para nortear as reflexões da Bioética e do Biodireito no campo da saúde pública no Brasil, como uma alternativa à práticas de fundo utilitarista em situações particulares, em que se colocam em evidência o conflito entre o coletivo e o individual, em especial, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana.

Reforce-se que a ideia não converge para o reforço das liberdades humanas quanto a fazer ou deixar de fazer o que melhor lhes aprouver, em termos de saúde. Não se tem o intuito de fazer uso de uma ética liberalista no sentido de não interferir na liberdade de o indivíduo de fumar, de usar alimentos cancerígenos, de usar drogas, entre outros, que podem ou não atingir outros membros sociais. Não se pretende colocar as liberdades individuais acima do coletivo.

Como bem coloca Dworkin³⁷:

A liberdade não é a liberdade de fazer o que se quer a qualquer preço, mas de fazer o que se quer respeitando os verdadeiros direitos do próximo. É preciso fundamentar a comunidade, não no obscurecimento ou na diluição da liberdade e da responsabilidade individuais, contudo, no respeito compartilhado e concreto por tal liberdade e responsabilidade.

O esforço deste trabalho conjuga-se com a necessidade de se pensar em uma Ética, um Direito e um Estado que se esforce na disponibilização dos bens mais básicos do ser humano, na maior proporção possível, na medida, é claro, do que os recursos permitam. Toda ação de liberdade que invada a mesma esfera de outro sujeito social precisa e deve sofrer interferência do Estado, só assim se pode viver e conviver em sociedade.

Conforme pontuam Lemos e Pinto³⁸, ao tratarem sobre o embate entre as liberdades individuais e os interesses coletivos, sob a perspectiva do individualismo ético de Dworkin, pensamento que vem complementar e reforçar a presente proposta:

Assim sendo, mesclando tais preceitos com aqueles propostos por Ronald Dworkin ao dissertar sobre o individualismo ético, os quais indicam uma preocupação tanto com a vida própria quanto com a vida de toda a coletividade, e aqueles apresentados por Will Kymlicka ao falar em direitos diferenciados em razão de grupo, os quais permitem uma diferenciação no tratamento daqueles indivíduos que, em função de seu grupo, se veem em situação de vulnerabilidade, se tem um sistema em que a liberdade individual e os interesses coletivos estão totalmente protegidos. Tal aproximação, mormente deste ponto de vista, faz com que seja possível

35 SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 381.

36 SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p. 492.

37 DWORKIN, R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 331.

38 JOSÉ RODRIGUES LEMOS, F.; NEVES PINTO, G. "Uma abordagem compreensiva do individualismo". *Quaestio Iuris*. v.09, n. 01, Rio de Janeiro, 2016, p. 305-306.

haver uma concepção ética que, atenta à raiz do pensamento individualista, também se preocupa com o interesse coletivo – sem que haja conflito entre os bens protegidos.

Note-se que a conjugação dos ideários de Dworkin e Sen pode ser bastante frutífera para os objetivos aqui estabelecidos, quando se trata de uma ética alternativa ao utilitarismo, já que ambos os estudiosos, inclusive, são contrários ao consequencialismo.

4. BIOÉTICA SOCIAL E BIODIREITO: A NECESSÁRIA TRANSDISCIPLINARIDADE FUNDADA NO *CAPABILITY APPROACH*

No que concerne à Hipótese III, antes que se trate mais proximamente dos argumentos a ela relativos, vale expor um breve histórico de formação da Bioética e do Biodireito.

O termo Bioética foi proposto no início dos anos setenta, mais especificamente em 1971, pelo cancerologista Potter Van Rensselaer. Para ele, o objetivo da disciplina era o de ajudar a humanidade a racionalizar o processo da evolução biológico-cultural. Paralelamente, o fisiologista holandês Andre Hellegers relacionou a Bioética com a ética das ciências biológicas e da medicina, adotando, assim, um sentido mais amplo. O fato é que ambos se preocupavam em buscar formas de avaliar os avanços nas ciências biológicas e humanizar seus efeitos, em um cenário de inquietações científicas decorrentes das inovações, que teve início desde o início dos anos cinquenta, mais precisamente, desde os experimentos dos médicos nazistas³⁹.

Neste contexto, Garrafa e Porto⁴⁰ reforçam a relação entre o surgimento da Bioética e o Tribunal de Nuremberg, que foi criado com o intuito de averiguar e julgar os crimes contra a humanidade praticados pelo governo alemão durante o nazismo. Desta forma, para os autores, a área dos Direitos Humanos é, de maneira manifesta, o berço da Bioética. Desde então, a Bioética vem acompanhando a intensa evolução biotecnológica, com o intuito de harmonizar o progresso científico com a dignidade humana diante, dentre outros exemplos, das técnicas de reprodução humana assistida, do mapeamento do genoma, dos transplantes, da engenharia genética, da clonagem e, mais recentemente, da nanotecnologia.

Conceituada por Barchifontaine e Pessini⁴¹ como “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais (...)”, é uma área do conhecimento que se baseia em princípios específicos.

Tais princípios foram estabelecidos no Relatório Belmont, que foi o resultado dos trabalhos realizados em 1978 pela Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa bioética e comportamental, no intuito de atender às exigências da comunidade científica e da sociedade para que se traçassem princípios éticos orientadores das pesquisas e da aplicação dos recursos públicos destinados para tal. São eles: beneficência, autonomia e justiça⁴².

O princípio da beneficência, segundo Séguin⁴³, tem suas origens no juramento hipocrático, na antiguidade clássica e preceitua que o médico deve atentar-se ao bem-estar dos pacientes, não provocando danos e minimizando os riscos. Barreto⁴⁴ acrescenta que a ideia insculpida neste princípio é o de que o médico deve empreender todos os

39 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

40 GARRAFA, V.; PORTO, D. “A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras”. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, supl. 1, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000700002>. Acesso em: 20 jan. 2017.

41 DE PAUL BARCHIFONTAINE, C.; PESSINI, L. *Bioética: alguns desafios*. Edições Loyola, São Paulo, 2001.

42 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

43 SÉGUIN, E. *Biodireito*. 4. ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 355.

44 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

esforços possíveis para preservar a vida do paciente, ainda contra a vontade deste último.

O princípio da autonomia foi construído no seio da concepção liberal de raízes kantianas, aborda o respeito à autodeterminação inerente ao paciente, ou seja, ao seu direito de decidir sobre determinado tratamento⁴⁵.

Por fim, o princípio da justiça refere-se à garantia de uma distribuição imparcial, ou seja, justa e equitativa, no que tange aos serviços de saúde. As origens deste princípio encontram-se no cenário da crise do estado liberal clássico, “quando o processo de democratização dessa forma de organização política passa a considerar a sociedade e o Estado como tendo a obrigação de garantir a todos os cidadãos o direito à saúde⁴⁶”.

Barreto⁴⁷ ensina que a Bioética acabou por exigir a atuação simultânea do Direito, por meio de normas próprias e diferenciadas, voltadas aos problemas bioéticos. Neste processo de passagem da bioética para o direito – ou biodireito - o Estado possui papel fulcral tanto na perspectiva da bioética como na do biodireito, seja como agente implementador de novas tecnologias ou como legitimador do exercício da medicina, por meio das normas jurídicas.

A primeira constatação que se faz face à intervenção do Estado é a de que se tornou necessário fazer com que a ação do poder público não seja conivente com ações consideradas violadoras da moralidade. [...]o direito deve procurar na argumentação moral os fundamentos para normas que controlem, em função do respeito ao princípio constitucional, as novas relações sociais surgidas no seio da civilização tecnocientífica da contemporaneidade.

Arnaud⁴⁸ entende que o Biodireito é o ramo jurídico que cuida da teoria, das leis e da jurisprudência relativas à conduta humana, frente aos avanços da Medicina, da Biologia e da Biotecnologia. Importante ressaltar que o termo “biodireito” foi alvo críticas por muitos autores, na medida em que levava a um significado ambíguo, com uma noção do Direito restrita à proteção da vida (bios), levando a um entendimento equivocado que existiria um Direito que não protegeria este bem jurídico. O fato é que o Direito tem por objeto, sempre, a vida humana, em virtude de ser o homem a sua razão de existir⁴⁹.

Três são os campos principais envolvidos pela Bioética e pelo Biodireito, reconhecidos por Barreto⁵⁰: “A) nascimento, desenvolvimento e transformação da vida; B) as relações humanas intersubjetivas e a relação saúde-doença; C) as relações intersubjetivas e as relações da pessoa humana com o meio ambiente”. Ressaltando que este projeto de pesquisa insere-se no campo descrito como relações humanas intersubjetivas e a relação saúde-doença.

Há de se enfatizar que o trânsito da bioética para o novo ramo jurídico também se deu em âmbito internacional, em especial, por meio da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos⁵¹, documento que situou a Bioética, definitivamente, na seara dos direitos humanos⁵². E a propósito dos direitos humanos, o direito à integridade do próprio patrimônio genético emerge como quarta dimensão de direitos, conforme

45 SÉGUIN, E. *Biodireito*. 4. ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 355.

46 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 307.

47 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 307-308.

48 JEAN ARNAUD, A. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

49 MARIA LEAL DE MEIRELLES, J. “Bioética e biodireito”, em VV.AA. (HELENA BARBOZA, H.; DE PAULO BARRETO coord.), *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85-97.

50 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 305.

51 UNESCO. Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 01 jun 2017.

52 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

ensina Bobbio⁵³. Importa frisar, entretanto, que os desafios que se colocam à Bioética e ao Biodireito não se resumem no âmbito dos direitos individuais. Na verdade, ultrapassam as relações médico-paciente, adentrando dimensões sociais, de caráter moral e político. É o que entende Séguin⁵⁴:

O Biodireito como ciência disciplina as relações médico-paciente, médico-família, médico-sociedade e médico-instituições, e os diversos aspectos jurídicos que surgem dentro, fora e por causa destes relacionamentos, introduzindo a noção de saúde moral à saúde física e à saúde mental.

O Biodireito, cuja fonte direta, portanto, é a Bioética, relaciona-se muito proximamente com certas áreas específicas do Direito: o Direito Constitucional, o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Ambiental. Por esta razão, ainda persiste alguma discussão acerca da real necessidade da delimitação dessa nova área e um questionamento se as regras existentes nos ordenamentos tradicionais não seriam suficientes para dirimir os conflitos entre homem e ciência⁵⁵.

A realidade é que os referidos institutos tradicionais não têm conseguido resolver as questões atuais, há uma carência legislativa e muitas das normas já existentes são cheias de imprecisões, a ponto de se argumentar se protegem ou desprotegem as inusitadas situações que emergem dia após dia. É por isso, conforme explica Parise⁵⁶, que a defesa pela consolidação do Biodireito como ramo autônomo do Direito veio sendo trabalhada pelos estudiosos da ciência jurídica. A propósito disso, importa ressaltar que este novo direito possui princípios próprios e jurisprudência vasta, o que lhe confere a autonomia necessária para despontar como um ramo jurídico. Além disso, é uma área que também se apoia em princípios, conforme elenca Séguin⁵⁷: dignidade da pessoa humana; legalidade; consentimento livre e informado; cooperação científica entre países; sigilo e privacidade. Todos estes princípios tem por escopo propiciar que todas as inovações biotecnológicas e políticas públicas voltadas à saúde e à vida humana sejam concretizadas de maneira equânime a toda a sociedade.

Este é o momento propício, inclusive, para ressaltar a transdisciplinaridade existente entre Bioética e Biodireito, o que os caracteriza como sistemas autopoieticos que permitem a cooperação entre estas duas áreas do conhecimento. Neste prisma, Bioética e Biodireito se entrelaçam. A Bioética segue como fonte do Biodireito. E este, no intuito de construir legislações adequadas aos enfrentamentos, estará aberto à Bioética para obter as necessárias respostas.

Segundo Luhmann⁵⁸ “os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não apenas as suas estruturas, senão também os elementos dos quais estão constituídos – no emaranhado desses mesmos elementos”.

Ainda acerca da teoria sistêmica, Liedke⁵⁹ explica que:

A teoria sistêmica empregada ao Direito possibilita a formulação de normas jurídicas com maior funcionalidade e efetividade, pois ao criar a regulamentação haverá um estudo inicial do ser humano, inserido em sei meio, ou seja, do sistema como um todo, buscando respostas em outras áreas do conhecimento e retornando ao sistema para produzir e organizar uma legislação própria.

53 BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

54 SÉGUIN, E. *Biodireito*. 4. ed. rev. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 63.

55 SPAGNOLO PARISE, P. “O que é Biodireito”. *Revista Objetiva*. Rio Verde, 2007, p. 33-38.

56 SPAGNOLO PARISE, P. “O que é Biodireito”. *Revista Objetiva*. Rio Verde, 2007, p. 33-38.

57 SÉGUIN, E. *Biodireito*. 4. ed. rev. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 63.

58 LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Mexico: Herder, 2007, p. 43.

59 SOUZA LIEDKE, M. *A bioética e o biodireito enquanto sistemas autopoieticos*. JURIS, Rio Grande, v. 14, 2009, p. 116.

Abre-se aqui um parêntese para pontuar que a teoria sistêmica no âmbito das Ciências Sociais foi trabalhada por Niklas Luhmann e, em especial na esfera do Direito, por Gunther Teubner. Folloni e Cabrera⁶⁰ ensinam que:

Essa teoria, ao compreender a sociedade como um ambiente formado por vários sistemas complexos e ao mesmo tempo interligados e autônomos, simultaneamente fechados e abertos, percebe o direito enquanto um desses sistemas. O que diferencia o direito do seu ambiente é o código de comunicação com o qual trabalha - o binário lícito/ilícito.

Ademais, Faria⁶¹ pontua que o Direito não é determinado por fatores externos, mas sim por ele mesmo. A autopoiese é sustentada por Teubner como facilitadora de uma compreensão do sistema jurídico porquanto sistema autônomo, mas que usufrui de relação de dependência, independência e interdependência em relação a outros sistemas.

Veja-se, assim, a importância da teoria dos sistemas para a construção e reconstrução do direito, ou seja, para a criação de normas, decisões, interpretações aptas a interagir com seu ambiente, com o intuito de concretizar os objetivos da Constituição Federal. No âmbito do direito à saúde, deve, portanto, fazer-se valer a interdisciplinaridade entre Bioética e Biodireito. Pois bem, vistos estes traços introdutórios de formação da Bioética e do Biodireito, bem como sua relação de proximidade e cooperação, cabe prosseguir com o cenário de incorporação da Bioética na realidade brasileira.

No Brasil a bioética surgiu de maneira tardia, somente sendo incorporada, formalmente, nos anos 90. Há de se ressaltar a importância que a VIII conferência nacional de saúde teve neste processo. Realizada em 1986, em Brasília, foi responsável pela construção de um modelo para a saúde no País, que influenciou o texto da constituição de 1988, dando origem ao sistema único de saúde (SUS), programa que envolveu a saúde de forma mais ampla, levando em conta os fatores sociais, ambientais e econômicos na discussão da relação existente entre saúde e doença. Além disso, há de se enfatizar, também, a importância da declaração universal sobre a bioética e direitos humanos da Unesco, homologada em 2005, que incluiu as questões sanitárias e sociais, de forma a atribuir aos governos e a todos os setores da sociedade, a promoção da saúde e do desenvolvimento social⁶². Surgem, assim, os primeiros desenhos do que seria chamado de bioética social.

Inicia-se o processo de desenvolvimento das escolas da Bioética brasileiras, a partir da preocupação em se formular teorias condizentes com a realidade do Brasil, dos países da América Latina e dos periféricos, no intuito de consolidar essa vertente social no cenário internacional.

As seis escolas, apresentadas a seguir, conforme explicam Oliveira, Villapouca e Barroso⁶³, alicerçam-se em elementos comuns: a proteção dos mais frágeis e o papel do Estado e da sociedade civil nesse processo; o respeito à dignidade da pessoa humana; a pluralidade moral; uma bioética traduzida para a realidade de países em condições de baixo acesso à saúde pública.

A primeira delas, a Escola da Bioética da Reflexão Autônoma, representada por Marco Segre e Cláudio Cohen⁶⁴, parte da ideia de autonomia do sujeito como diretriz para a compreensão e a resolução de eventuais conflitos éticos no campo da medicina e, também, da biotecnologia. Para esses bioeticistas, a condição ética é autônoma porque parte da percepção individual do conflito, baseado na emoção e na razão. Neste cenário,

60 FOLLONI, A; GIRONDA CABRERA, M. "Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Teubner". *Universitas JUS*, Brasília, v. 26, n. 2, 2015, p. 74.

61 FARIA, Geralda Magella. "O direito como sistema autopoietico na evolução jurídica da matriz teórica de Gunther Teubner". *Amicus Curiae*, UNESC, v. 7, n. 7, 2010, p. 1-19.

62 GARRAFA, V; PORTO, D. "A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras". *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, 2011, p. 722. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000700002>. Acesso em: 20 jan. 2017.

63 ALBUQUERQUE SILVA DE OLIVEIRA, A; CALAZANS VILLAPOUCA, K.; BARROSO, W. "Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da teoria de Thomas Khun". *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 1, n. 4, 2005, p.363-385.

64 SEGRE, M.; COHEN, C. *Bioética*. 2. ed. Edusp, São Paulo, 1999.

o sujeito constrói sua norma de forma lógica. O ponto central é o posicionamento individual perante os conflitos éticos, considerando que cada sujeito, com suas peculiaridades, adotará um posicionamento diante das questões bioéticas. Há de se enfatizar, também, que o princípio fundamental da ética é o respeito ao ser humano, este um ser autônomo e apto a atuar socialmente, ou seja, no âmbito da relação entre a ética pessoal e a social, devem-se considerar as emanações éticas de cada sujeito, para ajustá-las à necessidade de coexistência humana. Em suma, por meio da autonomia o indivíduo pode se libertar das amarras do que lhe é imposto como algo moral ou ético e refletir, por si mesmo, sobre as diversas situações.

A Escola da Bioética de Intervenção⁶⁵, de cunho utilitarista consequencialista, repousa sobre uma teoria voltada à realidade social e econômica do Brasil, bem como os problemas nas áreas da saúde e da biotecnologia inseridas neste cenário. Para tanto, Volney Garrafa e Dora Porto definem, preliminarmente, a noção de bioética das situações emergentes (conflitos advindos do desenvolvimento tecnológico) e bioética das situações persistentes (questões que persistem nos debates éticos, como aborto, eutanásia, alocação de recursos sanitários, discriminação e exclusão). A Bioética da Intervenção abarca as situações persistentes, voltando-se para uma visão crítica e a uma postura de intervenção direta na realidade, enfatizando a responsabilidade do Estado neste processo. A partir da constatação teórica do principalismo para lidar com macro-problemas, propõe o aprofundamento do estudo das questões sanitárias e sociais pela bioética, condizentes com a realidade própria dos países periféricos e, em especial, do Brasil.

A terceira delas, denominada Escola da Bioética da Proteção, foi construída por Fermin Roland Schramm e Miguel Kottow⁶⁶ fundando-se, também, em ideias utilitaristas/welfaristas. Partindo do pressuposto de que a saúde é fator essencial para a qualidade de vida e para o desenvolvimento das potencialidades pessoais, desenvolve sua teoria sob a ótica da responsabilidade pública, fundando-se na proteção aos necessitados, além de proteger a integridade física e patrimonial de seus cidadãos e de garantir a todos a qualidade de vida, o respeito aos seus direitos fundamentais e à autonomia individual. A proposta volta-se, também, para a necessidade de se analisar e solucionar os dilemas na área da saúde pública.

Márcio Fabris dos Anjos⁶⁷ desenvolveu a Escola da Bioética da Teologia da Libertação, cuja tese principal repousa na existência de uma mística que permeia a Bioética, ou seja, os ideais, projeções utópicas e esperanças dos teóricos que sustentam esta área do conhecimento. Percebe, assim, o enlace da teologia com a bioética, da religião com a ciência, no sentido de se realizar um intercâmbio de ideias em prol de uma sociedade mais justa e solidária, contra os discursos fechados, em prol da libertação diante das desigualdades. Para o autor, a utilização do poder de Deus ou do discurso religioso em Bioética é essencial para a percepção e a compreensão das desigualdades, a partir das vozes dos pobres, sujeitos que se encontram em posição de maior vulnerabilidade na sociedade. Este cenário relaciona-se com a dimensão macrosocial da Bioética, ou seja, com questões que envolvem os organismos políticos e os recursos da área da saúde.

A Escola da Bioética Feminista e Antirracista tem por representante a bioeticista Fátima Oliveira⁶⁸. A ênfase da escola é na necessidade de uma tomada de posição, assim como ações concretas, no sentido de se extirpar a discriminação racial e de gênero no País. Este papel é, também, da Bioética. Para a autora, as mulheres e os negros são

65 GARRAFA, V; PORTO, D. "A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras". *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, 2011, p. 722. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000700002>. Acesso em: 20 jan. 2017.

66 ROLAND SCHRAMM F. "Proteger os vulnerados e não intervir aonde não se deve". *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 3, n. 3, 2007, p. 401-413.

67 FABRI ANJOS, M. "Bioética nas desigualdades sociais", em VV.AA. (GARRAFA, V; IBIAPINA FERREIRA COSTA, S. coord.), *A bioética no século XXI*. UNB, Brasília, 2000. p. 49-65.

68 OLIVEIRA, F. "Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, antirracista e de classe", em VV.AA. (GARRAFA, V.; PESSINI, L. coord.), *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

representantes de grupos em situação de vulnerabilidade no que tange ao acesso aos bens da vida. Neste sentido, destaca a fundamental atuação do Estado na superação da fragilidade pessoal e coletiva.

A sexta escola, denominada Escola da Bioética Crítica de Inspiração Feminista, despontou com os estudos de Débora Diniz e Dirce Guilhem⁶⁹. No cenário brasileiro, ecoou como uma resposta às questões éticas inerentes à saúde e ao papel da mulher na sociedade, abordando, em especial, o fato de que a construção social do papel feminino pode levar a distorções quanto à autonomia no momento de tomada de decisões. Como exemplo, as autoras levam à reflexão sobre a quase obrigação de que todas as mulheres, no contexto social, gerem filhos – a isso dão o nome de vulnerabilidade moral da mulher. Constitui o intuito desta vertente da Bioética, portanto, a defesa de princípios compensatórios da vulnerabilidade social e da desigualdade da mulher no cenário social brasileiro.

Pois bem. Vistas as noções históricas que conduzem ao cenário desta pesquisa, cabe, então, reafirmar a importância de imaginar uma ética filosófica comum à Bioética e ao Biodireito, que possa servir de alternativa ao utilitarismo, a partir da reafirmação no próprio seio da Bioética, deste segmento de cunho social, politizado, tendo por base o princípio da justiça e reunindo os fundamentos e os consensos mínimos de cada escola, de maneira a constituir um só corpo, com fulcro nas ideias do capability approach. Mesmo porque os fundamentos de cada escola, bem como os consensos mínimos que as unem, são plenamente compatíveis com o capability approach, ressalvada a necessidade de um caminho alternativo às aplicações de fundo utilitarista. Desta forma, mantendo a necessária interdisciplinaridade com o Direito (Biodireito), políticas públicas voltadas à saúde podem ser estipuladas de forma a corrigir os excessos utilitaristas, tanto no que diz respeito aos preceitos éticos como, também, os jurídicos no âmbito de tais políticas.

Contudo, ainda há um aspecto que deve ser considerado para fins de reflexão sobre a Bioética Social. Seria possível o argumento de que uma Bioética focada essencialmente no princípio da justiça (em detrimento dos outros que regem a Bioética tradicional, quais sejam beneficência e autonomia), levaria a um clientelismo demagógico⁷⁰. É preciso pontuar que não se pretende valorizar mais um princípio em relação aos outros, mas sim levar à reflexão acerca de uma Bioética plural, que possa romper a hegemonia e, como propõe Oliveira⁷¹ assumir o papel de “sublevação de formas de opressão social que dificultam ou impedem a maioria dos projetos coletivos”.

Por mais que os princípios bioéticos – beneficência, autonomia e justiça – devam ser considerados em conjunto, o fato é que o conceito de justiça deve se adequar às necessidades sociais de cada realidade em específico. Ora, nos países com alto grau de desigualdade e pobreza, se as pessoas consideradas vulneráveis não têm acesso equânime à saúde (muitas vezes, sequer têm acesso), como poderão estar inseridas nos contextos da autonomia e beneficência? O princípio da justiça, então, não seria preceito sine qua non para que se possam ser atrelados os outros dois princípios? Certamente, parece coerente que um segmento social da Bioética se apoie, a priori, no princípio da justiça, para que os outros possam com este se alinhar. Ademais, este princípio é um dos pilares do próprio Direito/Biodireito. Nada mais lógico que seja o preceito norteador das ações de ordem ético-jurídicas que permeiam as políticas públicas em saúde, em alinhamento com as liberdades substantivas como instrumentos de correção dos excessos de uma ética utilitarista aplicada a tais políticas.

69 DINIZ, D.; GUILHEM, D. “Bioética feminista: o regate do conceito de vulnerabilidade”. *Revista Bioética*, Brasília, v. 7, n. 2, 2000, p. 3-7.

70 DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

71 DE JESUS OLIVEIRA, M; MOHAMED RODWAN OMAR OSMAN, E. “Pluralismo bioético: contribuições latino-americanas para uma bioética em perspectiva decolonial”. *Revista Bioética*. Brasília, v. 25, n. 1, 2017, p. 52-60.

5 CONCLUSÃO

Na medida em que a sociedade se torna mais plural, novas maneiras de pensar devem ser propostas para buscar soluções para os mais diversos problemas que possam advir, sempre com o intuito de se concretizar os direitos do homem, tanto mais o direito à vida e à saúde, condições *sine qua non* para o exercício de qualquer outro direito.

Contudo, não somente no Brasil, as políticas públicas não tem sido capazes de ampliar o acesso da população – em especial, a mais pobre – aos serviços de saúde, menos ainda, de qualidade. E isso se deve, em parte, a ações utilitaristas que só levam em consideração o resultado final, a generalidade, deixando de planejar mecanismos de atendimento às individualidades, sob o pretexto da incapacidade orçamentária do poder público.

Claro que as políticas públicas de cunho consequencialista são necessárias para se atingir um grande número de pessoas. Não há dúvidas ou quaisquer problemas quanto a isso. Contudo, uma ética filosófica pautada no ideário de Armatya Sen – o das capacidades e funcionamentos (*capability approach*), pode servir de alternativa para os pontos falhos das ações utilitaristas, de forma a preservar as liberdades substantivas dos sujeitos sociais, oportunizando-lhes o direito ao pleno desenvolvimento. É possível conciliar o individual e o social, basta que haja atenção às necessidades humanas e disposição na realização da mudança.

Nesta esfera, é preciso imaginar tal transformação a partir da transdisciplinaridade entre Bioética e Direito para fins de orientação e avaliação das políticas públicas em saúde no Brasil. Nada mais coerente, então, que estas duas áreas do conhecimento estejam fundadas em uma ética filosófica comum – *capability approach* – apta a orientar normas que viabilizem o atendimento às necessidades sociais e individuais no setor da saúde pública, de forma a garantir a efetivação do direito ao desenvolvimento humano em todas as suas esferas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE SILVA DE OLIVEIRA, A; CALAZANS VILLOPOUCA, K.; BARROSO, W. “Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da teoria de Thomas Khun”. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 1, n. 4, 2005, p.363-385.

BATISTELLA, C. “O território e o processo saúde-doença”, em VV.AA., *Coleção educação profissional e docência em saúde: a formação e o trabalho do agente comunitário de saúde*. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php?livro_id=6&area_id=2&capitulo_id=14&autor_id=&arquivo=ver_conteudo_2>. Acesso em: 06 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CISCATI, R.; BUSCATO, M. “Cracolândia: internar à força resolve?” *Época*. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/saude/check-up/noticia/2017/06/cracolandia-internar-forca-resolve.html>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

DE JESUS OLIVEIRA, M; MOHAMED RODWAN OMAR OSMAN, E. “Pluralismo bioético: contribuições latino-americanas para uma bioética em perspectiva decolonial”. *Revista Bioética*. Brasília, v. 25, n. 1, 2017, p. 52-60.

DE PAUL BARCHIFONTAINE; C., PESSINI, L. *Bioética: alguns desafios*. Edições Loyola, São Paulo, 2001, p. 347.

DE PAULO BARRETO, V. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 372.

DE SOUSA SANTOS, B. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4. ed. Cortez, São Paulo, 2002, p. 415.

DINIZ, D.; GUILHEM, D. “Bioética feminista: o regate do conceito de vulnerabilidade”. *Revista Bioética*, Brasília, v. 7, n. 2, 2000, p. 3-7.

DWORKIN, R. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2014, p.735.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 568.

FABRI ANJOS, M. "Bioética nas desigualdades sociais", em VV.AA. (GARRAFA, V; IBIAPINA FERREIRA COSTA, S. coord.), *A bioética no século XXI*. UNB, Brasília, 2000. p. 158.

FARIA, Geralda Magella. "O direito como sistema autopoiético na evolução jurídica da matriz teórica de Gunther Teubner". *Amicus Curiae*, UNESC, v. 7, n. 7, p. 1-19, 2010.

FELIPE PERSSON, L. "A social democracia e o welfare state". *Conversas e controvérsias*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, 2010, p. 90-104.

FOLLONI, A; GIRONDA CABRERA, M. "Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Teubner". *Universitas IUS*, Brasília, v. 26, n. 2, 2015, p. 74.

G1. "Secretaria Municipal de Saúde de BH muda orientação para vacinação de idosos contra febre amarela: a partir de agora, eles serão avaliados por profissional no posto de saúde". Disponível em: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/secretaria-municipal-de-saude-de-bh-muda-orientacao-para-vacinacao-de-idosos-contr-febre-amarela.ghtml> >. Acesso em: 11 mar. 2018.

GARRAFA, V. "Da bioética de princípios a uma bioética interventiva". *Revista Bioética*, Brasília, v. 13, n. 1, 2005, p. 125-132.

GARRAFA, V; PORTO, D. "A influência da reforma sanitária na construção das bioéticas brasileiras". *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000700002>. Acesso em: 20 jan. 2017.

HELENA MICHEL, M. *Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais*. 3. ed. Atlas, São Paulo, 2008, p. 138.

JEAN ARNAUD, A. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

JOSÉ RODRIGUES LEMOS, F.; NEVES PINTO, G. "Uma abordagem compreensiva do individualismo". *Quaestio Iuris*. v.09, n. 01, Rio de Janeiro, 2016, p. 305-306.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Mexico: Herder, 2007, p. 43.

MANGABEIRA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. Boitempo, São Paulo, 2004, p. 236.

MARIA LEAL DE MEIRELLES, J. "Bioética e biodireito", em VV.AA. (HELENA BARBOZA, H.; DE PAULO BARRETO coord.), *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85-97.

OLIVEIRA, F. "Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, antirracista e de classe", em VV.AA. (GARRAFA, V.; PESSINI, L. coord.), *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 345-363.

ROLAND SCHRAMM F. "Proteger os vulnerados e não intervir aonde não se deve". *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, v. 3, n. 3, 2007, p. 401-413.

SEGRE, M; COHEN, C. *Bioética*. 2. ed. Edusp, São Paulo, 1999.

SÉGUIN, E. *Biodireito*. 4. ed. rev. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 355.

SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. Companhia das Letras, São Paulo, 2011, p.492.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. Companhia das Letras, São Paulo, 2010, p. 461.

SEN, A. *Desigualdade reexaminada*. Editora Record, Rio de Janeiro, 2012, p. 301.

SOUZA LIEDKE, M. *A bioética e o biodireito enquanto sistemas autopoiéticos*. JURIS, Rio Grande, v. 14, 2009, p. 116.

O Contrato Sexual e o debate sobre a negação da esfera pública à mulher no Direito Brasileiro

The Sexual Contract and the debate on the denial of the public sphere to women in Brazilian law

Felipe Fróes Couto¹

Lorena Fonseca²

Alexandre de Pádua Carrieri³

Universidade Estadual de Montes Claros-UNIMONTES

Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG

Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG

SUMÁRIO

1- Algumas inquietações iniciais 2- O público, o privado e o social como lugares de homens 3- O contrato sexual e a epistemologia feminista do contrato 4- Carole Pateman como um referencial

Resumo: O contrato sexual é um conceito que mostra, em uma perspectiva política e histórica, como a constituição da sociedade se fundamentou na negação da condição humana à mulher. O objetivo deste ensaio é criar delineamentos sobre o conteúdo dessa teoria, de maneira didática e não-exaustiva, vinculando-a à realidade brasileira. Nosso argumento é que, a partir da teoria suscitada pela Carole Pateman, é possível afirmar que, em função da estrutura patriarcal da sociedade, à mulher pode ser relegado o status não de sujeito, mas de propriedade, cujo âmbito de liberdade não alcança as esferas públicas, onde as verdadeiras liberdades civis são exercidas. O texto traz à tona questões de poder que se fundamentam nas estruturas invisíveis do patriarcado e também aponta como o direito brasileiro construiu e reformulou suas disposições legais neste ambiente de inferiorização e de negação de voz às mulheres.

Abstract: The sexual contract is a concept that shows, in a political and historical perspective, how the constitution of society was based on the denial of the human condition to the woman. The purpose of this essay is to create guidelines about the content of this theory, in a didactic and non-exhaustive way, linking it to the Brazilian reality. Our argument is that, from the theory raised by Carole Pateman, it is possible to affirm that, according to the patriarchal structure of society, women can be relegated to a status not as subject, but as property, whose scope of freedom does not reach the spheres where real civil liberties are exercised. The text brings to light issues of power that are based on the invisible structures of patriarchy and also points out how Brazilian law has built and reformulated its legal provisions in this environment of inferiority and denial of voice to women.

Palavras-chave: Contrato Sexual. Esfera Pública. Esfera Privada. Epistemologia Feminista. Direito Brasileiro.

¹ Professor da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES), Montes Claros, Brasil. Mestre e Doutorando em Estudos Organizacionais e Sociedade pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: felipe.couto@unimontes.br

² Pesquisadora-Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Belo Horizonte, Brasil. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: lorena.fonseca@outlook.com

³ Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Brasil. Doutor em Estudos Organizacionais e Sociedade pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). E-mail: aguiar.paduacarrieri@terra.com.br

Keywords: Sexual Contract. Public Sphere. Private sphere. Feminist Epistemology. Brazilian Law.

1- ALGUMAS INQUIETAÇÕES INICIAIS

Em 2016, na pesquisa “Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil”, encomendada ao Datafolha pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aferiu-se que 29% das mulheres brasileiras relataram ter sofrido algum tipo de violência, sendo que apenas 11% dessas mulheres procuraram uma delegacia da mulher. A pesquisa também apontou que em 43% dos casos a agressão mais grave foi no domicílio⁴.

Também em 2016, o Disque 180, central de atendimento para mulheres que recebe denúncias de violência e fornece orientação sobre direitos das mulheres, divulgou aumento de 133% nos relatos relacionados à violência doméstica e familiar, comparando-se com o mesmo período no ano de 2015. Do 1º semestre de 2015 para o 1º semestre de 2016, houve um aumento de 111% no número total de relatos de violências contra as mulheres (violência sexual, estupro, assédio e exploração sexual)⁵.

Divulgado em 2017, o estudo “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça” realizado pelo Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) em parceria com a ONU Mulheres, analisou indicadores com base na Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) entre 1995 e 2015 constatou que o índice de mulheres que declaram realizar atividades domésticas se manteve quase inalterado em mais de uma década e meia – 94,1% das mulheres maiores de 16 anos realizavam tarefas domésticas em 1995 e 89,9% em 2015. Além disso, as mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana – em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas⁶.

Esta pesquisa também constatou que, entre 1995 e 2015, de 54% a 55% das mulheres de 16 a 59 anos estavam no mercado de trabalho. Ou seja, praticamente nada mudou. Quase metade das brasileiras em idade ativa, portanto, está fora do mercado de trabalho. A título de comparação, os homens chegaram a registrar, no período, uma taxa de 85%. Agora, no último ano pesquisado, esse índice estava em 78%⁷.

Esses são alguns dados que sugerem como o respeito à condição humana das mulheres parece muito distante da realidade cotidiana brasileira. Diariamente, tentam violar e explorar a vida, a força de trabalho, o corpo, a sexualidade, a liberdade ou a autonomia das mulheres. Neste trabalho, iremos examinar a teoria do contrato sexual que se preocupa exatamente com a negação da condição de sujeito às mulheres fundamentando-se na crítica da teoria do Contrato Social.

O contrato sexual é um conceito idealizado por Carole Pateman que mostra, em uma perspectiva política e histórica, como a constituição da sociedade se fundamentou na negação da condição humana à mulher, bem como na negação da possibilidade de participação desta nas esferas públicas de debates. O objetivo deste ensaio é criar delineamentos, de maneira didática e não-exaustiva, sobre o conteúdo desta teoria, sem desvinculá-la da realidade brasileira. Nosso argumento é que, a partir da teoria suscitada pela autora, é possível afirmar que, em função da estrutura patriarcal da sociedade, à mulher é relegado o status não de sujeito, mas de propriedade, cujo âmbito de liberdade não alcança as esferas públicas, onde as verdadeiras liberdades civis são exercidas.

Para tal, recorreremos primeiramente a uma reconstrução das noções de esfera pública, privada e social a partir de um paralelo conceitual das obras de Jürgen

⁴ Atlas da Violência 2017 – IPEA/FBSP, 2016. Disponível em: http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/fontes-e-pesquisas/wp-content/uploads/sites/3/2018/04/IPEA_FBSP_atlasdaviolencia2017.pdf

⁵ Ligue 180, Central de Atendimento à Mulher – Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres Ministério da Justiça e Cidadania, Balanço 1º Semestre de 2016. Disponível em: http://www.spm.gov.br/balanco180_2016-3.pdf

⁶ Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – Secretaria de Políticas para Mulheres/ONU Mulheres/IPEA, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/> e também em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf

⁷ Idem.

Habermas e Hannah Arendt. Em seguida, exploramos mais a fundo as noções relacionadas ao contrato sexual e ao patriarcado. Posteriormente, estabelecemos algumas inferências entre o direito brasileiro e os argumentos levantados e, por fim, apontaremos a necessidade do uso deste referencial nas decisões institucionais sobre igualdade de gênero.

2- O PÚBLICO, O PRIVADO E O SOCIAL COMO LUGARES DE HOMENS

Uma das mais elementares e difíceis noções a serem construídas na modernidade é a divisão entre as esferas pública, privada e social na sociedade. Até onde vai a intimidade do ser humano na era digital? Até onde podemos dizer que um determinado fato pertence apenas à intimidade individual e que o público nada tem a intervir? Com o advento das redes sociais, até que ponto não podemos dizer que nossa privacidade não se tornou parte de um espetáculo público em que todos podem, de alguma forma, opinar? Tentar delimitar os espaços das esferas pública, privada e social pode se constituir, nesse sentido, como uma tarefa muito complexa em que uma série de riscos surgem em relação à possibilidade do reducionismo reflexivo ou da incompletude das ideias e de conceitos. A retórica, neste tema, pode ser tão infundável quanto a aridez da tentativa de, didaticamente, estabelecer os limites de cada esfera.

Entretanto, nosso objetivo também é mostrar como essa tênue divisão se mostra clara quando estamos tratando do tema das liberdades da mulher e do contrato sexual na perspectiva de Carole Pateman (1993). Nosso argumento, nesse sentido, é que o lugar histórico reservado à mulher é o da esfera privada, e que a esfera pública é historicamente negada em relação ao livre exercício de direitos políticos, do trabalho e, até os dias atuais, em relação à paridade cultural. Para tentar construir o argumento nesse sentido, recorreremos às construções de Jürgen Habermas em seu livro *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (1984) dialogando-as com as de Hannah Arendt em sua obra *A Condição Humana* (1997). A divisão entre as esferas pública, privada e social como proposta neste artigo surgiu de uma análise comparada entre as obras dos autores. Mesmo que ambos nunca tenham debatido ou dialogado sobre o assunto, é possível notar pontos de convergência nas obras que justificam o esforço teórico de sistematização desse conhecimento.

O ponto de partida para compreender a distinção entre as esferas é a própria noção da relação que o homem constitui com o meio em que vive. Partindo do pressuposto de que o conhecimento é socialmente estabelecido⁸, é possível entender que tanto a nossa aprendizagem quanto a nossa visão de mundo partem de um meio em que o significado em si não é descoberto – mas negociado a partir de práticas hermenêuticas. Isso, em outras palavras, quer dizer que o ambiente constitui as atividades humanas na mesma medida em que as atividades humanas constituem o ambiente. O ambiente pode me ensinar a interpretar a realidade na mesma medida em que a minha interpretação da realidade pode mudar a visão dominante que se tem de um ambiente. Arendt (1997)⁹, entendendo a constituição do homem dentro deste ambiente social, afirma que todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que o ser humano só vive com outros seres humanos. Então, toda e qualquer ação humana só faz sentido se estiver contextualizada em uma sociedade fundada em crenças prévias.

Como toda ação acontece dentro de um meio social, é possível distinguir dois sentidos para uma mesma conduta: de um lado, o sentido íntimo, em que toda e qualquer ação tem a utilidade de satisfazer algum desejo que possuo (fome, sede, libido, etc.); por outro lado, a minha ação é também uma ação política pelos efeitos derivados da interpretação dos demais homens¹⁰. Nesse sentido, por exemplo, a ação de tomar algo que não é meu para saciar a minha necessidade, se não for uma ação considerada legítima pelos demais homens, constitui-se como uma ação reprovável passível de punição. É possível afirmar, portanto, que Arendt (1997)¹¹ identifica dois sentidos da ação: *o que é para mim e o que é para os outros*. A associação dos homens em sociedades, em cidades e no Estado quer dizer que o homem possui, além de sua

⁸ BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *Construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 1978.

⁹ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

¹⁰ *Idem*

¹¹ *Idem*.

intimidade, uma vida que pertence a todos, ou seu *bios politikos*. Aquilo que é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*) se contrapõem.

Da construção do conceito de ação política, Arendt (1997)¹² constrói sua teoria da esfera pública. A esfera pública, segundo a autora, é composta de seres que vivem na *polis*, em que tudo era decidido conforme palavras e persuasão, em que os *homens assim considerados iguais* (ressalvamos que os homens – não as mulheres) negociavam de maneira não-violenta os sentidos da vida comum. A violência era uma ação pré-política, típicos da vida fora da *polis*, e era “característico apenas do lar e da vida em família, na qual o chefe da casa imperava com poderes incontestes e despóticos”¹³. Importante notar que na esfera pública, segundo a autora, reinava a política da igualdade e da não-violência. Por outro lado, em casa, onde havia total liberdade do chefe da família, a violência era a fonte de dominação.

Essa é a essência da distinção entre o público e o privado e o primeiro ponto de convergência entre Habermas e Arendt. *Enquanto na esfera pública o poder é exercido por meio da persuasão e do discurso, na esfera privada o poder é decorrente do arranjo familiar, determinado a partir da utilidade encontrada para satisfazer os desejos íntimos do homem*¹⁴. A esfera familiar primitiva, conforme Arendt (1997)¹⁵, é caracterizada exatamente pela necessidade e carência humana e pela “óbvia” divisão de tarefas entre homens e mulheres: enquanto aqueles deveriam ser os provedores, estas deveriam perpetuar a espécie. Cabia a cada um o seu papel na organização da *polis*.

Habermas (1984)¹⁶, complementarmente, desenvolve a noção de homem público a partir de sua análise histórica da sociedade burguesa. Para o autor, o *status* de homem privado é resultante da junção dos papéis de pai de família e de possuidor de bens. Como já indicado, na esfera privada o homem obtinha poder pela violência e dominação; em relação à propriedade, por exemplo, o senhor de escravos poderia fazer o que quisesse. Entretanto, a propriedade do homem, na mesma medida que sacia as suas necessidades, interessa aos demais, os quais percebem no comércio e na livre circulação de mercadorias possibilidades de maiores riquezas. Nesse sentido, o que passa a ser levado para a esfera pública são as discussões políticas advindas da luta pelas riquezas privadas. Em outras palavras, os interesses humanos que são contrapostos e as lutas políticas da esfera pública resultam dos poderes da esfera privada.

Destarte, Habermas (1984)¹⁷ sugere que a natureza pública do poder público nada mais é, portanto, do que a confluência das negociações de homens privados, em que a família é apenas uma dimensão de um universo mais amplo. A esfera pública, como esfera das liberdades civis¹⁸, pressupunha a vitória sobre as necessidades da vida em família¹⁹. Logo, *a esfera privada está contida na esfera pública*: ao homem que conseguisse superar suas necessidades individuais, obtendo riquezas e prestígio por sua posição familiar, era permitida a participação na esfera pública, e na definição política que permearia o Estado.

Já a esfera social é um hibridismo da esfera pública com a esfera privada. Arendt (1997) e Habermas (1984)²⁰ confluem também neste sentido: a esfera social é a elevação do lar doméstico ou das atividades econômicas ao nível público, na medida em que a forma pela qual se administram os lares domésticos e questões como reprodução, concentração de riqueza e o próprio trabalho se tornaram assuntos de interesse coletivo.

¹² *Idem*.

¹³ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 36.

¹⁴ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997; HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Vol. 357. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

¹⁵ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997

¹⁶ HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Vol. 357. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ BRONNER, S. E. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Papyrus, 1997.

¹⁹ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

²⁰ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997; HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Vol. 357. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

Da necessidade de governar a forma como os homens se relacionavam, a política da esfera pública passou a se direcionar ao que é permitido ou proibido na esfera privada – e o meio pelo qual isso se concretizou é o contrato.

Extrapolando as construções dos referidos autores, entendemos que o contrato é uma figura jurídica que representa a essência da esfera social. Trata-se de um instrumento de cunho público para ajustar interesses privados dentro da permissibilidade jurídica estatal; e não é por menos que a doutrina majoritária sobre o tema considera que o mesmo possui, além do papel de ser a expressão da livre vontade das partes contratantes, uma função social que diz respeito ao bem-estar coletividade²¹. As relações de emprego, o próprio casamento, as formas pelas quais as mercadorias circulam, por mais que sejam atividades privadas, possuem também a função de exigibilidade pública. A teoria dos contratos pressupõe, nesse sentido, o exercício da livre vontade dos contratantes, a força obrigatória entre as partes e a possibilidade de reparação de prejuízos causados a terceiros interessados caso constatada a ilegitimidade jurídica das ações realizadas.

A paridade dos contratantes, nesse sentido, é condição fundamental da realização de um contrato segundo o direito contemporâneo. Entretanto, a condição da mulher como um ser pertencente à esfera privada, a sua impossibilidade de exercer as liberdades civis na mesma medida que o homem e as sujeições às quais foi submetida ao longo da história devem ser problematizadas para que sejam compreendidos os seus respectivos efeitos contemporâneos. À mulher, pela divisão “natural” dos papéis sociais, foi relegado o status de propriedade, a impossibilidade de se constituir como parte nos contratos de casamento, bem como foi imposta, por muitos séculos, a necessidade de autorização do marido para o trabalho e para o voto. Nesse sentido, explorar a dimensão do contrato sexual é resgatar um lado esquecido da história. Qual é a possibilidade de pleno acesso da mulher à esfera pública nos dias atuais? Essa pergunta demanda análises que podem ser mais bem compreendidas conforme avança a discussão teórica.

3- O CONTRATO SEXUAL E A EPISTEMOLOGIA FEMINISTA DO CONTRATO

A teoria contratualista do Estado, encabeçada por teóricos iluministas clássicos como Hobbes (Séc. VXII) e Rousseau (Séc. XVIII), diz respeito à saída do estado de “homem natural” para o homem social – de uma maneira geral, o contrato social é um acordo entre os homens em que cada indivíduo abre mão de uma parcela de sua completa liberdade para um Estado que detém o poder sobre todos os homens de ditar as regras relacionadas a ordem social²². O contrato social é considerado o primeiro instrumento cujo objeto é a garantia de direitos naturais do ser humano – a liberdade e todo o necessário à sobrevivência do corpo – e pressupõe condições de igualdade em direitos, plena liberdade e livre vontade para sua validade.

O que Carole Pateman, em seu livro *O Contrato Sexual* (1993)²³, vai questionar é que essas condições de igualdade não se aplicaram às mulheres, as quais foram condicionadas ao *status* historicamente subordinado ao homem pelo contrato sexual. A autora defende que, na história da sociedade, o contrato sexual nunca é mencionado – trata-se de uma dimensão suprimida da teoria do contrato, ou, como diz a autora, “uma parte integrante da opção racional pelo conhecido acordo original”²⁴. Para Pateman, o contrato social pressupõe o contrato sexual, ou seja, a liberdade dos homens para estabelecer os fundamentos normativos da sociedade só se tornou possível às custas da submissão feminina à condição de propriedade ou de mero objeto, negando-as o reconhecimento da condição de sujeitas de direito.

Nesse sentido, a autora estabelecerá duras críticas à constituição histórica da sociedade patriarcal. Pateman (1993) entende que a história do contrato sexual também

²¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. Volume 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; VENOSA, S. S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Atlas, 2007.

²² CHAUÍ, M. “Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau”. *Filosofia*. Ática: São Paulo, 2000.

²³ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

²⁴ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993, p. 11.

trata da gênese do direito político, associando-o a ideia de um “direito patriarcal ou instância do sexual”²⁵. Afirmar a autora que a teoria do contrato social convencionalmente é tida como uma história sobre a liberdade universal da sociedade civil; por outro lado, a história do contrato sexual é uma história de sujeição, do livre acesso e do comércio do corpo da mulher. Esse poder não seria decorrente do poder patriarcal, mas de estratégias de sujeição que mantêm o status de homens legitimados pela associação com outros homens. Segundo a autora,

A verdadeira origem do direito político é deixada de lado nessa interpretação; nenhuma história foi contada sobre sua gênese. O direito político origina-se no direito sexual ou conjugal. O direito paterno é somente uma dimensão do poder patriarcal e não a fundamental. O poder de um homem enquanto pai é posterior ao exercício do poder patriarcal de um homem (marido) sobre a mulher (esposa). Os teóricos do contrato não tinham a intenção de contestar o direito patriarcal original em seu ataque violento ao direito paterno. Em vez disso, eles incorporaram o direito conjugal em suas teorias e, ao fazê-lo, deram ao preceito do direito sexual masculino sua forma contratual moderna [...]. O patriarcado deixou de ser paternal há muito tempo. A sociedade civil moderna não está estruturada no parentesco e no poder dos pais; no mundo moderno, *as mulheres são subordinadas aos homens enquanto homens*, ou enquanto fraternidade. O contrato original é feito depois da derrota política do pai e cria o patriarcado fraternal moderno²⁶.

Para Pateman, a história do contrato social diz respeito à constituição da esfera pública da liberdade civil; a esfera privada, por outro lado, não é considerada politicamente relevante por se constituir do âmbito em que não há negociação política. A mulher, nesse sentido, é relegada ao status de bem privado e silenciada pela própria irrelevância política. O casamento, nesse sentido, é também considerado politicamente irrelevante²⁷.

Neste sentido, a diferença sexual também é uma diferença política entre liberdade e sujeição. As mulheres, por não participarem do contrato original através do qual os homens transformam sua liberdade natural na segurança da liberdade civil, constituem-se apenas como o objeto do contrato (a liberdade civil, ou mesmo o *direito de usufruir das mulheres*) e não desempenham papel nele. O resultado prático desse processo de exclusão é a negação, à mulher, da categoria fundamental de “indivíduo”, o que resultou, historicamente, em expressões sociais e legais de limitação aos direitos das mulheres de se integrarem à sociedade²⁸.

No Brasil, o Código Civil de 1916²⁹ negou à mulher a condição de sujeito de liberdades. Esse código delimitava regras rígidas sobre as permissões ab-rogadas às mulheres em vários trechos da sua redação original:

Art. 233. *O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I – A representação legal da família. II – A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial. III – direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV – O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. V – Prover à manutenção da família [...]. (grifo nosso).*

²⁵ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993, p. 16.

²⁶ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993, p. 17-18.

²⁷ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

²⁸ *Idem*.

²⁹ BRASIL. *Código Civil de 1916* (revogado).

Art. 234. *A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem justo motivo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar.* Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher. (*grifo nosso*)

Art. 242. *A mulher não pode, sem autorização do marido:* I – Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher. II – Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens. III – Alienar seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV – Aceitar ou repudiar herança ou legado. V – Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI – *Litigar em juízo civil ou comercial [...]*. VII – *Exercer profissão*. VIII – Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX – Aceitar mandato. (*grifo nosso*)

Percebe-se que as mulheres, nos referidos dispositivos legais, eram tratadas como propriedade. O *caput* do artigo 233 só recebeu alteração em 1962, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada³⁰, o qual a redação passou a ser “*O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos*”³¹ (*grifo nosso*).

O Código Civil de 1916, alterado pelo Estatuto da Mulher Casada, vigeu no Brasil até o ano de 2001, sendo posteriormente substituído pelo Código Civil de 2002 (CC/2002). O CC/2002 sofreu profundas atualizações para se conformar às exigências normativas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que no *caput* de seu artigo 5º estabeleceu que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”³². Mesmo que tenhamos avançado na legislação sobre a questão da igualdade da mulher nos espaços públicos, entendemos que são mais amplas as mudanças necessárias para uma reconfiguração da condição social das mulheres, haja vista que, como apontamos no início deste trabalho, ainda subsiste alto índice de violências contra a mulher, barreiras para a entrada no mercado e grande dedicação ao trabalho doméstico.

Além disso, a própria discussão sobre a (im)possibilidade jurídica de crime de estupro dentro da relação marital³³ é uma herança contemporânea do contrato sexual e evidencia o quanto ainda se precisa avançar em relação a igualdade da mulher e da sua elevação a sujeito político, sobretudo porque a violência sexual é uma ameaça difusa que pode ser pensada como um dos aspectos que define as mulheres como um grupo social distinto dos homens³⁴.

Neste sentido, Pateman (1993)³⁵ explica que a mulher não obtém status de sujeito político na esfera pública; seu trânsito se dá apenas entre as esferas privada e social (conjunto ao qual Pateman nomeia *sociedade civil*). Segundo a autora, as mulheres são incorporadas à sociedade civil, mas não fazem parte dela de maneira paritária; a esfera pública é masculina e civil, enquanto a esfera privada é feminina e natural – dado o papel natural da mulher de ser sujeita à dominação. Essas esferas se contrapõem, de maneira que não é aberta à mulher a possibilidade de trânsito:

³⁰ BRASIL. *Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.

³¹ BRASIL, *Código Civil de 1916*, art. 233.

³² BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 5º.

³³ VASCONCELOS, M. A. L.; PONTES, I. O.; SILVA, J. W. P. S. “Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital”. *Cadernos de Graduação*, v. 2, n. 3, p. 1-15, 2015; BARBOSA, C.; TESSMANN, D. F. “Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital”. *Judicare*, v. 6, n. 1, 2014.

³⁴ BIROLI, F. “O público e o Privado” in MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. *Feminismo e política: uma introdução* [digital]. São Paulo: Boitempo, 2014.

³⁵ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

O contrato sexual, deve-se enfatizar, não está associado apenas à esfera privada. O patriarcado não é puramente familiar ou está localizado na esfera privada. O contrato original cria a sociedade civil patriarcal em sua totalidade. Os homens passam de um lado para outro, entre a esfera privada e a pública, e o mandato da lei do direito sexual masculino rege os dois domínios. A sociedade civil é bifurcada, mas a unidade da ordem social é mantida, em grande parte através da estrutura das relações patriarcais³⁶.

Mais uma vez, é evidente a preocupação da autora em relação à existência do patriarcado como fundamento da ordem social. Segundo Pateman³⁷, o argumento de que as mulheres possuem propriedade de si tem motivado campanhas feministas – desde o esforço da revisão das legislações matrimoniais até campanhas pela legalização do aborto. Esse reconhecimento seria um verdadeiro golpe contra as estruturas do patriarcado, mas esse reconhecimento não deve dar-se apenas como um grupo de *mulheres* em busca de conquista de direitos, mas como *sujeitos de direito* que lutam pelo status de igualdade política. Para isso, é importante desnaturalizar o naturalizado; a diferença entre os sexos, que é apresentada como essencialmente natural, não pode representar um reflexo da própria ordem da natureza. A eliminação das referências à diferença entre homens e mulheres parece ser uma via no sentido de criação de leis, políticas e ações afirmativas que tratem dos indivíduos de maneira independentemente dos gêneros.

No campo da política, isso pode dizer respeito à maior representatividade da mulher nas instâncias da democracia representativa; no campo do trabalho, isso pode se traduzir à luta ativa pela equiparação salarial e pelo combate ao discurso relacionado à prioridade do papel natural da mulher como mãe em detrimento do papel profissional exercido; em relação às liberdades culturais, pode ser analisada a luta contra os elementos que simbolizam a propriedade do homem sobre a mulher – especialmente no que diz respeito à cultura de estupro e assédio sexual³⁸.

Nas relações familiares, os efeitos do contrato sexual podem ser verificados na análise dos arranjos familiares e nas relações de poder dentro de empresas familiares. Pateman (1993)³⁹, neste sentido, entende que para que haja, de fato, um sentido genuinamente afetivo e cooperativo da família, os interesses individuais de todos os membros devem ser considerados de maneira separada e igualitária; dessa forma, “os interesses individuais das esposas e das filhas não poderiam ser subsumidos nos do chefe da família, nem se poderia supor que a benevolência dele seria suficiente para garantir que os interesses delas estariam protegidos”⁴⁰. As diferenças de tratamento da mulher devem ser problematizadas, pois podem refletir ainda uma noção desumanizante da mulher-propriedade, incompatível com os avanços sociais obtidos após anos de lutas feministas.

Outra mudança de perspectiva necessária nesse sentido é repensar as tênues linhas que dividem o público e o privado – especialmente no que diz respeito ao tratamento das discriminações. Dominação, violência e sujeição não são assuntos que devem ser tratados como privados, mas sim problematizados na esfera pública, especialmente na voz daqueles que são as vítimas, já que, independentemente do gênero, são indivíduos políticos⁴¹.

Por muito tempo, essa dualidade entre vida pública e vida privada contribuiu para impedir a tematização da violência doméstica. No Brasil, um avanço relativo à essa

³⁶ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993, p. 29.

³⁷ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

³⁸ ALVES, M. A.; GALEÃO-SILVA, L. G. “A crítica da gestão da diversidade nas organizações”. *RAE-revista de administração de empresas*, v. 44, n. 3, p. 20-29, 2004; SARAIVA, L. A. S.; DOS REIS IRIGARAY, H. A. “Políticas de diversidade nas organizações: uma questão de discurso?” *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 49, n. 3, p. 337-348, 2009.

³⁹ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

⁴⁰ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993, p. 235.

⁴¹ PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.

temática ocorreu com a entrada em 2006 com a entrada em vigor da Lei n. 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. Essa lei tipifica a violência doméstica contra a mulher e cria mecanismos para combatê-la; reconhece as distintas vulnerabilidades existentes e facilita o acesso das vítimas à justiça, dispondo de medidas preventivas de urgência, sobretudo no direito de família⁴². A construção de normas e políticas advindas da esfera pública influenciam a esfera privada e vice-versa. É uma relação de simbiose em que as situações do cotidiano se tornam um problema de caráter público, e a esfera pública molda como as instituições se organizam e como conferem igualdade e dignidade para mulheres e homens.

Entendemos que as mudanças propostas pela Pateman (1993) são muito mais profundas do que meramente o estímulo de lutas políticas. As mudanças dizem respeito à radical ressignificação das instituições do casamento, da família e as bases culturais nos quais se fundamentam a sociedade moderna – especialmente em relação à definição de papéis sociais.

4- CAROLE PATEMAN COMO UM REFERENCIAL

Este trabalho não extrapolou as incursões teóricas já existentes, a despeito disso, sistematizou e apontou como a teoria do contrato sexual da Pateman fornece elementos para o direito lidar com as relações de poder, modular como as instituições se organizam e conferir caráter público a problemas do cotidiano.

Uma das grandes contribuições da teoria do contrato sexual é que esta traz à tona questões de poder que se fundamentam nas estruturas invisíveis do patriarcado – e que ainda subsistem nos dias atuais. Fica muito claro que, ao longo da história, construímos nossa própria noção de humanidade com base na inferiorização e na negação de direitos às mulheres. Essas estruturas, ainda que aparentemente invisíveis, perduram na educação, na socialização, nas relações de trabalho, nas relações familiares, no imaginário social e, inclusive, nas leis que precisam ser reformular.

Compreender a distinção entre as esferas pública, privada e social permite uma visão mais acurada a respeito do que constitui a intimidade do ser humano, do que é assunto privado, do que é assunto público, do que deve ser politicamente negociado e assim por diante. Nesse aspecto, difícil é pensar em alguma legislação que não se constitua na esfera pública de debates. A legislação que rege as relações sociais privadas deve dar voz universal aos indivíduos, sem estabelecer hierarquias, permitindo o amplo diálogo entre aqueles que são regidos pela ordem social. Afinal, não deve haver lados fracos entre contratantes que legitimam um Estado.

Conforme se tornam mais complexas as possibilidades de configuração de relações entre os seres humanos (com redes sociais, comunicação instantânea, novos sentidos da afetividade, etc.), maior deve ser a preocupação da sociedade em relação à paridade daqueles que decidem sobre as normas e regras. A paridade política é condição essencial de estabelecimento de uma real democracia, em que todos e todas são incluídos no processo político para garantir seus interesses no âmbito público.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. A.; GALEÃO-SILVA, L. G. “A crítica da gestão da diversidade nas organizações”. *RAE-revista de administração de empresas*, v. 44, n. 3, p. 20-29, 2004.

ARENDT, H. *A condição humana*. 8. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BANDEIRA, L. “Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976-2006”. *Sociedade & Estado*, v. 24, n. 2, p. 401-438, 2009.

BARBOSA, C.; TESSMANN, D. F. “Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital”. *Judicare*, v. 6, n. 1, 2014.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *Construção social da realidade*. Petrópolis: Vozes, 1978.

BIROLI, Flávia. “O público e o Privado” in MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política: uma introdução* [digital, s.p.]. São Paulo: Boitempo, 2014.

⁴² BANDEIRA, L. “Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976-2006”. *Sociedade & Estado*, v. 24, n. 2, p. 401-438, 2009.

- BRASIL. Código Civil de 1916 (revogado).
_____. Código Civil de 2002.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
_____. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada.
_____. Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.
BRONNER, S. E. *Da teoria crítica e seus teóricos*. Papirus, 1997.
CHAUÍ, M. "Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau". *Filosofia*. Ed. Ática, São Paulo, 2000.
FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Direito dos contratos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. V. 3, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. V. 357. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
PATEMAN, C. *O Contrato Sexual*. Trad. Marta Avancini. Rio: Paz e Terra, 1993.
SARAIVA, L. A. S.; DOS REIS IRIGARAY, H. A. "Políticas de diversidade nas organizações: uma questão de discurso?" *RAE-Revista de Administração de Empresas*, v. 49, n. 3, p. 337-348, 2009.
VASCONCELOS, M. A. L.; PONTES, I. O.; SILVA, J. W. P. S. "Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital". *Cadernos de Graduação*, v. 2, n. 3, p. 1-15, 2015.
VENOSA, S. S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. Atlas, 2007.

Alienação parental e subtração internacional de menores: a cooperação jurídica internacional para a salvaguarda de direitos dos filhos

Parental alienation and international child abduction: international legal cooperation for safeguard the rights of children

Margareth Vetis Zaganelli¹

Adrielly Pinto Dos Reis²

Bruna Velloso Parente³

Universidade Federal do Espírito Santo (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Alienação parental: características constitutivas e agravante por subtração internacional de menor. 3. Breve ensaio acerca da Convenção de Haia. 4. Aspectos formais necessários para a execução da Convenção de Haia. 5. A Cooperação Jurídica como condição essencial à efetivação dos Tratados Internacionais. 5.1. Atuação da Advocacia Geral da União na aplicação da Convenção de Haia de 1980. 5.2. Análise das decisões judiciais sobre casos de Subtração Internacional de Menores. 6. Conclusão. 7. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por escopo abordar a problemática da subtração internacional de menores, como reflexo da síndrome de alienação parental. Por meio de metodologia qualitativa, exploratória, com base em pesquisa bibliográfica e em diplomas internacionais e nacionais, inicialmente descreve os aspectos próprios de tal fenômeno fático-jurídico e sua prejudicialidade à formação individual dos filhos vítimas da alienação parental. A seguir, trata da subtração internacional de menores como uma das principais consequências advindas de litígios familiares em relações de nível global, frisando tanto os aspectos psicológicos quanto os jurídicos vinculados à alienação parental em nível transnacional. Por derradeiro, realiza-se um cortejo entre um breve rol de decisões que envolvem o Brasil, bem como a atuação da Advocacia Geral da União na resolução de casos que envolvem a subtração internacional de filhos por um dos seus genitores. O estudo reitera a importância do adimplemento a tratados interestatais para a preservação do bem estar físico-psicológico dos menores envolvidos, e a busca pela célere e adequada salvaguarda da afetividade do núcleo familiar, principalmente no que se refere ao bem-estar dos filhos.

Palavras-Chave: Alienação Parental. Subtração de Filhos. Cooperação Internacional.

Abstract: The paper aims to give an account of international child abduction, as a reflect of parental alienation syndrome. The description of the aspects of this legal phenomenon and their damages to the personal development of children who are victims of parental alienation were achieved through a qualitative methodology based on bibliographical research and international and national diplomas. Then, discuss the international child

¹ Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Bioethik* (UFES) e do Grupo de Pesquisa *MIGRARE*: migrações, fronteiras e direitos humanos (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do grupo de pesquisa *Bioethik* (UFES). E-mail: dricap.reis@gmail.com

³ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do grupo de pesquisa *Bioethik* (UFES). E-mail: bvparente@gmail.com

abduction as one of the main consequences of family disputes in global level relationships, highlighting both psychological and legal aspects related to parental alienation in the transnational sphere. After that, a comparison is made between a brief list of decisions involving Brazil, as well as the behaviour of the Brazilian Office of the General Attorney in the resolution of cases involving the international abduction of the children by one of their parents. In conclusion, the study reaffirms the importance of compliance with international treaties for the preservation of the physical and psychological well-being of the minors involved, and the search for a speed and proper safeguard of the affectivity in the family core, especially regarding the well-being of children.

Key-words: Parental Alienation. Children Abduction. International Cooperation.

1. Introdução

O processo de globalização pós-moderno, estruturado a partir dos avanços tecnológicos, possibilitou o encurtamento relativo das distancias entre os países e, consequentemente, incentivou um maior contato entre os povos. Houve, diante disso, o aumento do número de relacionamentos transnacionais entre indivíduos, de modo que passaram a surgir, em quantidades maiores, famílias multinacionais em que os genitores advinham de Estados distintos, portanto compartilhavam entendimentos culturais também diferentes e, algumas vezes, até mesmo conflitantes. Tais choques culturais, por sua vez, podem ser apontados como um dos motivos, dentre um rol extensivo de fatores, que levaram ao término de uma quantidade considerável de relações afetivas.

Nesse cenário de rompimento dos relacionamentos internalizados, as questões relativas a disputas familiares envolvendo crianças exigem maior cautela, uma vez que envolvem uma camada social vulnerável e que ainda está formando sua identidade pessoal. Por isso, uma das principais consequências advindas de litígios em relações de nível global é a alienação parental gerada pela subtração internacional de menores. Esse fenômeno se manifesta quando um dos pais leva a criança de seu país de domicílio permanentemente, sem a autorização do outro genitor, assim causando danos psicológicos e emocionais dos mais variados graus ao filho, algo que pode repercutir diretamente na formação individual dele e afetar outros vínculos afetivos ao longo de sua vida.

Assim, visando mitigar os danos sofridos e promover o melhor para o desenvolvimento pessoal das crianças vítimas dessa prática, criaram-se tratados internacionais regulamentadores de medidas a serem tomadas nesses casos, merecendo especial destaque a Convenção de Haia (1980) no que diz respeito aos Aspectos Civil do Sequestro Internacional de Crianças. O acordo internacional entre os Estados, do qual o Brasil faz parte, conforme o Decreto nº 3.413/2000, prescreve a cooperação entre seus signatários para a célere e adequada reintegração dos filhos aos países dos quais foram ilegalmente retirados pelo genitor alienante, de modo a proteger o laço afetivo entre o alienado e a criança. Diante dessa conjuntura, a colaboração entre os países contratantes se faz imperativa no combate aos efeitos danosos da alienação parental, posto que medidas reparadoras devem ser aplicadas com urgência, algo que só pode ser alcançado numa situação de cooperação.

Nesse sentido, o presente artigo tem por escopo reiterar a importância do adimplemento ao tratado supramencionado para a preservação do bem estar físico-psicológico dos menores envolvidos, bem como dos laços afetivos relacionados às crianças. Assim sendo, abordar-se-á, enfaticamente, os malefícios oriundos da consagração da alienação parental em face dos filhos, com o devido destaque do agravante que é o distanciamento territorial transnacional estabelecido pelo genitor alienante. Tal análise será realizada por meio da exposição de informações adquiridas nas diversas fontes literárias que, com excelência e criticidade, discutem esta questão fático-jurídica, apontando os cuidados apropriados a serem tomados para que não se despreze os interesses da criança envolvida na situação concreta, visto que estes são os principais bens jurídicos a serem resguardados.

Além disso, realizar-se-á um breve cortejo de algumas decisões judiciais em que o Brasil se encontrava envolvido no que diz respeito a essa matéria, de modo a explorar

tanto casos em que a atuação brasileira se mostrou ineficiente em proteger a criança, quanto as situações em que ela, de fato, foi satisfatória. Isso se observará, também, através da exposição da atuação da Advocacia Geral da União (AGU), órgão intimamente relacionado e ativo no tratamento desse tipo de litígio.

Percebe-se, portanto, que se objetiva, a partir desta produção científica, compreender profundamente a necessidade do combate à prática tão nociva, como é a alienação parental por subtração internacional, uma vez que ela põe em risco a formação pessoal de indivíduos pertencentes a um grupo social que tem como direito primordial a proteção: os menores, independente de sua nacionalidade.

2. Alienação parental: características constitutivas e agravante por subtração internacional de menor

Diante das grandes questões que assolam o século XXI, o problema da alienação parental representa um grave abuso psicológico perpetrado contra as crianças e que, se não tratado a tempo e adequadamente, é capaz de produzir danos severos ao longo da vida de suas vítimas. Nessa lógica, torna-se relevante conceituá-la como um fenômeno em que um dos genitores, ou quem quer que detenha autoridade ou guarda sobre o menor, executa uma série de práticas que possuem a finalidade de atrapalhar e/ou destruir o seu vínculo com o outro genitor, sem que haja motivos reais que justifiquem essa conduta.

Tão importante quanto conceituar a alienação parental é identificar os principais atos cometidos pelo alienador, quem comete as ações, em face do alienado, o genitor que tem o seu vínculo com a criança abalado. Algumas condutas do alienador são realizar campanhas desqualificando as condutas do outro genitor em sua posição de mãe ou pai, dificultar o exercício da autoridade parental, prejudicar o contato da criança com o outro genitor, perturbar o período de visita do outro, omitir informações pessoais relevantes sobre a criança, apresentar falsas denúncias contra o outro e mudar de domicílio sem motivos, visando dificultar a convivência do menor com o outro genitor e seus familiares⁴.

Esse tipo de comportamento preocupa, porque as maiores vítimas são as crianças e estas condutas fazem com que elas sejam “privadas do convívio social e familiar, impossibilitadas, assim, de criar vínculos afetivos duradouros, sujeitas, portanto a danos para toda a vida⁵”. As crianças sujeitas a esse fenômeno podem apresentar sentimentos de baixa estima, de insegurança, depressão, afastamento de outras crianças e transtornos de personalidade. Além disso, o indivíduo, se não tratado a tempo, ao chegar à adolescência ou à fase adulta, pode desenvolver um sentimento de culpa ao perceber que agrediu a pessoa alienada e, muitas vezes, a distância criada entre ambos é tão grande que não é mais possível a reversão deste distanciamento. Nesses casos, os sentimentos de culpa e arrependimento várias vezes se tornam tão extremos que o indivíduo corre o risco de se envolver severamente com álcool, com drogas, ter crises depressivas e até tentar suicídio⁶.

Não há dúvidas, então, de que a alienação parental representa um grave risco à saúde das crianças e dos adolescentes e, por este motivo, foi promulgada em 2010 a Lei nº 12.318 que dispõe sobre a alienação parental. Esse dispositivo em seu artigo 3º caracteriza que este fenômeno fere direito fundamental da criança ou do adolescente à convivência familiar saudável, além de ser um tipo de abuso moral e um

⁴ BRASIL. Poder Judiciário Do Estado De Mato Grosso. (Org.). *Cartilha Alienação Parental*. Cuiabá: 2014, p.7. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2014/04 - Abril/25 - Cartilha - Alienação.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁵ GASPAR, R.A.; AMARAL, G. “Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?”. *Meritum*: revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p.351-387, jan./jun. 2013. Semestral, p. 2. Disponível em: <<http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1790/1161>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁶ BUOSI, CCF. *Lei da alienação parental: o contexto sociojurídico da sua promulgação e uma análise dos seus efeitos*. 2011. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental⁷. A lei também prevê uma série de sanções desde multas ao alienador, ampliação do regime de convivência com o genitor alienado, intervenção psicológica monitorada e até mesmo a suspensão ou a perda do poder familiar do genitor alienador.

Convém, é claro, observar que no contexto da globalização o problema da alienação parental alcança limites extraterritoriais, o que agrava ainda mais os efeitos da alienação e torna mais difícil a sua dissolução. Fala-se então da Subtração Internacional de Menores. Antes de lançar um olhar precipitado sobre essa temática, deve-se perceber que esse fenômeno se diferencia do Tráfico Internacional de Menores. A Subtração Internacional de Menores seria a transferência ilegal do menor por um dos seus genitores a um país que não corresponde àquele de sua residência habitual, na maioria dos casos os genitores das crianças pertencem a diferentes nacionalidades. Já aquele se refere “a subtração, a transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos”:

Art. 2.º Para os efeitos desta Convenção, entende-se:

- a) por “menor”, todo ser humano menor de 18 anos de idade;
- b) por “tráfico internacional de menores”, a subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos;
- c) por “propósitos ilícitos”, entre outros, prostituição, exploração sexual, servidão ou qualquer outro propósito ilícito, seja no Estado em que o menor resida habitualmente, ou no Estado Parte em que se encontre; e
- d) por “meios ilícitos”, entre outros, o sequestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou o recebimento de pagamentos ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer meio ilícito utilizado seja no Estado de residência habitual do menor ou no Estado Parte em que ele se encontre⁸.

Sob essa ótica, ganha particular relevância o fato de que esse fenômeno se trata de um caso de alienação parental, já que, se encaixa perfeitamente no disposto no artigo 2.º, VII, da Lei de Alienação Parental:

Art. 2.º, § único: “São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: (...) VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós⁹”.

A Subtração Parental ocorre na situação em que o pai ou a mãe afasta os filhos do outro genitor, sem nenhuma justificativa, e, para tal, leva-os de sua residência habitual a diferente país, sem a autorização do outro. O genitor que subtrai a criança pode ser denominado de genitor subtrator, enquanto que outro é chamado de genitor abandonado¹⁰.

Não é exagero afirmar, nesse caso, que há fortes indícios que esse menor poderá ser alienado, pois, ao muda-lo de seu lar para um novo ambiente, um lugar em que provavelmente seu único vínculo será com o subtrator, ele será dependente daquele e, por isso, vulnerável a quaisquer meios que o genitor subtrator usar para fazê-lo ver a situação de seu ponto de vista. É inegável que a Subtração Internacional de Menores expõe, então, a criança aos mesmos riscos presentes nas situações de

⁷ BRASIL. *Lei nº 12318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF.

⁸ BRASIL. *Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

⁹ BRASIL. *Lei nº 12318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF.

¹⁰ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores*. Brasília: [20--]. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Publico_OK.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

alienação parental, com a ressalva de serem agravados pela distância física entre o menor e o genitor abandonado. Pode-se afirmar que “a subtração parental, nas suas modalidades nacional e internacional, representa a pior forma de alienação parental, com prejuízos muitas vezes irreversíveis tanto para o filho quanto para o genitor que a sofre¹¹”.

A Subtração usualmente acontece de duas maneiras possíveis, na primeira delas o subtrator retira a criança de seu guardião legal (ou convencional), sem a autorização deste, e leva-o de seu domicílio habitual para outro país. A segunda hipótese dá-se quando o guardião autoriza o outro genitor a viajar, com uma data de retorno estipulada, e no momento do retorno o subtrator se recusa a devolver a criança ao seu domicílio.

É possível que o subtrator motive o seu comportamento na insegurança de perder a guarda da criança para o outro genitor ou mesmo de, no caso da guarda compartilhada, não ser autorizado a voltar a seu país de origem sem a criança, o que o obrigaria a continuar a viver em outro Estado. Mas essa ideia ignora justamente o fato de que o subtrator acaba realizando contra o genitor abandonado aquilo que ele mais temia, além disso, essa conduta prejudica profundamente o menor, que é, sem dúvida, a maior vítima de toda esta situação.

Como se vê, a criança que deixa seu pai ou sua mãe experimenta sentimentos de incompreensão, de insegurança, de culpa, de medo, de abandono por parte do outro, de sofrimento por sua vida ter mudado abruptamente e sem ao menos saber o porquê. Aliado a isso, é comum que o subtrator influencie-o a conceber o outro genitor numa perspectiva ruim para que ela alegue sempre querer ficar com aquele que a subtraiu. A criança afastada, de um de seus pais, não poderá conhecer o genitor abandonado e nem tecer suas próprias críticas a respeito deste. O subtrator, então, de maneira cruel, sequestra parte da vida emocional da criança com seu outro genitor¹².

O desafio que se constrói, a partir da realidade exposta, é o de promover meios que mitiguem estes episódios e que garantam, ao menor, a manutenção da sua integridade psicológica e a construção e conservação de seus vínculos familiares, os quais são essenciais ao seu desenvolvimento físico, mental e social. Em vista disso, mostram-se essenciais os tratados internacionais que versam sobre esta matéria, em especial a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças¹³, e a cooperação internacional, tanto entre os países signatários quanto entre os não signatários, para que se obtenha a melhor solução, visando sempre o interesse do menor, em tempo hábil a mitigar qualquer dano causado pela alienação parental.

3. Breve ensaio acerca da Convenção de Haia

A globalização, acompanhada do desenvolvimento tecnológico do mundo pós-moderno, como já mencionado anteriormente, proporcionou um aumento significativo das relações transnacionais em que são constituídas famílias e, em alguns casos, gerados descendentes. Contudo, a partir de uma análise comparativa, também se observou uma expansão do número de termos de relacionamentos ao longo dos anos, o que, por sua vez, possibilitou o agravamento de práticas prejudiciais às relações familiares e, em especial, aos filhos oriundos destas relações.

Diante de tal cenário, os representantes dos Estados perceberam a necessidade de criar convenções que ratificassem a proteção dos direitos infanto-juvenis aquém de seus limites de atuações jurisdicionais, de modo que, gradativamente, começaram a

¹¹ VIVEIROS, R. “A subtração parental é a pior forma de alienação parental”. 2016. Disponível em: <<http://www.viveiros.com.br/a-subtracao-parental-e-a-pior-forma-de-alienacao-parental/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

¹² BENTO, R. “Quando o sequestro é emocional: subtração internacional de crianças”. *O Estadão*. São Paulo, p. 1-2. 22 dez. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quando-o-sequestro-e-emocional-subtracao-internacional-de-criancas/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

¹³ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

confeccionar tratados internacionais que abordassem tal temática. Surge, então, nessa conjuntura, a necessidade de se preservar tal camada social da execução da alienação parental por meio da subtração transnacional, conduta insalubre cometida por aquele que detém o direito de guarda do menor, absoluta ou parcialmente, ao retirá-lo, ilegalmente e sem justificativa plausível ou pretensão de retorno, do país em que suas referências culturais e emocionais foram construídas.

Instituiu-se, portanto, em 25 de outubro de 1980, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional, a qual passou a vigorar somente em 01 de dezembro de 1983, sendo promulgada no Brasil, por meio do Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. Este acordo internacional, atualmente, possui 190 países-signatários, consagrando-se, em virtude disso, como o “documento que adota o Direito das Crianças mais ratificado do mundo”, atuando a partir de leis, de instituições e de medidas práticas, bem como políticas e éticas, para promover abordagens integradas em relação aos direitos infanto-juvenis, reconhecendo que “o desenvolvimento pleno da criança implica a realização dos seus direitos sociais, culturais, econômicos e cíveis”, de maneira a ser imprescindível um “equilíbrio entre os direitos das crianças e dos seus responsáveis¹⁴”.

Assim sendo, busca-se, por meio da efetivação da Convenção, promover a célere localização do menor subtraído e o adequado retorno deste ao seu antigo país de residência, de modo a mitigar quaisquer possíveis danos psicológicos e emocionais que a criança possa vir a ter graças ao abrupto distanciamento de sua zona de referências culturais e de parte de seus vínculos afetivos, em especial, os familiares. Porém, sempre deve se observar os direitos de visita e de custódia decididos conforme as legislações próprias dos Estados contratantes em que foram decididas. Tal regulamentação, por sua vez, encontra-se prescrita no artigo 1º do referido tratado multinacional, o qual é responsável por delimitar os objetivos acordados, sendo estes, “assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado contratante ou nele retidas indevidamente” e “fazer respeitar de maneira efectiva nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante¹⁵”.

[...] deve-se avaliar os delineamentos dessa importante Convenção, no sentido e que se possa garantir, com absoluta prioridade, a preservação do direito fundamental das crianças de serem criadas no seio familiar onde estabeleceram vínculos afetivos e no lugar onde construíram suas referências culturais¹⁶.

Não obstante, é importante que se atente acerca da adequada, tempestiva e efetiva cooperação a ser impelida pelos Estados signatários, uma vez que a execução dos objetivos supracitados requer a comunicação e o devido apoio por parte das autoridades competentes destacadas por cada país. Afinal, para que se possa desenvolver uma resolução satisfatória das demandas existentes, em prol dos interesses da criança, é vital que haja uma troca de informações concretas e relevantes sobre os aspectos próprios da situação sob a ótica de todas as nações envolvidas, como, por exemplo, acerca da existência de medidas protetivas, no antigo país de residência, contra o genitor que pleiteia o retorno da criança.

Art. 7º, Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional: **As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, por forma a assegurar o regresso imediato das crianças** e realizar os outros objetivos presentes na Convenção. Em particular, deverão tomar, quer directamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

¹⁴ LUCAS MÉRIDA, CH. “Seqüestro interparental: o novo direito das crianças”, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, 9, p. 8, fev. 2011.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional*, 25 out. 1980. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf> >. Acesso em: 28/04/2018.

¹⁶ DUARTE, M. *Lei de Alienação Parental em Auxílio aos Diplomas Internacionais de Proteção à Criança e Adolescente*. 2015. Disponível em: < <https://pt.linkedin.com/pulse/lei-de-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-em-aux%C3%ADlio-aos-diplomas-prote%C3%A7%C3%A3o-duarte> >. Acesso em: 28/04/2018.

- a) Localizar a criança deslocada ou retida ilegalmente;
- b) **Evitar novos danos à criança**, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas provisórias;
- c) Assegurar a reposição voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) **Proceder à troca de informações relativas à situação social da criança**, se isso se considerar de utilidade;
- e) **Fornecer informações de carácter geral respeitantes ao direito do seu Estado**, relativas à aplicação da Convenção¹⁷;
[...] (grifo nosso).

Isto posto, passar-se-á a uma análise detalhada dos aspectos materiais e formais das normas cogentes prescritas da Convenção, de modo a promover certa elucidação quanto aos requisitos a serem preenchidos para que, de fato, possa haver a atuação dos países na questão, sempre, é claro, visando preservar o bem-estar físico, psicológico e emocional dos infante-juvenis.

4. Aspectos formais necessários para a execução da Convenção de Haia

Há de se entender, primeiramente, quais são os requisitos legais a serem preenchidos para que o deslocamento internacional dos filhos, por algum dos pais, seja tido como ilícito à luz da Convenção de Haia de 1980. Em seguida, remetendo-se às considerações e medidas a serem adotadas pelos Estados signatários no tratamento da subtração internacional como um mecanismo para a efetivação da alienação parental, com um ressaltado excepcional à cooperação entre nações.

Feita tal prévia ressalva, convencionou-se, durante os debates fomentados para a consolidação do tratado supramencionado, o entendimento de que a retirada da criança dos limites territoriais de seu país de residência somente poderia ser catalogada como ilícita caso adimplisse com duas condições cumulativas: a efetiva violação, anterior ao deslocamento, do direito de custódia, e que este mesmo direito estivesse sendo exercido no momento da subtração ou que tenha tido seu exercício vetado em face disso. Ou seja, é necessária a afetação do direito de custódia da criança, estabelecido nos termos do Estado de onde ela foi levada, em relação a um de seus genitores por meio da ação do outro genitor. Isso se mostra, sem maiores aporias, por meio da interpretação do conteúdo normativo extraído do artigo 3º da Convenção:

Art. 3º, Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional/1980: A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) **Tenha sido efectivada em violação de um direito de custódia** atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, **pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção**; e
- b) **Este direito estiver a ser exercido de maneira efectiva**, individualmente ou em conjunto, **no momento da transferência ou da retenção, ou o devesse estar se tais acontecimentos não tivessem ocorrido**;

O direito de custódia referido na alínea a) pode designadamente resultar quer de uma atribuição de pleno direito, quer de uma decisão judicial ou administrativa, quer de um acordo vigente segundo o direito deste Estado¹⁸. (grifo nosso)

Vale ressaltar, antes de prosseguir com a análise dos requisitos formais a serem verificados para a atuação dos Estados nos casos de subtração de infante-juvenis, que a Convenção entende como direito de custódia, “o direito relativo aos cuidados devidos à criança como pessoa, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. . *Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional*, 25 out. 1980. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf> >. Acesso em: 28/04/2018.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. . *Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional*, 25 out. 1980. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf> >. Acesso em: 28/04/2018.

residência¹⁹”, e que não há uma análise de mérito acerca dele, sendo executado o retorno do menor independentemente do que foi estipulado a respeito desta matéria num primeiro momento. Tal ato jurídico-processual de revisão, por sua vez, compete, restritamente, aos tribunais determinados pelo ordenamento do país do qual a prole foi deslocada de forma ilegal, assim cabendo uma nova decisão judicial desta questão em decorrência dos fatos agregados ao processo.

Configurando-se os requisitos que caracterizam a transferência ilícita, deve a criança retornar ao Estado de onde foi levada, independentemente do mérito da decisão que, no Estado de origem, conferiu a guarda ou regulou as visitas²⁰.

Pode-se, diante do exposto até o presente momento, inferir que, em casos de alienação parental por subtração internacional dos filhos, a medida a ser adotada pelo Estado no qual o alienador fixou domicílio com a criança é da outorga do retorno dela ao seu local de residência anterior do modo mais célere possível, tal como devidamente ressaltado no artigo 1º da Convenção, transcrito no item anterior. Contudo, existem situações no mundo fático em que a transferência de volta do menor não entra em consonância com a proposta de promover a preservação dos seus interesses próprios ou do seu bem-estar físico, psicológico e emocional. Assim, pensando nessa possibilidade, foram elencadas restrições, no próprio acordo multinacional, ao regresso dos filhos aos seus antigos países, sendo elas expressas no artigo 13 do seguinte modo:

Art.13, Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional/1980: Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, **a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o regresso da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se opuser ao seu regresso provar:**

- a) **Que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efectivamente o direito de custódia na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção;** ou
- b) **Que existe um risco grave de a criança, no seu regresso, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica,** ou, de qualquer outro modo, a ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o regresso da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já uma idade e um grau de maturidade tais que levem a tomar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, **as autoridades judiciais ou administrativas deverão ter em consideração as informações respeitantes à situação social da criança** fornecidas pela autoridade central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança. (grifo nosso)

Observa-se, portanto, que há, pelo menos em tese, um cuidado notável em se averiguar a situação concreta como um todo para que se mitiguem os possíveis danos diretos, ou até mesmo colaterais, das transferências territoriais da criança, seja para sua subtração ou para o seu retorno ao país do qual foi levada. Uma possível exemplificação de um critério a ser considerado antes de se efetivar a devolução do menor é a existência de medidas protetivas em face do genitor que pleiteia o retorno do filho, uma vez que reconstruir o contato entre ambos nessas circunstâncias, sem um devido amparo, pode trazer danos similares aos que se tentaram evitar ao se transferir novamente o indivíduo.

Por fim, ressalta-se a necessidade dos Estados contratantes de instituírem autoridades competentes para o tratamento desse tipo de conflitos, de modo que a cooperação possa se dar de modo mais centralizado e, portanto, eficiente. No Brasil, por meio do Decreto nº 3.413/2000, ratificaram-se os pontos acordados na Convenção

¹⁹ Ibid.

²⁰ GONÇALVES PORTELA, PH. *Direito Internacional Público e Privado*, Ed. Juspodivm, 2015, p. 784.

acerca da subtração internacional, bem como se determinou que a Advocacia Geral da União (AGU) seria o órgão competente para trabalhar nesses casos, sempre observando os preceitos da cooperação internacional e do bem-estar dos subtraídos²¹.

5. A Cooperação Jurídica como condição essencial à efetivação dos Tratados Internacionais

Observa-se, inegavelmente, que, dentre as inúmeras modificações advindas do processo de globalização, a integração entre as diversas nações e, conseqüentemente, a ampliação das relações jurídicas transnacionais avultaram a importância do direito internacional privado. Diferentemente do direito privado, o qual versa sobre os interesses particulares no âmbito nacional, aquele dispõe sobre as relações jurídicas particulares internacionais, ou seja, envolve pessoas de diferentes nacionalidades. Fica evidente, nesse caso, que o direito internacional privado enfrenta grandes desafios ao tentar harmonizar os distintos ordenamentos jurídicos das diversas nações, pois não é aceitável, por exemplo nos casos de subtração parental, que um dos genitores leve o filho ilegalmente a outro país e lá adquira a guarda unilateral, deixando assim o genitor abandonado em prejuízo. Em face dessa ideia, cabe reconhecer que o papel do direito internacional na resolução desse tipo de conflito é de grande relevância, assim como a cooperação jurídica internacional, uma vez que esta é o principal meio utilizado para solucionar os conflitos privados transnacionais.

Antes de lançar um olhar mais profundo sobre esta temática, faz-se necessário apontar que a Constituição Federal entende a soberania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isto significa dizer que o Brasil demonstra não estar sujeito a aceitar interferência externa na Jurisdição brasileira:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - A soberania; (...) ²².

Contudo, num mundo em que a globalização abre caminho para uma sociedade que possui conflitos que ultrapassam o âmbito nacional, não pode a soberania impedir a materialização de direitos individuais. Nessa perspectiva, para se adequar a nova realidade mundial, é compreensível que a soberania sofra uma certa relativização. Este processo de relativização pode ser solidificado nos tratados internacionais cuja definição foi feita no artigo 2.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil aderiu por meio do Decreto n.º 7.030/09:

Artigo 2.º: Expressões Empregadas

1. Para os fins da presente Convenção:

a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

b) "ratificação", "aceitação", "aprovação" e "adesão" significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado; (...) ²³.

Convém, é claro, observar que para que um tratado seja vigente no Brasil, faz-se necessária à sua ratificação pelo ordenamento jurídico brasileiro, competência esta pertencente ao Poder Executivo. Pode-se corroborar essa afirmação tendo como base a Constituição Federal no artigo 21, I: "Compete à União: I- manter relações com Estados

²¹ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

²² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²³ BRASIL. *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, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

estrangeiros e participar de organizações internacionais²⁴”; no artigo 84, VIII: “Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional²⁵”; no entanto, para que haja a harmonização entre os três Poderes, é assegurado no artigo 49, I: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional²⁶”. Pode-se entender a aprovação do Poder Legislativo como uma validação solene do Estado brasileiro, dos termos do tratado internacional, ante os demais países signatários.

Importante ressaltar que é esta ratificação feita pelo Brasil perante os demais Estados que obriga a União a cumprir com o que foi acordado, assim como também é o que permite ao Estado brasileiro requerer o cumprimento do mesmo em face dos outros signatários. Essa relação pode ser traduzida na cooperação jurídica internacional.

Em vista disso, pode-se afirmar que a cooperação jurídica internacional se propõe a garantir “o direito de o Estado e seus cidadãos processarem e julgarem litígios de sua competência, mesmo quando elementos indispensáveis à condução do processo se encontrem em jurisdição estrangeira²⁷”. Afinal trata-se de impedir que, o simples fato de cruzar-se uma fronteira ou de se estar ilegalmente em território estrangeiro, seja uma restrição à atuação do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, os tratados internacionais “servem de base jurídica para a prestação de auxílio jurídico recíproco²⁸”. Por intermédio da assinatura de tratados, convenções e acordos baseados numa colaboração recíproca entre os signatários, será mais fácil a construção de soluções às questões que ultrapassam as fronteiras nacionais, e nas quais o Estado é inapto a resolver desassistido.

A cooperação jurídica internacional pode ser classificada em ativa e passiva e em direta e indireta. A cooperação ativa seria aquela em que um Estado formula a outro o pedido de assistência jurídica, já a cooperação passiva se dá quando o Estado recebe do outro o pedido de cooperação. No que tange a cooperação indireta essa depende, para ser efetivada, de um juízo de delibação, ao contrário da cooperação direta em que o juiz de primeiro grau possui pleno conhecimento²⁹. A cooperação também possui diferentes modalidades, pode-se citar a carta rogatória, a extradição, a homologação de sentença estrangeira, a transferência de presos, a extradição e o auxílio direto.

A carta rogatória é considerada um dos mais antigos mecanismos de cooperação jurídica internacional, sendo definida de acordo com o artigo 237, II do Código de Processo Civil como um pedido a ser feito “para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro³⁰”. A extradição é “a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria Civil*. Brasília: 2008, p.12. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais/manuais-da-corregedoria/2009Manual_CooperacaoCivil.pdf#page=39>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁸ BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011, p.7. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁹ BRASIL. Op. cit., nota 26.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

processo penal em curso”.³¹ A homologação de sentença estrangeira é o procedimento pelo o qual se confere eficácia, em território nacional, a decisões judiciais proferidas no estrangeiro. A transferência de presos acontece quando se remove um indivíduo já condenado num Estado, para cumprir sua sentença em seu Estado de origem. O auxílio direto “é o instituto que permite cognição plena, ou seja, sua cognição é atribuída ao juiz de primeira instância³²”.

No que tange à aplicação da Convenção de Haia sobre a Subtração Internacional de Menores, a modalidade atribuída é o auxílio direito. Esse permite que ao juiz “amplo conhecimento do mérito discutido no pedido de cooperação jurídica internacional, conferindo ao magistrado nacional a decisão sobre a ocorrência da ilicitude da transferência ou retenção de criança, conforme a referida Convenção de Haia.”³³ As Autoridades Centrais são os órgãos administrativos responsáveis por centralizar a cooperação jurídica internacional, no Brasil essa cooperação ainda incumbe à Advocacia Geral da União.

5.1. Atuação da Advocacia Geral da União na aplicação da Convenção de Haia de 1980

Ao se discutir sobre o problema da Subtração Internacional de Menores, torna-se relevante apurar as medidas cabíveis quando configurado este fenômeno. Uma vez que o Brasil adotou, por meio do Decreto 3.413/2000, à Convenção de Haia de 1980, é evidente que o Brasil é obrigado a adotar judicialmente todas as ações indispensáveis para restituir os menores, retidos ilegalmente no país, ao seu domicílio habitual. Os pedidos de restituição dos menores entre os países signatários da Convenção devem ser feitos por meio das Autoridades Centrais as quais são indicadas por cada Estado-Parte como disposto no artigo 6º da convenção³⁴:

Artigo 6.º: Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado.

A Autoridade Central compreende o órgão em âmbito nacional encarregado do gerenciamento da cooperação jurídica com os Estados signatários ou com as organizações internacionais. A Autoridade Central realiza o juízo preliminar de admissibilidade nos pedidos de cooperação, tendo que considerar tanto os tratados internacionais vigentes e a legislação nacional quanto os costumes e as práticas nacionais e internacionais³⁵. Sendo assim, este órgão foi criado para facilitar as relações jurídicas internacionais ao unificar os encargos da cooperação internacional em uma só instituição, tendo em vista tornar a cooperação mais célere e eficaz, além disso, é um

³¹ BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF, artigo 81. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

³² BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011, p.7. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

³⁵ SIFUENTES, M; CALMON, G (Org.). *Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

importante marco na comunicação entre os Estados que antes só realizavam este processo por meio dos canais diplomáticos³⁶.

No Brasil, a Autoridade Central competente é a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República, esta então possui o dever de cooperar em juntamente com as demais Autoridades Centrais no sentido de³⁷:

Artigo 7.º: As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados, de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para:

- a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente;
- b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas;
- c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável;
- d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança;
- e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção;
- f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita;
- g) acordar ou facilitar, conforme às circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado;
- h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança;
- i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta;

A SEDH atua também, como autoridade central, na Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e na Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores. Em vista disso, pode-se afirmar que concerne à SEDH, após o recebimento da solicitação formulada pelo Estado de domicílio habitual do menor, e estando presentes os requisitos administrativos para a admissão do requerimento³⁸, enviar notificação administrativa à pessoa que retém a criança ilegalmente no Brasil.

A documentação necessária para dar início ao pedido judicial de restituição varia de acordo com o caso concreto. Todavia, é recomendável que sejam anexados ao formulário-padrão documentos que comprovem e/ou identifiquem:

- a) o local onde a criança residia no país de origem (residência habitual);
- b) o endereço onde a criança possivelmente será localizada no Brasil;
- c) o efetivo exercício do direito de guarda pelo pai ou parente que foi deixado para trás;
- d) os dispositivos legais do país de origem que tratam sobre o tema da guarda de menores;
- e) a transferência ou retenção ilícita da criança (autorização de viagem apenas para passeio, passagens aéreas de ida e volta para o país de origem, entre outros).

Contudo, se houver qualquer resistência em restituir amistosamente a criança, a Autoridade Central brasileira irá encaminhar este caso à Advocacia Geral da União (AGU).

³⁶ BRASIL. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria Civil*. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais/manuais-da-corregedoria/2009Manual_CooperacaoCivil.pdf#page=39>. Acesso em: 28 abr. 2018.

³⁷ BRASIL. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

³⁸ BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011, p.17. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

O Papel da AGU faz-se necessário, uma vez que, a Autoridade Central é um órgão da administração pública e, como tal, não possui personalidade jurídica, consequentemente, compete-se à União representá-la judicialmente³⁹. A AGU, então, atuar nesse caso porque dispõe do *jus postulandi* em relação à União, conforme o artigo 131 da Constituição Federal⁴⁰ e o artigo 1.º da Lei Complementar n.º 73⁴¹:

Constituição Federal, art. 131: A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Lei complementar n.º 73, art. 1.º: A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

A AGU representa processualmente a União, desse modo deve defender seus interesses, o que, neste caso, compreendem a realização da cooperação internacional entre os Estados signatários. Após a demanda pela restituição do menor e tendo o país de origem da criança deferido o pedido, a AGU e a SEDH empregam reforços, junto à Justiça, para que se garanta a saúde física e psicológica do menor, assim como um retorno seguro seu domicílio de residência⁴².

A AGU organiza-se internamente de modo a conectar a sede da Autoridade Central, em Brasília, com os órgãos de execução da AGU, presentes em cada estado. Além disso, o Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União firma as teses jurídicas a serem utilizadas nesses processos visando a uniformidade do posicionamento do Brasil nos casos de Subtração Internacional de Menores⁴³. É necessário ressaltar também que, devido a sua divisão interna, a AGU trabalha esses processos por meio dos chamados “pontos focais”. Estes compreendem os advogados da União que são determinados pelas respectivas chefias para atuarem nos casos que envolvem o Direito Internacional, especialmente aqueles que versam sobre a Convenção de Haia de 1980. A indicação desses pontos focais permite que eles sejam coordenados conjuntamente ao Departamento Internacional da AGU que, por sua vez, mantém contato direto com a Autoridade Central.

É imperativo ressaltar, também, que a AGU, representando o interesse legítimo da União de cumprir as obrigações assumidas nos tratados internacionais, não atua no interesse privado de um dos pais da criança. Ademais, a localização da criança é efetivada por meio da Interpol, a qual não pressupõe a existência de investigação policial, mas se justifica pelo controle às pessoas desaparecidas e pelo convênio com a Autoridade Central brasileira. Além disso, em consequência do artigo 26 da referida convenção, a AGU sempre demanda a condenação do genitor subtrator ao pagamento dos custos gerados pela localização e pelo retorno do menor.

Toda essa organização do Estado brasileiro no intento de alcançar a solução que privilegie o melhor interesse do menor, entretanto, nem sempre é

³⁹ BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011, p. 9. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴¹ BRASIL. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴² BRASIL. Advocacia-Geral Da União. “*Sequestro Internacional de Crianças*”. 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴³ BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011, p.9. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

alcançada. É preciso ressaltar que, infelizmente, o Brasil, desde que aderiu à Convenção de Haia de 1980, tem sido alvo de críticas da comunidade internacional, principalmente no que decorre sobre a morosidade no seguimento dos processos. Dentre os inúmeros problemas responsáveis por este atraso, pode-se citar o conflito de competência entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal.

Este conflito se dá porque, normalmente, o genitor subtrator, ao chegar ao Brasil, solicita a guarda provisória nas varas de família da Justiça Estadual, a qual não costuma ser negada. Porém, quando a Autoridade Central recebe o pedido de cooperação jurídica internacional, encaminha o pedido à AGU que ingressa com ação de restituição perante a Justiça Federal⁴⁴. Entretanto, é determinante observar que, de acordo com o artigo 109 da Constituição Federal⁴⁵ é da competência de a Justiça Federal julgar as ações de interesse da União e para julgar as causas decorrentes de tratados, ou seja, ambos os requisitos se encaixam nos casos da Convenção de Haia de 1980:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - As causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - As causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; (...).

É preciso, porém, reconhecer que de nada adianta existir toda essa estrutura se não existe uma efetiva cooperação internacional entre os países signatários da Convenção, uma vez que, é somente por meio da colaboração entre esses Estados que o acordado na Convenção realmente irá ser aplicado aos inúmeros casos de Subtração Internacional de Menores existentes atualmente.

O fenômeno da Subtração Internacional de Menores é grave e merece total atenção tanto dos organismos internacionais quanto dos Estados e, apesar de que ratificar a Convenção seja um passo importante no combate a essa prática, não se pode aceitar que as medidas instituídas fiquem só no papel. Ou seja, é preciso realmente aplicá-las e colaborar com os outros Estados para solucionar esses casos. Por consequência, os Estados signatários dos tratados internacionais possuem uma Responsabilidade Internacional, esta pode ser definida como a garantia do equilíbrio e da equivalência entre os Estados signatários e a comunidade internacional⁴⁶.

Nessa perspectiva, o Brasil possui a obrigação de respeitar o acordado na Convenção de Haia de 1980, além de ter o dever de reparar todo prejuízo advindo do descumprimento da Convenção. Não se está hierarquizando os tribunais brasileiros em relação aos órgãos internacionais, mas tão somente assegurando o que o Brasil se comprometeu a seguir ao se submeter ao tratado.

5.2. Análise das decisões judiciais sobre casos de Subtração Internacional de Menores

Devido a esses processos tratarem sobre crianças e adolescentes, torna-se difícil encontrar muitas informações sobre eles em razão do segredo de Justiça que os cerca. Contudo, o site da Advocacia Geral da União dispõe ementas de algumas decisões judiciais que serão comentadas, ainda que de modo superficial.

⁴⁴ GASPAR, R.A.; AMARAL, G. "Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?". *Meritum*: revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p.351-387, jan./jun. 2013. Semestral, p.30. Disponível em: <<http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1790/1161>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁶ BRASIL. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: AGU/pgu, 2011, p.15. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS, DE 25/10/80 - DECRETO N.º 3.413/2000 - COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL - RESTITUIÇÃO DE MENORES À NORUEGA - A UNIÃO FEDERAL É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO DA DEMANDA - PRECEDENTES DO STJ E DO TRF-2ª REGIÃO - GUARDA E JURISDIÇÃO (ARTS. 16, 17 E 19 DO DECRETO N.º 3.413/2000) - SEGURANÇA DENEGADA.

I-A cooperação judiciária internacional pode se dar pela via da carta rogatória, através da homologação de sentença estrangeira ou diretamente, como é o caso dos autos, hipótese em que a União Federal não pretende executar em solo nacional a sentença estrangeira, mas tão-somente obter uma "decisão brasileira de restituição dos menores à Noruega", com base na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, à qual o Brasil aderiu, tendo-a incorporado ao ordenamento jurídico pátrio. (...)

III- A União postula, pela via oblíqua, os interesses da Noruega - Estado requerente da cooperação judiciária internacional - de ver restituídos para o seu território os menores que ali residiam até o momento da ilícita transferência para o Brasil. (...)

VI- A questão da guarda e a jurisdição apropriada para apreciá-la são matérias disciplinadas pela Convenção de Haia nos dispositivos dos arts. 16, 17 e 19, não cabendo à Justiça brasileira tomar para si o conhecimento de questão que compete à jurisdição de outro Estado.

VII- Ainda que exista decisor do Judiciário Brasileiro definindo questões de guarda e visitas, o Estado Brasileiro, por meio do Poder Judiciário, não pode negar pedido de restituição de menores se os requisitos do Tratado estiverem presentes. (...) ⁴⁷

Observa-se na decisão a preocupação com a Cooperação Jurídica Internacional, primeiro no que dispõe aos diferentes modos que esta pode se manifestar e apontando o método instituído pela Convenção de Haia de 1980, que é o auxílio direto.

Em seguida aponta a atuação do Estado brasileiro como *longa manus* da Noruega, ou seja, o Brasil adotou medidas em proveito e no interesse do Estado Norueguês para que fosse efetivada a melhor decisão em proveito do menor. Por último, observa-se a cooperação e a responsabilidade internacional ao se destacar que o Brasil não poderia negar a restituição, uma vez que, não havia nenhuma característica impeditiva, segundo os critérios da própria Convenção.

A decisão ainda atenta para o fato das questões relativas à guarda não serem competentes do Brasil, mas sim do Estado cujo domicílio habitual da criança se localiza.

A próxima decisão:

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES. CONVENÇÃO DE HAIA. APLICABILIDADE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA.

(...)

III - Da literalidade do artigo 12 da Convenção de Haia ressalta a preocupação dos Estados Contratantes em garantir a maior celeridade possível ao repatriamento das crianças ilegalmente transferidas de seu país de origem, com vistas a evitar ao máximo os malefícios inerentes a um retorno que somente viesse a ocorrer após a possivelmente árdua adaptação das crianças ao seu novo meio social. Entretanto, se comprovado que as medidas adotadas pelo genitor dos menores objetivando o retorno dos filhos ao seu país natal se iniciaram dentro do prazo de um ano previsto no referido artigo, não há que se falar em recusa ao repatriamento "em razão de estar integrada a criança ao seu novo meio".

IV- Por se tratar de uma exceção à regra geral, o art. 13, "b" da Convenção de Haia, segundo o qual a autoridade judicial do Estado requerido não está obrigada a ordenar o retorno da criança ilegalmente subtraída de seu país de origem quando restar provado que "existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou de qualquer outro modo, ficar numa situação

⁴⁷ BRASIL. Advocacia Geral Da União. "Jurisprudência sobre Sequestro Internacional de Menores". 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/119651>. Acesso em: 28 abr. 2018.

intolerável", deve ser interpretado restritivamente, pois a intenção dos Estados Contratantes teria sido, visando ao bem-estar do menor, apenas o de protegê-lo de perigos concretos a que pudesse expô-lo o seu retorno ao país de origem, tais como guerras civis, epidemias fora de controle, escassez de alimentos, e situações que evidenciassem uma falta de civilidade no âmbito do Estado requerente. Neste sentido, não poderia uma desavença entre o casal, ainda que grave, servir de fundamento para a aplicação da exceção ali prevista, mormente quando não comprovado o comprometimento da integridade física ou mental dos menores. (...) ⁴⁸

Destaca-se nesta sentença a preocupação com a celeridade do processo visando sempre o melhor interesse do menor, além de ser essencial para mitigar os efeitos da alienação parental que, em casos de subtração internacional, tem suas consequências agravadas. Além disso, ressalta-se que o pedido de restituição foi realizado dentro do prazo de um ano, o que, conforme a Convenção, significa que a criança deve ser restituída imediatamente, já que não é possível ter sido integrada ao novo meio neste curto prazo. Ressalta-se, também, a ausência das condições que excetua a restituição imediata da criança.

No seguinte caso tem-se uma decisão diferente:

DIREITO INTERNACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CONVENÇÃO SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS - CONVENÇÃO DE HAIA. UNIÃO. INTERESSE DE NATUREZA PÚBLICA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. RESIDÊNCIA HABITUAL. DEFINIÇÃO. INTERESSE DO MENOR. DIREITO INDISPONÍVEL. BUSCA DA VERDADE REAL. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CPC. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL, APELAÇÃO E AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL PREJUDICADOS.

(...)

9. O presente feito não se encontra devidamente instruído, perdurando dúvidas e divergências quanto ao local de residência habitual do menor, sendo necessária a produção de provas para esclarecimento da questão. (...).

11. A desconstituição da sentença é de rigor para que se proceda à devida instrução, eis que a ampla dilação probatória, a ser realizada com o intuito de fixar, com a máxima certeza, e por ocasião da ocorrência dos fatos descritos na inicial, o local de residência habitual do menor para a adequada decisão da demanda, visa à efetiva proteção do interesse do menor, objetivo precípua da Convenção de Haia, bem como de nossa Carta Magna, especialmente em seu artigo 227. (...).

13. Admitido o ingresso da União no feito na qualidade de assistente litisconsorcial; desconstituindo-se, de ofício, a r. sentença monocrática de fls. 552/557, com o retorno dos autos ao juízo de origem para a devida instrução do feito, com a produção das provas pertinentes, bem como a tentativa de conciliação entre as partes, após o que, observadas as formalidades processuais, deverá ser proferida nova sentença, prejudicados o agravo regimental da União, a apelação do autor e a ação cautelar incidental nº 2009.03.00.005254-2, nos termos constantes do voto ⁴⁹.

Nesta decisão observa-se a preocupação em alcançar o melhor interesse do menor, assim, como não houve certeza quanto ao domicílio habitual do menor, foi-se decidido que o caso voltaria à primeira instância para que fossem devidamente constituídas as provas e para que se realizasse a correta análise dos autos. É inegável, neste caso, o esforço da Justiça brasileira em chegar à solução mais harmoniosa ao caso concreto.

⁴⁸ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *"Jurisprudência sobre Sequestro Internacional de Menores"*, 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/119651>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁹ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *"Jurisprudência sobre Sequestro Internacional de Menores"*, 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/119651>. Acesso em: 28 abr. 2018.

6. Conclusão

Como visto de forma reiterada ao longo deste artigo, a alienação parental é uma conduta extremamente lesiva ao vínculo afetivo entre o genitor alienado e o filho, o que causa repercussões diretas na formação pessoal deste. Tal lesão, por sua vez, torna-se mais intensa e, consequentemente, prejudicial, quando a prática da alienação vem acompanhada de uma subtração internacional do infante-juvenil, afinal, além do abrupto distanciamento físico instituído em relação ao pai alienado, ainda se afastam as referências culturais em que ele se encontrava inserido.

Percebe-se, então, a importância de se instituir e efetivar devidamente um tratado internacional que compilasse em si normas cogentes acerca de como reconhecer o fenômeno e de quais medidas devem ser aplicadas caso haja uma constatação positiva de sua ocorrência, sempre visando atitudes cooperativas entre os Estados. Surge, nesse contexto, a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional em 1980, da qual o Brasil é signatário e, diante da promulgação do Decreto nº 3.314/2000, adotou as medidas necessárias para se adequar aos critérios estabelecidos, dentre eles, a designação de uma autoridade competente para o tratamento desse tipo de situação concreta, sendo esta a Assembleia Geral da União.

Por fim, cabe observar, por meio da análise dos casos concretos expostos, a importância de se preservar os interesses e o bem-estar das crianças, tratando-as conforme a dignidade da pessoa humana, isto é, como o fim de si mesmas e não como um mero objeto acerca do qual se litiga após os fins dos relacionamentos, ou pior, como um mecanismo a partir de qual é possível infligir dor ao antigo companheiro.

7. Referências

- BENTO, R. "Quando o sequestro é emocional: subtração internacional de crianças." *O Estadão*. São Paulo, p. 1-2. 22 dez. 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/quando-o-sequestro-e-emocional-subtracao-internacional-de-criancas/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- BRASIL. Advocacia Geral Da União. "*Jurisprudência sobre Sequestro Internacional de Menores*." 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/119651>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Advocacia-geral da União. Procuradoria-geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. Brasília: Agu/pgu, 2011. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/157035>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Advocacia-Geral Da União. "*Sequestro Internacional de Crianças*". 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113473>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. *Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998*. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- _____. *Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000*. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- _____. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Secretaria Nacional de Justiça. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria Civil*. Brasília: 2008. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/manuais/manuais-da-corregedoria/2009Manual_CooperacaoCivil.pdf#page=39>. Acesso em: 28 abr. 2018.

- _____. *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, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. *Lei nº 12318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF.
- _____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Lei de Migração. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Ministério das Relações Exteriores. *Cartilha Sobre Disputa de Guarda e Subtração Internacional de Menores*. Brasília: [20--]. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/images/cartilhas/cartilhas_menores/Cartilha_Geral_Publico_OK.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- _____. Poder Judiciário Do Estado De Mato Grosso. (Org.). *Cartilha Alienação Parental*. Cuiabá: 2014. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/2014/04 - Abril/25 - Cartilha - Alienação.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- BUOSI, CCF. *Lei da alienação parental: o contexto sociojurídico da sua promulgação e uma análise dos seus efeitos*. 2011. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- GASPAR, RA.; AMARAL, G. "Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor?". *Meritum*: revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 8, n. 01, p.351-387, jan./jun. 2013. Semestral. Disponível em: <<http://fumec.br/revistas/meritum/article/view/1790/1161>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- DUARTE, M. *Lei de Alienação Parental em Auxílio aos Diplomas Internacionais de Proteção à Criança e Adolescente*. 2015. Disponível em: <<https://pt.linkedin.com/pulse/lei-de-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-em-aux%C3%ADlio-aos-diplomas-prote%C3%A7%C3%A3o-duarte>>. Acesso em: 28/04/2018.
- GONÇALVES PORTELA, PH. *Direito Internacional Público e Privado*, Ed. Juspodivm, 2015.
- LUCAS MÉRIDA, CH. "Seqüestro interparental: o novo direito das crianças", *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, 9, p. 7 – 12, fev. 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis da Subtração Internacional*, 25 out. 1980. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/docs/bbca6301-9847-470b-ac47-4635cb1e7cbd.pdf>>. Acesso em: 28/04/2018.
- SIFUENTES, M.; CALMON, G. (Org.). *Manual de aplicação da Convenção de Haia de 1980*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia-baixa-resolucao.pdf/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- VIVEIROS, R. "A subtração parental é a pior forma de alienação parental." 2016. Disponível em: <<http://www.viveiros.com.br/a-subtracao-parental-e-a-pior-forma-de-alienacao-parental/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Disposição do Próprio Corpo: Interesses Comerciais das Partes Destacáveis do Corpo Humano à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Body Self-Determination: Interests of Detachable Human Body Parts in Brazilian Legal Ordinance

Júlia Chequer Feu Rosa¹

Laura de Amorim Ferreira²

Margareth Vetis Zaganelli³

Universidade Federal do Espírito Santo

Sumário: 1.Introdução - 2. As partes destacáveis do corpo humano e o entendimento doutrinário brasileiro - 3. O problema da falta de sangue e os incentivos para repô-lo - 4. A problemática da doação de óvulos no Brasil e no mundo e a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017 - 5. A doação de esperma e seus princípios norteadores - 6. Conclusão - 7. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo aborda o direito à disposição do próprio corpo, diante do déficit de partes destacáveis do corpo humano para doação e a proibição de sua comercialização, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de metodologia exploratória com base em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislação constitucional e infraconstitucional, bem como do Direito Comparado, inicialmente expõe sobre a proteção das partes destacáveis do corpo humano, a fim de evidenciar, como previsto na Constituição Federal, possíveis formas de incentivo aos seus doadores, de modo não pecuniário. O sangue, o óvulo e o esperma, serão abordados separadamente, apresentando os auxílios dados pela legislação e por resoluções do Conselho Federal de Medicina, além de exemplos na legislação de outros países. O estudo pretende assinalar que é possível dar incentivos aos doadores, sem, no entanto, perder o caráter altruístico da ação ou de comercializar partes do corpo do ser humano.

Palavras-chave: Disposição do corpo. Doação. Partes destacáveis. Sangue. Óvulo. Esperma.

Abstract: This article discusses the right of body self-determination, given the deficit of detachable human body parts for donation and the prohibition of its commercialization, in the light of the Brazilian legal system. Through an exploratory methodology based on bibliographic research, jurisprudential, constitutional and infraconstitutional legislation, as well as Comparative Law, it initially exposes about the protection of the detachable body parts, in order to evidence, as provided in the Brazilian Federal Constitution, possible forms of incentive to their donors, in a non-pecuniary way. Blood, egg and sperm will be discussed separately, presenting the aid given by legislation and resolutions of the Brazilian Federal Council of Medicine, as well as examples of other countries legislations. The study intends to point out that it is possible to give incentives

¹ Graduanda em Direito Pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e membro do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES).

² Graduanda em Direito Pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e membro do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES).

³ Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES).

to donors without, however, losing the altruistic character of the action or marketing human body parts.

Keywords: Body determination. Donation. Detachable parts. Blood. Eggs. Sperm.

1. INTRODUÇÃO

Sendo o objetivo principal do direito organizar as relações humanas, surge a dúvida do que o ser humano significa e a sua proteção frente ao outro. É nesse sentido que, diante de uma perspectiva histórica, a pessoa passou a ser considerada o valor principal, ou o valor-fonte de todos os valores. Surge dessa forma, os direitos da personalidade, que disciplinam e reconhecem a proteção jurídica que o direito vem reconhecendo ao homem. Definido por Francisco Amaral como “direitos subjetivos ou melhor, situações jurídicas existenciais que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁴ sendo essenciais, personalíssimos, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e sem poder de limitação voluntária. Estão especificados no Código Civil, garantindo a dignidade da pessoa humana, assim como seus valores essenciais.

Diante dessa proteção especial ao ser humano, a vida torna-se o pressuposto básico para todas as outras garantias, de modo que, se não há vida e saúde, a pessoa não terá condições de realizar quaisquer outras atividades civis. Desse modo, cria-se um choque entre a proteção incondicional do ser humano e a autonomia da vontade. Por diversas vezes, há dúvidas sobre até que ponto uma pessoa poderia dispor de seu corpo e até que ponto o direito poderia intervir nesse aspecto privado. Destarte, considerando os Arts. 13 e 14 do Código Civil brasileiro de 2002, vê-se que, por opção legislativa, a autonomia da vontade do ser humano de disposição do próprio corpo torna-se restringida a atividades gratuitas, que não causem diminuição permanente da integridade física. Assim, a legislação afirma:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Primeiramente, em relação a obrigatoriedade da disposição gratuita, observa-se a origem no Art. 199, § 4º da Constituição Federal de 1988, que veda todo tipo de comercialização de órgãos e tecidos humanos, incluindo o sangue. Nesse sentido, em realidade, o Brasil segue uma tendência internacional de proibição da venda de órgãos a fim de impedir o tráfico e a objetificação humana. Na maioria dos países do mundo, exceto o Irã, a venda de órgãos é proibida, incluindo países mais liberais em face da disposição corporal, como os Estados Unidos que, com o National Organ Transplant Act of 1984 (NOTA), proíbe a compra e a venda de órgãos.

O problema nesse cenário é que, apesar da concordância internacional sobre a proteção da vida e dignidade humana como um direito básico, há ainda um déficit de doações atendendo somente 10%⁵ da demanda internacional, tornando as filas para transplante excessivamente grandes, causando a morte de diversas pessoas. Por isso, infelizmente, o tráfico ilegal de órgãos ainda é forte, de forma que, em um mundo com tendências comerciais, é difícil resistir a comercialização do próprio homem e definir os limites morais do mercado. No entanto, diante desse processo, fica claro que o ser

⁴ AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. Ed. Renovar, 2017, p. 353.

⁵ O Estado de São PAULO. “Comércio de órgãos representa 10% do tráfico internacional”. *Estadão*. São Paulo, 2011, p.01

humano não pode ser considerado um bem comprável, sendo que, definir um preço para uma pessoa foge ao padrão moral.

Logo, considerando o homem como um valor incambiável, surge a segunda limitação: a disposição gratuita deverá ser realizada sem causar diminuição permanente na integridade física. Desse modo, mesmo com consentimento, seria ato ilícito a disposição que cause dano estético, ou seja, viole a integridade física. Entra-se, assim, na questão da necessidade humana, pois, diante dos avanços tecnológicos das últimas décadas, cada vez mais os procedimentos de mudança corporal estão se popularizando na sociedade, sendo que, adentrando em uma visão médica, fica claro que, certas intervenções corporais permitem a vida normal e saudável. Evidentemente existem diversos níveis de complicações e riscos nas intervenções, podendo-se citar casos mais simples e seguros como as tatuagens, plásticas e depilações definitivas, todos procedimentos permanentes, que, todavia, permitem uma vida saudável. Também comenta-se das alterações relacionadas às partes destacáveis do corpo, mais especificamente o sangue, o óvulo e o esperma, tema principal deste artigo, que serão analisadas separadamente, com uma prévia avaliação geral.

Ainda perante a primeira limitação, entra em questão dois princípios que conflitam com o sistema mercadológico atual: a liberdade individual e a autonomia da vontade. Em uma era de triunfalismo de mercado em que quase tudo está à venda, questiona-se se o corpo humano seria aplicável a lógica comercial. Como dito acima, a venda de órgãos é estritamente proibida ao redor do mundo, mas ainda há dúvidas sobre as partes destacáveis. Devido as mesmas serem passíveis de disposição sem riscos graves de saúde como os órgãos, surgiram diferentes disposições legais para lidar com o assunto, sendo permitido em países como Espanha e Israel a compensação financeira pela doação de óvulos, ou até a compra como nos Estados Unidos.

Surgem, assim, dúvidas sobre a real funcionalidade da perspectiva mercadológica para a arrecadação dessas partes em níveis suficientes para atender as demandas internacionais. Considerando que, ao concordar com a compra e venda destas partes, estamos decidindo por transformá-las em mercadorias, poderiam ser gerados problemas como a desigualdade e a corrupção, estimulados pela ganância. Ressalta-se, assim, o real déficit desses itens para aqueles que precisam e o efeito de sobrepujamento. Bruno Frey e Reto Jegen⁶ avaliaram que haveria a existência de uma anomalia financeira, chamada de efeito de sobrepujamento, em que o aumento dos incentivos monetários em realidade causaria a queda da oferta. Sobre esse efeito, os autores dizem:

Arguably, it is one of the most important anomalies in economics as it may reverse the most fundamental economic law, namely that raising monetary incentives increases supply. The crowding-out effect suggests that there are relevant circumstances in which it is advisable not to use the price mechanism to elicit a higher supply but to rely on a quite different type of incentive, intrinsic motivation.⁷

De maneira simplificada, seria dizer que haveria a possibilidade de que, com a criação da compra destes três itens (sangue, esperma e óvulos), menos pessoas se disponibilizariam a fazer o procedimento, devido a descaracterização do espírito altruístico causando uma diminuição na importância da necessidade desses itens. No entanto, considerando a existência do turismo de fertilidade, em que muitos casais saem do Brasil para pagar por óvulos e esperma para conseguirem ter filhos e o fato de haverem 71 países ao redor do mundo que ainda dependem da venda e de doações

⁶ FREY, B.S.; JEGEN, R. *Motivation Crowding Theory: A survey of empirical evidence*. 1999. p.27.

⁷ “É uma das mais importantes anomalias da economia, pois aponta na direção oposta da mais fundamental das “leis” econômicas, aquela segundo a qual a elevação dos incentivos monetários aumenta a oferta. O efeito do sobrepujamento sugere que em certas circunstâncias é aconselhável não utilizar o mecanismo do preço para atingir uma oferta maior, mas se sustentar em outro tipo diferente de incentivo, uma motivação intrínseca.”

familiares em mais de 50% da disponibilidade de sangue⁸, torna-se necessária a avaliação da real possibilidade do efeito de sobrepujamento. Logo, considerando a excepcionalidade das partes destacáveis, inclusive na Lei nº 9.434/97 que afirma em seu Art. 1º, parágrafo único, que o sangue, o esperma e o óvulo não estão compreendidos entre os tecidos a que se enquadram os efeitos daquela lei, cabe avaliar a real liberdade de disposição corporal e da autonomia da vontade diante da teoria de mercado frente a essas três partes específicas.

Logo, o presente trabalho utilizando uma metodologia exploratória, com base em pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, legislação constitucional e infraconstitucional, bem como o Direito Comparado, tem a intenção de abordar o direito à disposição do próprio corpo, considerando o atual déficit de partes destacáveis do corpo humano para doação e a proibição de comercialização das mesmas, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, é exposto sobre a proteção dessas partes destacáveis do corpo humano, com o objetivo de demonstrar, como previsto na Carta Magna, possíveis maneiras não pecuniárias de incentivar doadores. Separados em tópicos específicos, o sangue, o óvulo e o esperma, serão abordados, com base em legislações nacionais e estrangeiras, assim como, resoluções do Conselho Federal de Medicina. O estudo pretende, portanto, demonstrar a possibilidade de dar incentivos aos doadores sem perder o caráter altruístico da ação ou incentivar a comercialização das partes destacáveis.

2. AS PARTES DESTACÁVEIS DO CORPO HUMANO E O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO BRASILEIRO

Os direitos da personalidade têm por objetivo proteger a dignidade da pessoa humana em três aspectos principais: físico, moral e intelectual, como supracitado. Neste artigo, o aspecto físico será o mais recorrente. Ele diz respeito ao direito à vida e à disposição do corpo. A vida é um direito fundamental, sem ela não haveria outros direitos. Portanto, com a sua existência, passa a existir o direito ao corpo, compreendido em sua totalidade com órgãos e tecidos, além das partes destacáveis, como o sangue, o esperma e o óvulo. Elas podem ser retiradas, ou destacadas, do corpo sem oferecer diminuição permanente, pois são regeneráveis e em alguns casos compostas por células mortas, como o cabelo. Ademais, dentro de certos limites, não causam perda significativa de qualidade de vida, sendo, de modo geral, partes de possível disposição autônoma da pessoa.

Nesse sentido, convém apresentar a exceção da determinação de os direitos da personalidade não poderem sofrer limitação voluntária, elucidada em dois enunciados, respectivamente aprovados na I e III Jornadas de Direito Civil do CJF/STJ. O enunciado nº 4, prevê que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”⁹ e, para seu complemento, o Enunciado nº 139, expõe que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”¹⁰. Essas concepções ajudam na interpretação do Art. 11 do Código Civil, mostrando que pode haver limitação, desde que não seja permanente ou constitua um abuso de direito. Assim, como a característica das partes destacáveis. Portanto, é clara a permissibilidade de sua disposição.

Nesse contexto, o Art. 13 do Código Civil expõe que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Como as partes destacáveis não apresentam diminuição permanente, devido ao caráter regenerável, a sua retirada não caracteriza risco a integridade física, sendo incompatível com a determinação legal, visto que, quando os elementos destacáveis separam-se do corpo, eles deixam, “consequentemente, de ser objeto dos direitos da personalidade”¹¹.

⁸WORLD Health Organization. *Blood safety and availability*. 2017. Disponível em: <http://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/blood-safety-and-availability>. Acesso em: 26 de Abril de 2018.

⁹ CONSELHO de Justiça Federal. *I Jornada de direito Civil*. 2002.

¹⁰ CONSELHO de Justiça Federal. *III Jornada de direito Civil*. 2004.

¹¹ AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. Ed. Renovar, 2017, p. 372.

A participação dessas partes no rol dos direitos da personalidade e a possibilidade de ser objeto de comercialização, encontra divergências doutrinárias. Como o exposto, Amaral afirma que, após desintegrarem ao corpo, não há que se falar nesses direitos. Pontes de Miranda afirma que as partes destacáveis e regeneráveis do corpo podem ser comercializadas, apesar de integrarem o rol dos bens que constituem os direitos de personalidade, porque não há impedimento legal na cessão deles. Sendo necessário a autorização daquele que dispõe do seu corpo. Caso contrário, ou seja, se contra a sua vontade, a retirada destas partes configuraria ato ilícito¹². Na mesma linha de pensamento, Lisboa reconhece que pode haver exploração econômica dos bens que compõem o objeto dos direitos de personalidade, sem que se desnature a extrapatrimonialidade¹³.

Destarte, esses entendimentos convergem para a aceitação de uma valorização econômica dessas partes, sem, no entanto, deturpar o caráter extrapatrimonial dos direitos da personalidade concernente a elas. Para este artigo abordaremos a linha que concede benefícios econômicos para a pessoa que dispõe do próprio corpo, sempre que ela autorizar, sem abrir margem para comercialização do corpo humano. Visto que não há legislação que impeça esse ato, como expôs, notavelmente, Pontes de Miranda. Assim, abordaremos as três partes destacáveis mais comuns no ato de doação, o sangue, o óvulo e o esperma.

3. O PROBLEMA DA FALTA DE SANGUE E OS INCENTIVOS PARA REPÔ-LO

O sangue é um tecido líquido, produzido pela medula óssea. É responsável pelo transporte de hormônios, gás oxigênio e nutrientes até o local de atuação, captura de gás carbônico e excreção celular, além da defesa do organismo. No corpo humano adulto, estima-se a circulação de 5 a 6 litros de sangue. Quando essa quantidade diminui, para não prejudicar o corpo, é necessário uma transfusão sanguínea, com o sangue doado por uma pessoa compatível. A doação de sangue é diferente da doação de órgãos e Parilli elucida a diferenciação dada pelo legislador em quatro pontos principais: o sangue possui caráter regenerável, enquanto os órgãos e tecidos não são renováveis; a transfusão ocorre diariamente, com uma frequência muito maior, enquanto o transplante tem caráter excepcional; o nível de intervenção corporal é significativamente menor nas transfusões e possui menos formalismo devido ao caráter de urgência na maioria das situações em que ela é necessária¹⁴.

A doação de sangue é um gesto altruísta, em que o sangue do doador é retirado para beneficiar o receptor em uma transfusão. Ele é essencial para atendimentos de urgência, cirurgias de grande porte, tratamentos de doenças crônicas e cânceres. De acordo com o Ministério da Saúde, 1,8%¹⁵ da população brasileira doa sangue, entretanto, a meta pela OMS é de 3% anualmente¹⁶. Em decorrência disso, ocorre problemas relacionados a falta de sangue em períodos mais requisitados, como o fim do ano, em que o número de bolsas de sangue nos estoques sofre um déficit muito grande, visto que as doações nos hemocentros diminuem devido às férias e viagens, além do aumento do número de acidentes de trânsito, necessitando de mais transfusões.

Por isso, os governos federal, estaduais e municipais tentam estimular as doações por meio campanhas e incentivos, que não devem ser vistos como financeiros, pois a compra de sangue é proibida pela lei nº 10.205/01, em seu Art 1º:

Esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, **vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou**

¹² PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de direito privado*, Ed. Bookseller, 2000.

¹³ LISBOA, R.S. *Manual de Direito Civil, teoria geral do direito civil*. Ed. Saraiva, 2010.

¹⁴ PARILLI apud CHAVES, A. "Direito à vida e ao próprio corpo", *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, 1986, p. 25.

¹⁵ BRASIL. "Apenas 1,8% dos brasileiros doam sangue", *Governo do Brasil*, 2018.

¹⁶ WORLD Health Organization. *Global Blood Safety and Availability*.

permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei¹⁷. (grifos da autora).

Algumas leis no âmbito federal estabelecem folga ao empregado que fizer a doação. Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é determinado um dia de folga, a cada doze meses, para o trabalhador que doar sangue de forma voluntária, sendo devidamente comprovada, sem prejuízo no salário, em seu Art. 473, IV. No regime jurídico de servidores públicos federais, na lei nº 8.112/90, no Art. 97, I, também há a mesma determinação, porém sem especificar o número de abonos por tempo. Este tratamento não é considerado compra indireta do sangue pois é evidente a necessidade de um descanso para recuperar o volume doado, visto que o plasma é repostado em 24 horas e os glóbulos vermelhos em quatro semanas.

Certos estados promulgaram leis que concedem desconto de 50% em eventos culturais, esportivos e de lazer para doadores regulares. Para receber o benefício, será expedida uma carteira de doador pelos bancos de sangue ou hemocentros, que deverá ser apresentada juntamente com algum documento oficial com foto. No Paraná, a lei nº 13.964/02 e no Rio Grande do Sul pela lei nº 13.891/12, a carteira deverá conter validade anual. No Espírito Santo, a lei nº 7.737/04 foi levada ao Poder Judiciário com pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Esta foi julgada improcedente e teve como justificativa pontos importantes para tornar-se jurisprudência em outros casos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF - ADI: 3512 ES, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 15/02/2006, Tribunal

¹⁷ BRASIL. Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências.

Pleno, Data de Publicação: DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82)

Diante dessa decisão, é válido comentar sobre a lei estadual nº 5816/10 do Rio de Janeiro. Tentando estimular as doações, esta lei permite aos doadores ganhar ingressos para jogos no Maracanã e outros estádios, com base em seu Art. 3º: "Os doadores voluntários de sangue receberão em caráter promocional um bilhete ingresso cortesia para o setor de arquibancada, em dias de jogos para o time de sua preferência". No entanto, a lei foi questionada por quesitos formais e materiais na Representação de Inconstitucionalidade nº 0015345-45.2016.8.19.0000. Pelo acórdão do processo, foi declarada a inconstitucionalidade formal pela violação do devido processo legislativo, enquanto que, no quesito material, não haveria problemas legais, tendo o Relator Des. Cláudio Brandão de Oliveira, defendido a importância do estímulo a doação de sangue, como se vê no seguinte trecho:

É gravíssimo o problema que deu origem à criação da lei, sendo latente a necessidade de criação de um meio para a obtenção de um maior número de bolsas de sangue pela Administração Pública. Pode-se afirmar que a via escolhida para estimular as doações não resolve o problema, mas sem dúvida ela poderia contribuir para sua redução. Ademais, não há falar no presente caso, numa mercantilização da transfusão de sangue. O fito da norma constitucional federal que veda todo tipo de "comercialização" de sangue (artigo 199,4º, Constituição da República), em interpretação sistemática, está em evitar a criação de qualquer tipo de "mercado", lícito ou ilícito, de um substrato que somente pode ser conseguido pela via da disposição individual a partir da vontade própria. A transfusão de sangue não pode ser fomentada pelo poder financeiro do mercado. É cediço que também não pode ser imposta coercitivamente pelo Estado. Por essas razões, imprescindível se faz a construção de soluções por parte do Poder Público para um fomento efetivo da prática da doação. A cortesia, a ser entregue pelo HEMORIO, e paga pelo Estado, **funcionaria apenas como um estímulo mais concreto à prática da doação, não havendo falar na corrupção de cidadãos em troca de meros ingressos de partidas de futebol, o que os levaria a fazer parte de um suposto mercado negro (ou, no caso, lícito) de sangue.** Conforme sustentado na peça de Representação, o caso em análise se distingue, de forma geral, daquele analisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3512. Entretanto, há semelhança no que tange ao fato de que ambos os diplomas atacados buscaram construir soluções para os problemas de arrecadação de sangue por via de oferecimento de benesses materiais. Com efeito, do mesmo modo que o STF entendeu não haver "comercialização" da transfusão de sangue no caso da lei atacada pela ADI, à mesma conclusão se faz necessário chegar na presente Representação. (...) Após analisar as peculiaridades que envolvem o contexto fático da lei impugnada, considera-se que não há inconstitucionalidade material com base na suposta ausência de proporcionalidade do diploma. Decidir de forma contrária, com a pronúncia de inconstitucionalidade da lei em seu aspecto material, seria invadir campo próprio de atuação de outros poderes. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, 2017). (Grifos da autora)

A partir dessas decisões, destacam-se três pontos relevantes para este artigo. O primeiro, elucida que não houve contrariedade à Constituição pois ela dá espaço para leis que facilitem a coleta de sangue. Enquanto no segundo, afirma que a legislação estadual não estimula a comercialização ou recompensa financeira para doação, algo defeso pela lei

que regula os procedimentos até o momento da transfusão sanguínea. E o terceiro, lembrando que o interesse da coletividade deve ser preservado na dicotomia do princípio da livre iniciativa e do direito à vida. Desse modo, a jurisprudência mostra-se concordante aos incentivos para a valorização da doação de sangue, informando e fazendo compreender que não há interesse comercial nessa ação.

Nesse viés, é observado em outros estados, como o Distrito Federal, lei nº 1.321/96, Mato Grosso, lei nº 7.713/02 e Santa Catarina 10.567/97, o estímulo da doação de sangue em leis que dispensam o pagamento da taxa de inscrição de concursos públicos, mediante comprovação de doação regular, considerada como três doações em 12 meses. No caso de Santa Catarina, o mesmo incentivo é usado para doadores de medula óssea. O estado de São Paulo estabelece a mesma isenção de taxas para concursos públicos, ficando a cargo do Poder Executivo aplicar este benefício (Lei nº 12.147/05). Em 2013, o STF julgou dois processos com pedido de ADI por duas leis municipais deste estado, pelo incentivo a doação de sangue. Ambos foram julgados improcedentes, e o STF mostrou-se favorável as leis paulistas, citando o supracitado julgado do estado do Espírito Santo e, inclusive, utilizando os mesmos pontos assinalados, anteriormente¹⁸.

Um estado que merece atenção é Goiás, que pela lei nº 12.121/93 concede estímulos aos doadores assíduos de sangue, medula óssea e órgãos. Para tê-los garantidos, uma carteira de identificação anual será expedida. Além da aquisição de meia-entrada em eventos de cultura, esporte e lazer, também terão direito a prioridade nos serviços de saúde como consultas médicas, odontológicas e marcação de exames laboratoriais no âmbito estadual. Ademais, receberão dois vales-transporte referentes ao deslocamento de ida e volta até o hemocentro. Assim, é observado que o estado ampliou o número de beneficiados ao incluir outras partes que não necessárias para doação, incluindo, também, mais benefícios que outros estados da federação, pensando no transporte do doador, fazendo que ele não tenha gastos para realizar esse gesto de altruísmo.

Embora o STF tenha julgado improcedente as ações respectivas ao tema e se mostre favorável a aspectos concernentes aos incentivos dos estados para aumento das doações de sangue, ainda há uma corrente contrária a esses incentivos. Muitas consideram como comercialização, o que não é verdade, e não observam que somente o caráter altruístico da sociedade não ajudará a repor o grande déficit nos bancos de sangue. A Constituição Federal Art. 199, §4º também dispõe sobre a permissibilidade de outras leis que apresentem condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue para transfusão. Portanto, o entendimento legal e jurisprudencial aceitam estímulos que auxiliem a população doadora, não considerando-os como comércio.

A proibição da comercialização de sangue está presente em diversos países, sendo inclusive a recomendação oficial da OMS que a doação seja feita voluntariamente, apesar de existirem países, como a Rússia, que permitem a venda do líquido. A adoção da voluntariedade pela OMS, no entanto, é justificado especialmente pelo medo da comercialização humana, que além de denegrir o altruísmo, poderia forçar os mais pobres a venderem seu sangue, colocando a saúde em risco, usando medidas extremas como mentir sobre seu histórico médico para alcançar o objetivo. Surge, desse modo, a preocupação com a qualidade do material coletado, que, devido a possibilidade de doadores tentarem esconder informações pessoais para receber o dinheiro, poderiam infectar os pacientes com doenças como AIDS.

Em realidade, o medo de uma contaminação em massa e de coágulos está presente desde as primeiras transfusões sanguíneas. Porém, na época da Primeira Guerra Mundial foi estabelecido uma técnica de transfusão direta, com base no citrato, juntamente com pesquisas sobre a compatibilidade entre as doações, que controlou as preocupações. No entanto, em 1983, com o avanço do HIV, o receio com o procedimento voltou a aumentar, afligindo os receptores do líquido. Por medo dessa contaminação, que popularmente diz afetar mais aos homossexuais, diversos países possuem limitações para a doação daqueles que tenham feito relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. Outrossim, no Brasil havia restrições por um período de 12 meses, ditadas pelo Ministério da Saúde e pela Anvisa. Contudo, em 2017, elas entraram em um processo de reavaliação no Supremo Tribunal Federal com a ADI 5543, por serem avaliadas como discriminatórias, de modo que o Relator

¹⁸ STF - RE: 664884 SP, Relator Min. Dias Toffoli; STF - RE: 732560 SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Min. Edson Fachin, declarou o ato contrário aos direitos humanos, devendo-se avaliar as condutas de risco e não somente a orientação sexual do doador¹⁹.

Esses problemas são melhor solucionados com a realização de exames antes da doação do sangue. Entretanto algumas doenças transmissíveis, como a AIDS, possuem um período chamado de “janela imunológica” em que o resultado de qualquer exame feito em um certo período de tempo após a contaminação, poderá mostrar um resultado diferente do quadro real da pessoa, ou seja, o exame poderá apresentar o resultado negativo e a pessoa estar infectada. Conhecido como falso negativo, também ocorre ao contrário, resultando em um diagnóstico falso positivo. Sendo assim, como no entendimento do STF, o melhor a fazer antes de qualquer exame é avaliar a conduta de risco por meio da entrevista com o candidato a doador de sangue. Desse modo, para que a sociedade não fique desmotivada diante da quantidade de procedimentos antes da doação e coloque o altruísmo de lado, é importante que haja benefícios para os doadores, como ocorre em vários estados brasileiros, todavia, sem remunerar financeiramente o ato, para que não exista a comercialização de um bem tão nobre, como o sangue é para o corpo.

4. A PROBLEMÁTICA DA DOAÇÃO DE ÓVULOS E A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.168/2017

O óvulo, como a célula sexual feminina, tem papel essencial diante do processo de reprodução juntamente com o espermatozóide. No entanto, destaca-se que, ao contrário do gameta masculino, o número de ovócitos é pré-determinado, fator natural que dificulta a postergação da maternidade. Ademais, considerando que, biologicamente, a melhor idade para se ter filhos é entre os 19 e 24 anos, percebe-se que há uma incompatibilidade entre a perspectiva de vida moderna do novo século e a capacidade biológica comum da mulher. Devido à dedicação feminina à sua qualificação e a entrada no mercado de trabalho, é crescente o número de mulheres casadas e solteiras que decidem ter filhos mais tarde com cerca de 40 anos, idade em que uma gravidez se torna mais perigosa, e a concepção natural menos improvável.

No Brasil, entre 15 e 30% dos casais brasileiros necessitam de algum tipo de tratamento médico para reprodução, de modo que quase 90 mil casais por ano recorrem à ajuda clínica. Assim, apesar de no Brasil, esta especialidade ser bastante desenvolvida, o tratamento é caro, e a espera para a sua realização na rede pública pode demorar até dez anos. Infelizmente, é estimado que diante dessa demanda, os médicos só possuem capacidade para o atendimento de 20 mil casais ao ano²⁰.

Entra, nesse cenário, a questão da doação de óvulos. Desde o século XX desenvolveu-se, na medicina, as novas tecnologias reprodutivas (NTR), em que um ato técnico substitui a concepção natural para dar a origem a vida, disponibilizando óvulos, sêmen ou embriões, procedimentos que já são comuns atualmente. Nesse sentido, vale destacar que mesmo com a sofisticação do procedimento de doação de óvulos, há dificuldades na criopreservação. Ainda faltam células reprodutivas para atender as demandas, não só de mulheres, mas também de casais homossexuais. Assim, apesar de em diversos países a doação ser permitida, inclusive no Brasil, existe uma discussão sobre a possível remuneração como opção viável para o aumento do número de óvulos disponíveis. Destaca-se ainda, que, no Brasil, são seguidas as regras do Conselho Federal de Medicina (CFM), sendo a mais atual a Resolução nº 2.168/2017, já que não existe legislação específica sobre a reprodução assistida, permitindo-se a doação de óvulos diante de sua não proibição penal e com base na Lei nº 9.434/97.

O procedimento de doação de óvulos, diferentemente da de sangue, inclui uma série de exames físicos e psicológicos, incluindo o de doenças sexualmente transmissíveis (DST's), além de uma estimulação hormonal que pode causar, em casos mais graves, uma hiperestimulação grave para a saúde da doadora e, por último, um procedimento cirúrgico para a retirada dos ovócitos. Então, diante dessa descrição do procedimento, fica claro que são poucas as mulheres que estariam dispostas a fazer este procedimento gratuitamente, apenas por uma questão altruística. Até a pessoa mais compadecida possui um limite para o

¹⁹ BRASIL. STF. ADI 5543. Min. Rel. Edson Fachin. 2017.

²⁰ BRASIL. “Conheça os procedimentos envolvidos na doação de óvulos e sêmen”. *Governo do Brasil*, 2012.

seu altruísmo, inclusive devido a outras questões que surgem posteriores à doação, como o sigilo de sua identidade.

Diante da dificuldade da doação, questiona-se sobre o real problema da venda de tal célula. Muitos afirmam que seria uma forma de comercialização humana que afronta a dignidade humana destruindo o altruísmo característico desse procedimento. Os Estados Unidos é um dos poucos países que permitem a venda desses gametas para reprodução, com clínicas oferecendo altas quantias de dinheiro com especificidades de beleza e inteligência sobre a doadora, baseando-se no princípio constitucional americano de livre reprodução e no National Organ Transplant Act, que não lista o óvulo nas proibições de venda.

Entretanto, há uma escapatória para essa questão. Em alguns países, não se caracteriza a venda do óvulo, mas a remuneração pelo sacrifício da mulher diante do procedimento, sendo uma forma de “compensação financeira”. Como exemplo, pode-se citar o caso da Espanha, com níveis de doação extremamente alto. O país considerado o centro do “turismo de fertilidade”, apesar da proibição de venda de óvulos, pelo artigo 5, § 3 da Ley 14/2006 da Espanha, as mulheres recebem cerca de 900 euros pela doação por qualquer risco, gasto de deslocamento e trabalho, sendo a doação anônima. A lei espanhola afirma:

3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta²¹.

Pode ser comentado também o caso da Grã-Bretanha. Até 2011, a legislação britânica permitia uma compensação de 250 libras, valor que foi triplicado com o objetivo de impulsionar as doações no país. Atualmente, o valor da compensação se encontra em 750 libras e o nível de doações se encontra próximo ao espanhol. No entanto, surge um problema que por vezes desinteressa as doadoras de outros países para procurar a ilha britânica. Regulada pela Human Fertilisation and Embryology Authority, as doações não podem ser feitas em anonimato, de modo que, apesar de a responsabilidade legal ser por parte da mãe que pariu o bebê, aos 18 anos a criança possui o direito de entrar em contato com o doador.

Fica clara, portanto, a importância do anonimato nesse processo de doação de óvulos. No Brasil, apesar de a compensação não ser permitida trazendo dificuldades para as doações, possui uma vantagem comparativa com o Reino Unido de que as doações são obrigatoriamente anônimas. Com base na Resolução do CFM nº 2.168/2017, “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”, garantindo maior segurança para a doadora que não deseja possuir relações emocionais com a criança concebida. A única exceção a esse sigilo, seria a informação por motivação médica, também resguardada nessa mesma resolução.

O anonimato seria uma maneira de possibilitar o altruísmo. Sob o ângulo de uma análise prática, a doação de um gameta não representa responsabilidade perante a uma criança, pois, na época que a mesma foi realizada, ainda não existia um feto. Considerando a necessidade de outro gameta para a fecundação do óvulo, tecnicamente, a disposição da célula reprodutiva se daria entre dois adultos, de maneira consensual e irrevogável, transferindo a responsabilidade de uma possível gravidez para o receptor. Dessa forma, a doadora não poderia ser acusada de negar uma relação com um filho gerado pelo óvulo que ela dispôs, abrindo mão de seus direitos sobre o mesmo, para outra pessoa. Assim, Eduardo de Oliveira Leite justifica o motivo do anonimato, afirmando:

[...] a doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de

²¹ “A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial. A compensação econômica indenizatória que pode ser estabelecida poderá abranger somente casos de desconforto físico e os gastos com o deslocamento e o procedimento que ocorram da doação, não podendo supor incentivo econômico para o ato em si.”

retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato²².

Logo, o anonimato surge como fator determinante para o nível de doações, garantindo também, junto com a compensação, ainda proibida no Brasil, o direito de determinação da vontade livre e esclarecida sem coerção. Em realidade, a livre escolha de doação é necessária para todos os países que permitem doação não podendo coagir uma pessoa a mexer no seu corpo. No ordenamento jurídico brasileiro, para a realização de um ato jurídico válido é necessário uma declaração de vontade livre e desembaraçada, sendo de decisão exclusiva da parte se submeter ao negócio jurídico, nesse caso a doação. Preza-se, nesse sentido, o diálogo entre as partes, dando conhecimento sobre as consequências legais e médicas do procedimento, garantindo uma decisão com todas as informações atendendo as especificidades de uma doação de gametas. Assim, por se tratar de um procedimento médico, a própria Resolução n° 2.168/2017, destaca a necessidade do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, afirmando:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida²³.

Vale ressaltar que a Resolução de 2017 tenta beneficiar o paciente, e, que, diante de um consentimento esclarecido analisa-se o social de cada parte frente as suas especificidades. Nesse sentido, destacou-se no documento também a possibilidade da preservação de óvulos de pacientes oncológicos jovens, impedindo uma possível gravidez, porém garantindo uma futura oportunidade de constituição de família. Assim, comenta-se: "O uso das técnicas de reprodução assistida para preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos amplia as oportunidades de aplicação no sentido de propiciar melhor planejamento reprodutivo²⁴".

Dessarte, analisando as compensações, o anonimato e o consentimento livre e esclarecido, nota-se a necessidade de se pensar no bem-estar comum diante das doações de óvulos. Considerando que ainda há uma procura internacional para os países em que reina o "turismo da fertilidade", e, que, no Brasil, a espera ainda é longa para quem procura doadoras, pode-se ponderar a necessidade de uma possível compensação financeira estabelecida em uma legislação específica que é esperada há anos. Desse modo, apesar de a nova resolução do CFM ter trazido esperanças para o aumento de doações, não tem caráter legislativo. Desse modo, deve serem criadas leis próprias que tratem do tema, valorizando, uma compensação financeira que adeque o sistema para a demanda brasileira, devido ao procedimento complexo no corpo da doadora e a longa espera.

5. A DOAÇÃO DE ESPERMA E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Nos últimos anos, a procura por clínicas de reprodução assistida ganhou um aumento significativo devido a problemas como a redução da qualidade e quantidade de espermatozoides, resultantes de fatores típicos da vida moderna, como a poluição do ar, o

²² LEITE, E. O. "Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos". *Revista dos Tribunais*, 1995. p.145.

²³ Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 2.168/2017*. 2017.

²⁴ Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 2.168/2017*. 2017.

sedentarismo, o estresse, entre outros. Por isso, a doação por homens saudáveis e com boa qualidade nos espermatozoides, tem sido cada vez mais incentivada pelos bancos coletores, que destinam-se a conservar gametas masculinos para procedimentos de reprodução assistida, principalmente a fertilização 'in vitro'. A doação possui caráter altruístico, sendo que o doador ajuda casais em que o homem não produz ou produz poucos espermatozoides, quando há possibilidade de transmitir alterações genéticas através deles, ou apresentam falhas repetidas em tratamentos de reprodução assistida com material genético do próprio casal e mulheres sem parceiro masculino.

Não há legislação específica para regular esta matéria. Por isso, alguns doutrinadores defendem que as partes destacáveis poderiam ser comercializadas, caso haja consentimento do indivíduo que dispõe do próprio corpo:

As partes destacáveis e regeneráveis do corpo, como o cabelo, a barba, as unhas, o óvulo e o sêmen, bem como o leite materno podem ser comercializados, apesar de integrarem o rol dos bens que constituem os direitos de personalidade, porque não há impedimento legal na cessão deles. Necessário, porém, a autorização daquele que dispõe do seu corpo. Caso contrário, ou seja, se contra a sua vontade, a retirada destas partes configuraria ato ilícito (civil) *stricto sensu*²⁵.

Ademais, para que a doação não fique sem as especificidades necessárias, existem princípios que a norteiam. Alguns são exigidos pela Resolução CFM nº 1.358/92, no item 2, como a boa saúde física e mental, além de ausência de doenças transmissíveis. Estes são imprescindíveis para garantir a saúde e o bem estar do futuro descendente, sem colocar em risco a saúde da mulher que receberá a inseminação artificial.

Outrossim, como na doação de óvulos, o anonimato também é exigido para que não haja problemas na ordem financeira, como no direito sucessório e exigência do pagamento de pensão alimentícia, conforme visto em diversos casos em países como Suécia, Estados Unidos e Inglaterra. Pode ocorrer da família receptora do esperma, estando com alguma dificuldade financeira, propor uma ação judicial em face do doador como se ele fosse pai da criança para que pague uma pensão alimentícia. Contudo, este ato está contra os princípios da doação, visto que o nome do doador, nem mesmo, aparece no registro de nascimento da criança. O fato é que nas doações que não são feitas em clínicas especializadas, o conessor fica vulnerável a este tipo de ação e, em muitos casos, verifica-se que a sentença é favorável a família. Esse tipo de ação, se julgada procedente, poderá ter impacto negativo nas doações de esperma e na disposição dos homens em ajudar os casais que possuem problemas de fertilidade.

Além disso, o anonimato eleva as chances do aumento das doações. Em países como Holanda, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça, que fizeram o inverso, apresentaram significativa diminuição nas doações após cessarem a garantia do anonimato. No Brasil, as informações sobre os doadores mostram somente o tipo sanguíneo, origem da família, fenótipo (altura, cor dos olhos e cabelos, por exemplo), profissão e hobbies. Além disso, em casos de o indivíduo gerado possuir alguma doença grave, o médico poderá solicitar informações do doador para tratar o paciente. Indicando, assim, que o anonimato não prejudicará a vida da pessoa gerada por esse procedimento. Tudo isso sem ter acesso a informações que possam identificar o doador, do mesmo modo que ele também não terá informações sobre a criança nascida por meio do seu esperma.

Nessa conjuntura, outro princípio norteador é a gratuidade. Como aludido, a CRFB/88, no Art 199, §4º veda a comercialização de órgãos, tecidos, substâncias humanas, sangue e derivados. Contudo, o esperma não caracteriza por nenhum desses termos, sendo "substâncias humanas" uma expressão vaga, posta em uma cláusula geral, e, desse modo, não podendo ser totalmente caracterizado como tal. Enquanto na lei nº 11.105/05, no Art. 5º, §3º tipifica como crime, seguindo a lei de transplantes de órgãos e tecidos, a venda de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos feitos por fertilização in vitro não

²⁵ PONTES DE MIRANDA, F. *Tratado de direito privado*, Bookseller, Campinas, 2000.

usadas no procedimento, todavia, esta lei não tutela sobre o esperma, como mencionado no Art 1º, parágrafo único.

Então, para resolver este impasse, em 2015 surgiu o Projeto de Lei nº 115/15, Estatuto da Reprodução Assistida, que em seu Art. 9º aprova a licitude somente da doação de gametas sem fins lucrativos ou comerciais. No entanto, ele ainda não foi aprovado. Logo, a comercialização de esperma ainda não é defesa em lei. Ainda nesse aspecto, é importante verificar que embora a doação de esperma seja gratuita, há um preço para que ele fique criopreservado e também para que os receptores o obtenham. Destarte, não condiz com a doação gratuita e, por isso, acredita-se que ela possa ser remunerada.

Na referida Resolução CFM nº 1.358/92, é expressa o caráter não lucrativo ou comercial da doação. Assim, os argumentos negativos que a acompanham, pautam-se na ideia de criar uma possível comercialização, que incitaria mais doadores a ocultar a verdade sobre suas situações de saúde, prejudicando a qualidade do esperma doado, somente para receber o benefício. E também, para evitar que haja muitas doações de uma só pessoa, e, consequentemente, multiplicidade de descendentes, visto que poderia resultar, a longo prazo, em casamentos consanguíneos. Estes, aumentam consideravelmente os riscos de doenças genéticas, em relação a casais sem parentesco, devido a combinação de genes dentro de uma família ser muito próxima, assim, as doenças da família que possuem caráter recessivo, podem aparecer nas crianças devido a genética. Atualmente, o aconselhamento do CFM é de cada doador ter apenas uma criança de sexo diferente a cada 1 milhão de habitantes, número relativamente pequeno comparado aos Estados Unidos que permitem cerca de 25 nascimentos por 800 mil pessoas.

Em realidade, apesar de a doação de esperma não ser remunerada no país, ao levar em consideração os gastos nas clínicas especializadas para manter a amostra viável com a criopreservação e testes de DST's, uma amostra de esperma pode chegar a custar cerca de 2.500 reais, aliado aos gastos pela própria inseminação que pode custar entre 5 e 30 mil reais e que possui relativas baixas chances de sucesso. Por tal custo em clínicas, vem aumentado um movimento de procura online nas redes sociais como o facebook, criando um aumento pela procura por "pais de aluguel", que já são mais comuns na Europa.

Em grupos privados surgem homens oferecendo três modalidades de doações: AI (inseminação artificial), NI (inseminação natural/ sexo) e PI (inseminação parcial só para a ejaculação). O problema desses acordos informais é a possibilidade das partes poderem negligenciar o contrato que garante o papel dos pais, como é de praxe nas clínicas de fertilidade. Além de possuírem riscos mais altos de doenças em período de incubação criando uma insegurança, de saúde, desnecessária. Cria-se, assim, uma divisão entre o alto preço dos procedimentos e preservações em clínicas especializadas para um teórico esperma sem custos, e um preço mais acessível para a compra do esperma online que coloca em risco a saúde das gestoras e das futuras crianças.

Diante desse cenário de globalização de doações pela internet, é válido ressaltar em especial a Dinamarca. O país recentemente se tornou famoso pela exportação de sêmen, possuindo o maior banco de esperma do mundo, o Cryos, que recompensa financeiramente os homens pela cooperação e possui quase 170 litros de material que são exportados para 100 países. Com uma demanda especialmente alta do Reino Unido, que não possui anonimidade de seus doadores, fala-se de uma nova invasão na região, seguindo o lema do banco dinamarquês "Congratulations, it's a Viking" ("Parabéns, é um Viking").

A partir dessa exportação global, não só da Dinamarca, como também dos Estados Unidos questão que entra em xeque é a comercialização de esperma com preços diferenciados. Com a demanda, surge uma procura por tipos de doadores específicos com menos doenças genéticas e características físicas que se adaptem aos desejos dos que procuram o material. Assim, entra uma espécie de comercialização online que o Brasil procura evitar com seu receio legislativo, mas que em realidade, já acontece com as exportações e acordos informais que o país não tem conseguido evitar. Por tal motivo, fala-se da necessidade de uma diversificação nos doadores dentro dos bancos de esperma, tentando atender a procura de futuros pais que buscam filhos com um fenótipo específico, dependendo da região demográfica que habitam, que poderia ser alcançada com uma pequena compensação.

Observa-se, assim, que há uma deficiência legislativa quanto aos termos de impedimento da doação. De um lado, o Estado deixa a possibilidade de uma

comercialização. Do outro, o CFM adota, em sua resolução, uma ética contrária aos processos pecuniários, colocando princípios que ajudam a resolver e auxiliar esse déficit. Por conseguinte, como no procedimento de doação de óvulos, é preciso uma legislação mais específica sobre o tema, avaliando o bem comum na realização de todos os procedimentos em torno da doação de esperma.

6. CONCLUSÃO

Visto as especificidades dessas três partes destacáveis, fica claro que ainda existem deficiências legislativas no Brasil dentro do assunto, em grande parte devido ao medo de uma comercialização humana. Dessa forma, vê-se que grande parte das diretrizes brasileiras são determinadas pela jurisprudência e pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Nesse sentido, com o déficit existente de partes destacáveis como sangue, óvulos e esperma para doação, discute-se um possível estímulo para as compensações financeiras ou não pecuniárias a fim de incentivar os doadores no país, evitando o turismo de fertilidade, assim como a falta de sangue em hospitais.

Nesse sentido, esclarece-se primeiramente, em relação ao sangue, que apesar de a comercialização do sangue não ser recomendada pela OMS devido ao medo da comercialização humana e do índice de contaminações por doenças como a AIDS, é necessário maior estímulo para as doações. Viu-se, portanto, que no Brasil, as compensações não financeiras, como o abono no trabalho e os ingressos para o Maracanã não foram considerados judicialmente como comercialização, podendo ajudar a aumentar os índices de doação no futuro.

Já no caso do óvulo e do esperma, diante da tendência das novas técnicas reprodutivas e da busca ao turismo de fertilidade em países como a Dinamarca e a Espanha, vê-se a necessidade de aumento das doações de maneira anônima, como já é estabelecido na Resolução do CFM nº 2.168/2017. Para tanto, é necessária uma legislação específica sobre o assunto, inexistente até o momento, mas que preze, especialmente no caso feminino, pela compensação pelo incômodo da doação e os riscos envolvidos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 9. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2017.
- APENAS 1,8% dos brasileiros doam sangue. **Governo do Brasil**, 31 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2018/01/apenas-1-8-dos-brasileiros-doam-sangue-saiba-como-se-tornar-um-doador>>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. Aspectos jurídicos da doação de sêmen. **Seara Jurídica**. v.1, n.9, p. 14-28, jan-jun, 2012. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/2012_1/searajuridica_2012_1_pag_14.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- BLOOD safety and availability. **World Health Organization**, jun. 2017. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs279/en/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- _____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- _____. **Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001**. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10205.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

- _____. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- _____. Projeto de Lei nº 115, de 2015, **Câmara dos Deputados**, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1300959.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- _____, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3512.** Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363387>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. **Revista da Faculdade de Direito da UFG.** 10(1-2): 13-66, jan-dez, 1986. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/viewFile/11606/7617>>. Acesso em 15 fev. 2018.
- CONHEÇA os procedimentos envolvidos na doação de óvulos e sêmen. **Governo do Brasil**, 17 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2012/04/conheca-os-procedimentos-envolvidos-na-doacao-de-ovulos-e-semen>>. Acesso em: 05 fev. 2018.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1358, de 19 de novembro de 1992.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- _____. **Resolução nº. 2.168, de 10 de novembro de 2017.** Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2018.
- COSTAS, Ruth. **Sol, praia e fertilização:** Espanha vira Meca do turismo reprodutivo. BBC. Brasília, 03 set. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120821_turismo_reproducao_espanha_ru.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 1.321, de 26 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre isenção de pagamento de taxa de inscrição em concurso público da administração direta, indireta e fundacional do Distrito Federal e da Câmara Legislativa a doadores de sangue. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-25784!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- DOADORES de esperma. **Ivi.** Disponível em: <<https://ivi.net.br/doadores-de-esperma/>>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- DONATING your eggs. **Human Fertilization and Embryology Authority.** Disponível em: <<https://www.hfea.gov.uk/donation/donors/donating-your-eggs/>>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- ESPANHA. **Ley nº 14, de 26 de maio de 2006.** Sobre técnicas de reproducción humana assistida. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- ESPÍRITO SANTO. **Lei nº 7.737, de 06 de abril de 2004.** Institui a ½ (meia) entrada em locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores de sangue e órgãos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LO7737.html>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- FÁBIO, André Cabette. STF pode liberar doação de sangue por gays. De onde vem a proibição. **Nexo Jornal**, [São Paulo], 22 out. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/10/22/STF-pode-liberar-doa%C3%A7%C3%A3o-de-sangue-por-gays.-De-onde-vem-a-proibi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

- FREY, Bruno S.; JEGEN, Reto. **Motivation Crowding Theory: A survey of empirical evidence**. 1999. 27 f. University Of Zurich, Zurich, 1999.
- F. Sandra. **Egg Donation & UK Law: What Does the HFE Act 2008 Say?** 2016. Disponível em: <<https://www.invitro.com/hfe-act-and-donor-conception-in-the-uk/#compensation-policies>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- GAMBA, Clarissa Pains e Karla. Especialistas comemoram novas regras para reprodução assistida no Brasil: Atualização de normas foi divulgada pelo Conselho Federal de Medicina. **O Globo**, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/especialistas-comemoram-novas-regras-para-reproducao-assistida-no-brasil-22052114>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- GOIÁS. **Lei nº 12.121, de 05 de outubro de 1993**. Concede estímulos especiais aos doadores voluntários e sistemáticos de sangue e aos doadores voluntário de medula óssea e de órgãos, domiciliados no Estado de Goiás, nas condições que especifica. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/1993/lei_12121.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- GOMES, Fábio de Barros Correia. Regulamentação e projetos existentes a respeito do banco de esperma. **Consultoria Legislativa**, Brasília, Mar. 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema19/2005_157.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- HARVEY, Judith. Blood money: is it wrong to pay donors?. **The Guardian**, Reino Unido, 25 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/jan/25/wrong-to-pay-blood-donors-safety-compromised>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- JOHNSTON, Jenny. The rise of the Baby Vikings: Why single British women desperate for children are turning to sperm donors in Denmark: who'll play no part in their offspring's lives. **Daily mail**. Reino Unido, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2917432/The-rise-BABY-VIKINGS-single-British-women-desperate-children-turning-sperm-donors-Denmark-ll-play-no-offspring-s-lives.html>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: **Conselho da Justiça Federal**, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- JUNQUEIRA, Flávia. Rede social abriga arriscado mercado de venda e doação de esperma. **Extra**, Rio de Janeiro, 18 out. 2015. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/rede-social-abriga-arriscado-mercado-de-venda-doacao-de-esperma-17542050.html>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.
- LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. teoria geral do direito civil. 6a . ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. 1.
- MATO GROSSO. **Lei nº 1.713, de 11 de setembro de 2002**. Autoriza a isenção do pagamento de taxas de inscrição, em concursos públicos promovidos pelo Governo do Estado de Mato Grosso, aos doadores regulares de sangue. Disponível em: <<https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/leis/lei-7713-2002.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- PARANÁ. **Lei nº 13.964, de 20 de dezembro de 2002**. Concede desconto de 50% (cinquenta por cento) em Eventos Culturais Artísticos para doadores de sangue. Disponível em: <http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=25884&tplei=1&tipo=L>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- PERELSON, Simone; FORTES, Isabel. Indagações sobre as novas formas de fabricação do humano à luz da noção de dádiva de Marcel Mauss. **Ágora: Estudos em Teoria**

- Psicanálítica, [s.l.], v. 18, n. 1, p.69-84, jun. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/s1516-14982015000100006>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, vol. VII.
- PRADO, Adriana. Turismo da fertilidade. **ISTOÉ**. 10 nov. 2010. Disponível em: <https://istoe.com.br/100342_TURISMO+DA+FERTILIDADE/>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- REDAÇÃO Bebê. Banco de sêmen. **VIX**. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/bebe/planejamento/materia/banco-de-semen>>. Acesso em: 09 fev. 2018.
- REUS, Rebeca. ¿Qué dice la legislación española sobre la ovodonación? **Ovo donante**, 26 jun. 2017. Disponível em: <<https://ovodonante.com/legislacion-en-espana-sobre-donacion-de-ovulos-y-semen/>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- RIO DE JANEIRO (estado). **Lei nº 5.816, de 3 de setembro de 2010**. Dispõe sobre a criação em caráter permanente da campanha institucional "doe seu sangue pelo seu time" no estádio do maracanã e outros no âmbito do estado do rio de janeiro. Disponível em: <http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=53&url=L2NvbnRsZWku bnNmL2lyNGEyZGE1YTA3Nzg0N2MwMzI1NjRmNDAwNWQ0YmYyL2NjM2E5ZDJjM mlyYmUyM2Y4MzI1Nzc5MzAwNzk1MGI2P09wZW5Eb2N1bWVudA==>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Representação de Inconstitucionalidade nº 0015345-45.2016.8.19.0000**. Representante: Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado Do Rio De Janeiro. Representado: Exmo. Sr. Presidente Da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro, 22 de maio de 2016. Diário Oficial do Rio de Janeiro, No 2725532, p. 179-181, 06 jun. 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 13.891, de 2 de janeiro de 2012**. Institui, para os doadores de sangue do Estado do Rio Grande do Sul, meia-entrada em eventos culturais, esportivos e de lazer, realizados em locais públicos. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/13.891.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- SANTA CATARINA. **Lei nº 10.567, de 07 de novembro de 1997**. Dispõe sobre a isenção do pagamento de taxas de inscrição em concursos públicos aos doadores de sangue e de medula e adota outras providências. Disponível em: <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1997/10567_1997_lei.html> Acesso em: 07 fev 2018.
- SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SÃO PAULO (estado). **Lei nº 12.147, de 12 de dezembro de 2005**. Dispõe sobre a isenção, ao doador de sangue, do pagamento de taxas de inscrição em concursos públicos e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-12147-12.12.2005.html>>. Acesso em: 06 fev. 2018.
- SCHOOL, Cornell Law. **42 U.S. Code § 274e**: Prohibition of organ purchases. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/274e>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- STANCIOLI, Brunello. Lei não prevê crime para venda de óvulos. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 abr. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-28/brunello-stancioli-lei-nao-preve-crime-venda-ovulos>>. Acesso em: 07 fev. 2018.
- STEFFENS, Emile. **"A (im)possibilidade jurídica da regulamentação do comércio de órgãos diante do princípio da dignidade humana e do direito à vida"** (Monografia) Graduação em Direito, Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, jun.

2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/875>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

WORLD Health Organization. **Global Blood Safety and Availability**. Disponível em: <<http://www.who.int/worldblooddonorday/media/Keyfactfigures2007BTSSurvey.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

Espaço de liberdade, segurança e justiça e mandado de detenção europeu: quando a (des)confiança recíproca sobre as condições de detenção justificam a sua não execução¹

Freedom, security and justice area and the European Arrest Warrant: when (no) mutual trust on the conditions of detention justifies their non-implementation

Fátima Pacheco²

Dora Resende Alves³

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto, Portugal
Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal

SUMÁRIO: Introdução; 1. Enquadramento do tema; 2. O Mandado de Detenção Europeu: facilitar a cooperação judiciária entre os Estados-membros e materializar a confiança recíproca; 2.1. O mandado de detenção europeu em Portugal: traços gerais da fisionomia e funcionamento do instituto; 2.2. Da recusa de execução do mandado de detenção europeu; 2.3. Entre o obrigatório e o facultativo: o (des)respeito pelos direitos fundamentais como causa de recusa de execução do mandado de detenção europeu; 2.3.1. Melloni, Aranyosi e Caldaru: entre a liberdade dos arguidos, a segurança e a confiança entre os Estados-Membros; Juízos Conclusivos; Referências bibliográficas

Resumo: A concretização de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça na União Europeia passa (também) pela livre circulação das decisões judiciais em matéria penal e conduziu à supressão da extradição e à sua substituição por um sistema de entrega entre autoridades judiciárias. É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), “núcleo essencial” da cooperação judiciária. Trata-se de uma decisão judiciária emitida por um Estado-membro e dirigida a outro que dá ordem de detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa da liberdade, devido a tal pessoa se encontrar no território do Estado-membro de execução.

Sendo certo que o cumprimento destes mandados deve ser objecto de um controlo adequado, tanto a nível processual, como a nível dos direitos fundamentais das pessoas procuradas a Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, contêm dispositivos normativos que enunciam os motivos (obrigatórios ou facultativos) pelos quais as autoridades judiciárias podem recusar a sua não execução.

E quando as condições gerais de detenção no Estado-Membro de emissão obstam à execução do Mandado de Detenção Europeu? O propósito é reflectir sobre o tema tendo em conta alguns acórdãos essenciais escolhidos do Tribunal de Justiça da União Europeia, com base na legislação aplicável e noutra jurisprudência.

¹ O texto teve como ponto de partida a comunicação apresentada no Congresso “Constitutionalism in a Plural World” na Universidade Católica Portuguesa, Pólo do Porto, Portugal, em 22 de novembro de 2017.

O texto não segue a norma do Acordo Ortográfico de 1990 por opção das autoras.

² Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica (escola de Direito do Porto), Professora Adjunta no ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), Investigadora do CEDU (Universidade do Minho) e do CEI (ISCAP), Portugal.

³ Doutora em Direito. Professora Auxiliar e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

Palavras-chave: detenção; Mandado de Detenção Europeu (MDE), União Europeia.

Abstract: The implementation of an area of freedom, security and justice in the European Union (also) involves the free movement of judicial decisions in criminal matters and has led to the abolition of extradition and its replacement by a system of delivery between judicial authorities. It is in this context that the European Arrest Warrant (EAW) arises and presents itself as the "essential nucleus" of judicial cooperation. This is a judicial decision issued by one Member State and addressed to another which gives the order of detention and delivery of a wanted person for the purpose of prosecution or execution of a custodial sentence or detention order, within the territory of the Member State of enforcement.

While compliance with these warrants should be the subject of appropriate scrutiny, both at procedural level and on the fundamental rights of persons sought by Council Framework decision 2002/584/JHA, as amended by the framework Decision 2009/299/JAI of the Council, contain normative provisions stating the reasons (compulsory or optional) by which the judicial authorities may refuse their non-enforcement.

And when the general conditions of detention in the issuing Member State preclude the execution of the European Arrest Warrant? The purpose is to reflect on the subject, considering some chosen key judgments of the Court of Justice of the European Union, based on applicable law and another case law.

Keywords: arrest; European Arrest Warrant (EAW); European Union.

Introdução

Depois de definir a sua identidade axiológica no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE), a União Europeia (UE) vem enunciar os objectivos que os tratados lhe perpetram no artigo 3.º. Nesses termos, na alínea segunda deste último dispositivo a União afirma a sua intenção de proporcionar aos cidadãos a realização de um espaço de liberdade, segurança e justiça, onde se assegure a livre circulação das pessoas, em conjugação com a criação de medidas destinadas ao controlo das fronteiras externas, asilo e imigração, e a prevenção e combate à criminalidade. Este objectivo vem conhecer um especial vulto com o Tratado de Lisboa que o refere como a segunda atribuição da União, assim ilustrando a centralidade do papel das pessoas (cidadãos e não cidadãos) no projecto europeu e a primazia do político sobre o económico.

Integrando o domínio das competências partilhadas (artigo 4.º, n.º 2, alínea j), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)) este espaço encontra as suas bases jurídicas no Título V da Parte III do TFUE (artigos 67.º a 89.º) afirmando-se numa tripla vertente: como um espaço de liberdade de circulação de pessoas; como um espaço de segurança nas fronteiras externas, asilo e imigração; e como um espaço de justiça na prevenção e combate à criminalidade. É sobre este que nos deteremos.

É quase uma evidência assinalar que a implementação deste objectivo, nuclear ao constitucionalismo europeu, coloca delicados problemas de vinculação aos direitos fundamentais tanto por parte da União Europeia, como por parte dos Estados-Membros: o respeito pelas diferenças entre as tradições constitucionais e os sistemas jurídicos internos revela-se aqui com especial incidência.

Num domínio material em que a concretização de tais objectivos assenta no princípio do reconhecimento mútuo, no elevado grau de confiança entre os Estados-Membros e na harmonização mínima das medidas nacionais importa destacar que as reminiscências da soberania estadual podem prejudicar a actuação da União, pelo que se tornam necessárias medidas de cooperação policial e judiciária entre os Estados-Membros. Neste quadro, o reforço da EUROJUST, a almejada criação de um Procurador Europeu e a aproximação das legislações penal e processual dos Estados-Membros revelam-se instrumentos fundamentais para a construção de um espaço penal europeu de garantias mínimas.

Ora, a concretização de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça passa (também) pela livre circulação das decisões judiciais em matéria penal (na fase pré-

sentencial e pós trânsito em julgado) e conduziu à supressão da extradição e à sua substituição por um sistema de entrega entre autoridades judiciais. É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), “núcleo essencial” da cooperação judiciária. Trata-se de uma decisão judicial emitida por um Estado-membro (Estado emissor) e dirigida a outro (Estado de execução) que dá ordem de detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa da liberdade, devido a tal pessoa se encontrar no território do Estado-membro de execução.

Sendo certo que o cumprimento destes mandados deve ser objecto de um controlo adequado, tanto a nível processual, como a nível dos direitos fundamentais das pessoas procuradas, o carácter absoluto dos artigos 1.º e 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) conduz a que a autoridade judicial do Estado-Membro de execução do mandado de detenção europeu deva apreciar se a pessoa relativamente à qual o mandado foi emitido corre o risco sério e real de sofrer a violação daqueles direitos fundamentais, quais sejam o trato desumano ou degradante no Estado emissor, verificando a conformidade das condições de detenção com os referidos direitos.

Analisar em que termos deve ser feito o pedido de fornecimento de informação à autoridade judicial de emissão; reflectir sobre a viabilidade prática dos juizes nacionais darem cumprimento a tal apreciação; e concluir se tal dever de apreciação poderá respaldar uma recusa infundada de execução do mandado de detenção europeu – frustrando o espírito de confiança recíproca que deve presidir ao funcionamento do instituto - é o objecto do trabalho que aqui vimos apresentar.

Em suma, o que nos propomos reflectir é se a necessidade de subordinar a entrega de uma pessoa condenada à condição - não prevista pela Decisão-Quadro 2002/584/JAI - das circunstâncias de detenção existentes no Estado-Membro de emissão, não conduzirá à relativização da uniformidade do padrão de protecção dos direitos fundamentais nela incorporados, à violação dos princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que almeja reforçar e, assim, comprometer a final sua eficácia. Para o efeito faremos um brevíssimo percurso pelos acórdãos mais representativos do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria.

1. Enquadramento do tema

Tendo como destino criar uma “união cada vez mais estreita entre os povos da Europa” o processo de integração europeia entrou numa nova fase que inclui a necessidade de assegurar a livre circulação de pessoas sem deixar de “garantir a segurança dos seus povos”. Este devir europeu encontra-se plasmado nos objectivos apontados no n.º 2 do artigo 3.º do TUE, em concreto na criação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” (ELSJ) enquanto uma das atribuições mais ilustrativas dos desígnios políticos que subjazem à construção europeia.

Aquele almejado espaço - cuja comunitarização foi empreendida pelo Tratado de Lisboa de 2007⁴ - conjuga a livre circulação das pessoas, os controlos nas fronteiras externas, o asilo e a imigração, e a prevenção e combate à criminalidade colocando o ser humano no epicentro daquela construção. Tal atribuição da União – profundamente ligada à territorialidade e ao núcleo das soberanias - resulta da densificação do valor fundamental da liberdade, comum à União Europeia e aos Estados-Membros, tal como elencado no artigo 2.º do mesmo Tratado, e apresenta-se estritamente vinculada ao respeito dos direitos fundamentais protegidos pela União, onde se devem incluir os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁵. Com efeito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do TUE, «[a] União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia». Por sua vez, o n.º 3, do mesmo dispositivo afirma que «[d]o direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a

⁴ Última alteração aos tratados institutivos que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009, para consulta em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>.

⁵ SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (coordenação), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. 2013.

Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros».

Comprometendo-se a envidar esforços para garantir um elevado nível de segurança, o n.º 3 do artigo 67.º do TFUE veio consagrar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, enquanto base sob a qual se estrutura o funcionamento do espaço judicial europeu. Da mesma maneira, foi também prevista a possibilidade da aproximação legislativa das matérias penais e processuais penais (artigos 82.º e 83.º TFUE), bem como a cooperação policial e judiciária em matéria penal. Por outro lado, no que concerne à vertente operacional o Tratado prevê o reforço da EUROJUST e a criação da Procuradoria Europeia (artigos 85.º e 86.º do TFUE).

Tratando-se de um domínio de competência partilhada entre a União Europeia e os Estados-Membros, indicada no n.º 2 do artigo 4.º do TFUE, o ELSJ encontra-se previsto no Título V, em concreto nos artigos 67.º a 89.º do TFUE. Os actos adoptados neste domínio (onde se deve incluir o mandado de detenção europeu) gozam de primado sobre o direito estadual, de aplicabilidade directa e efeito directo. Excepção feita para a fiscalização da validade ou da proporcionalidade das operações de polícia e para a manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna, estão aqueles actos sujeitos à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Saliencia-se, todavia, a presença de vários desvios ao regime jurídico comum. Tais desvios resultam de significativas concessões à soberania dos Estados-Membros, tais como o disposto nos artigos 76.º, alínea b); 79.º, n.º 5; 82.º, n.º 3, § 1.º; 83.º, n.º 3, parágrafos 1 e 2, todos do TFUE, demonstram.

Decorrendo da abolição dos controlos de pessoas nas fronteiras internas entre os Estados-Membros, o regime jurídico aplicável no domínio do ELSJ demanda a necessidade inelutável de garantir um elevado nível de protecção aos cidadãos. Assim, sendo certo que a liberdade de circulação suscita a cooperação policial e judiciária (também) em matéria penal; e que a prevenção e a repressão da criminalidade implica o seu reforço, a atribuição de competências à União no domínio em apreço conduziu à supressão da extradição entre os Estados-Membros e à sua substituição por um sistema simplificado de entrega de pessoas (condenadas ou suspeitas) entre as várias autoridades judiciárias nacionais.

É neste contexto que surge o Mandado de Detenção Europeu (MDE), núcleo essencial da cooperação judiciária em matéria penal e instrumento de repressão da criminalidade europeia. Este mecanismo operativo, imprescindível àquela cooperação, impõe às autoridades judiciárias nacionais (autoridade de execução), o reconhecimento de um pedido de detenção - mediante um controlo mínimo restrito à verificação dos requisitos do mandado e à ocorrência de situação de recusa, bem como ao controlo dos direitos fundamentais - apresentado por uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro (autoridade de emissão) e a consequente entrega da pessoa em causa, para fins de procedimento criminal ou cumprimento da pena ou medida de segurança privativa de liberdade.

Nos termos do artigo 82.º, n.º 1, do TFUE, as matérias que integram o ELSJ assentam: **I)** no princípio basilar do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria penal (coordenação da acção das autoridades judiciárias no âmbito da investigação e do exercício da acção penal e execução das decisões); **II)** no elevado grau de confiança entre os Estados; e, ainda que a título subsidiário, incluem **III)** a gradual aproximação legislativa das matérias de Direito Penal e de Direito Processual Penal (estabelecimento de regras mínimas), no respeito pelas tradições e sistemas jurídicos estaduais, bem como o reforço da operacionalidade e apoio da EUROPOL e da EUROJUST⁶.

Saber se o respeito pelos direitos fundamentais e processuais das pessoas suspeitas ou acusadas pode respaldar uma recusa de execução do mandado de detenção europeu - relativizando o espírito de confiança recíproca que preside ao funcionamento do instituto - é o objecto que deu causa a esta reflexão. Assim sendo, pretende-se reflectir sobre se a necessidade de subordinar a entrega de uma pessoa condenada à

⁶ Dados em https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol_pt e <http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/pt.aspx>.

verificação prévia das condições gerais de detenção do Estado de emissão não comprometerá a eficácia dos objectivos que subjazeram à criação deste instituto.

Para o efeito, será efectuado uma brevíssima abordagem à jurisprudência que melhor ilustra o compromisso de garantir o nível de protecção dos direitos fundamentais previstos na CDFUE, nas constituições nacionais e nos compromissos convencionais. É neste quadro que a jurisprudência *Aranyosi e Caldaru* (Processos C-404/15 e C-659/15 PPU)⁷, que analisa se a sobrelotação prisional generalizada conduz a um regresso às inquietudes já suscitadas pelo Acórdão *Melloni* (Processo C-399/11)⁸.

2. O Mandado de Detenção Europeu: facilitar a cooperação judiciária entre os Estados-membros e materializar a confiança recíproca

O cabal funcionamento do ELSJ implica a existência de um sistema de livre circulação das decisões judiciais em matéria penal, tanto na fase pré-sentencial como quando transitadas em julgado. Neste contexto, o mandado de detenção europeu constitui a "pedra angular"⁹ da cooperação judiciária sob a qual assenta o ELSJ, cujo regime jurídico está previsto na Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002¹⁰. O mecanismo substituiu, nas relações entre si, todos os anteriores instrumentos em matéria de extradição, incluindo as disposições nesta matéria do Título III da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

O referido princípio significa que os Estados confiam mutuamente na qualidade dos procedimentos penais nacionais¹¹. O princípio do reconhecimento mútuo implica que «uma decisão tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro com base na sua legislação interna será reconhecida e executada pela autoridade judiciária de outro Estado-Membro, produzindo efeitos pelo menos equivalentes a uma decisão tomada por uma autoridade judiciária nacional».¹² Assim sendo, as decisões proferidas por um Estado-Membro devem ser respeitadas por todos os outros, o que é dizer que uma decisão judicial tomada por uma autoridade judiciária de um Estado-Membro deve ser exequível. O que significa que se o mandado de detenção europeu contiver todas as informações necessárias e se estiver devidamente traduzido, o Estado-Membro de execução deve cumprir a decisão de uma autoridade judiciária de outro Estado-Membro – independentemente das diferenças entre as respectivas ordens jurídicas. Dado que a execução de um mandado de detenção europeu não implica o julgamento de mérito da questão de facto e de direito que lhe subjaz, a apreciação da prova dos factos imputados à pessoa em causa está fora dos poderes de cognição do juiz.

O mecanismo pretende ser um contributo no combate ao crime organizado e, como já foi sublinhado, baseia-se na necessidade de agilizar a entrega de arguidos no espaço europeu e de estabelecer um elevado grau de confiança entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros. Assim, apenas poderá ser suspenso em caso de violação grave e persistente dos valores elencados no artigo 2.º do TUE. Todavia, se existir a convicção de que o mandado de detenção europeu foi emitido para punir uma pessoa em

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de abril de 2016 com *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru* em pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Processos C-404/15 e C-659/15 PPU. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=404/15&td=ALL>, consulta em 15/11/2017.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2013 com *Stefano Melloni* contra Ministerio Fiscal em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Constitucional (Espanha), Processo C-399/11. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=399/11&td=ALL>, consulta em 15/11/2017.

⁹ Segundo a expressão utilizada no considerando 6 da Decisão-Quadro, 2002/584/JAI, do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros.

¹⁰ Ver o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação desde 2007 da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, COM 2011 (175) final de 11.04.2011.

¹¹ Ver António L. Santos Alves, na RMP, Ano 103, pág. 68, nota 11.

¹² Ver Ricardo Jorge Bragança de Matos, na RPCC, Ano XIV, n.º 3, pág. 327.

virtude do sexo, raça, religião, ascendência étnica, nacionalidade, língua, opinião política ou orientação sexual, deve recusar-se a entrega do indivíduo em questão¹³. Ademais, ao dar-se cumprimento ao mandado de detenção europeu a autoridade judiciária tem de ter por certo de que ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes. Devido à sindicância judicial exercida pelo Estado de execução ser muito reduzida, as razões pelas quais o Estado-Membro de execução pode recusar o seu reconhecimento apresentam-se extremamente limitadas e estão expressamente previstas. Como explicitaremos em particular, as causas de recusa de execução do mandado de detenção europeu podem ser obrigatórias – caso em que são taxativas – ou facultativas. Visando este instrumento a boa administração da justiça penal na União Europeia, o acto de recusa de um mandado de detenção europeu não deve constituir um entrave à perseguição criminal, sem prejuízo da salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa procurada.

Só depois da autoridade judiciária de execução se certificar da viabilidade (formal e substancial) deste instrumento é que pode ordenar a entrega da pessoa em causa ao Ministério Público (MP) para providenciar pela detenção da pessoa em causa. Neste quadro, sempre assistirá ao detido o direito de conhecer o conteúdo do mandado de detenção europeu que lhe é dirigido e o direito de ser ouvido e assistido por um defensor (para informações e aconselhamento) e um intérprete. De resto, deve ainda garantir-se-lhe o direito de informar as autoridades consulares sobre a sua detenção, bem como o direito a ser protegido relativamente a procedimentos que não se reconduzam ao objecto do mandado (princípio da especialidade¹⁴). Da mesma forma, a dignidade da pessoa arguida implica que o Estado-Membro de emissão deve garantir o seu acesso ao direito e ao julgamento justo, mediante o exercício do contraditório e o princípio da presunção da inocência.

Não obstante a simplicidade e a celeridade que caracterizam este procedimento judicial, não deve o reconhecimento mútuo do mandado de detenção europeu implicar a violação das garantias processuais e dos direitos humanos¹⁵ consignados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e na CDFUE. Por esta questão ser essencial para o problema em análise será particularmente apresentada em momento posterior deste trabalho.

¹³ Ver Maria Rosa Maia Salgado com “Mandado de Detenção Europeu (Motivos de recusa de execução)”, *Maia Jurídica*, 2008, pp. 37 a 47.

¹⁴ Segundo este princípio uma pessoa entregue não pode ser sujeita a procedimento penal, condenada ou privada de liberdade por uma infracção praticada antes da sua entrega diferente daquela que deu causa a tal entrega. O fundamento do princípio da especialidade baseia-se no reconhecimento da soberania do Estado requerido pelo Estado requerente, e significa que o Estado requerente se compromete face ao requerido de apenas perseguir o extraditando pelas infracções mencionadas no pedido.

¹⁵ De referir que já no caso *Soering v. The United Kingdom*, em 1989, se tinha discutido se era possível responsabilizar um Estado-parte da CEDH por extraditar indivíduos para países onde corresse o risco real e sério de se serem sujeitos a pena de morte, devido ao “síndrome do corredor da morte” poder ser considerado uma prática incluída na proibição do artigo 3.º da CEDH: «Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes», ainda que tais países fossem não-parte da convenção (Vírginia, EUA). Posteriormente, no caso *Kaboulov v. Ukraine*, em 2009, o TEDH acabou por afirmar que os Estados parte da Convenção devem, nas suas relações internacionais, proteger os direitos humanos, onde se deve incluir a possibilidade de sujeitar uma pessoa à pena de morte. Assim sendo, a obrigação do Estado extraditante traduzir-se-á numa obrigação de não extraditar, uma vez que decorria do próprio artigo 1.º da Convenção, a obrigação de garantir os direitos consagrados na CEDH a todos os que se encontrassem sob a sua jurisdição. Com efeito, apenas este entendimento é compatível com a Convenção enquanto “padrão mínimo europeu”. A responsabilização de um Estado extraditante por violações dos direitos humanos das pessoas (tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes), produzidas após a extradição, acabou por ficar estabelecida em jurisprudência posterior sempre que fosse previsível a um Estado-parte que tal poderia acontecer por consequência directa ou indirecta da extradição. Desta forma, no entendimento do TEDH, impende sobre o Estado extraditante a avaliação do risco a que poderão os indivíduos ser sujeitos, cabendo aos Estados a obrigação de não proceder à entrega de indivíduos para territórios onde os direitos humanos garantidos pela Convenção possam ser violados.

2.1. O mandado de detenção europeu em Portugal: traços gerais da fisionomia e funcionamento do instituto

O mandado de detenção europeu está previsto na Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002 (2002/584/JAI)¹⁶. A Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto¹⁷ aprovou o seu regime jurídico no Estado português, dando-lhe assim efectivo cumprimento, entrando em vigor no dia 1 de Janeiro de 2004, aplicando-se aos pedidos formulados após tal data. Por força da transposição (tardia) da Decisão-Quadro 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009¹⁸ (que altera as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI - cujo objectivo principal era o reforço dos direitos processuais das pessoas e a aplicação efectiva do princípio do reconhecimento mútuo no que se refere a decisões na ausência do arguido) - o legislador português proveio à sua primeira alteração através da Lei n.º 35/2015, de 4 de Maio¹⁹ que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação²⁰.

Como vimos, o mandado de detenção europeu é uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro (Estado de emissão) em que este solicita a outro (Estado de execução) a detenção e entrega de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal por factos puníveis pela sua lei com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima de pelo menos doze meses, ou cumprimento de pena ou medida de segurança privativa de liberdade de duração não inferior a quatro meses.

Em regra, tal entrega será concedida sem controlo de dupla incriminação²¹ no controlo dos procedimentos extradicionais, enquanto causa de recusa de execução e entrega relativamente a 32 infracções típicas, quando as mesmas sejam puníveis com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a 3 anos. O mandado, para efeitos de procedimento penal, deve ser emitido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Já se for emitido para efeitos de cumprimento de pena, deve sê-lo a partir da fase de julgamento e após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

¹⁶ Publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, de 18 de Julho de 2002, versão consolidada com as alterações mencionadas em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1524952456103&uri=CELEX:02002F0584-20090328>.

¹⁷ Lei n.º 65/2003 de 23 de Agosto, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 194 de 23 de Agosto de 2003. Ver GRAÇA, António Pires Henriques da. *Mandado de detenção europeu*, 2014.

¹⁸ As alterações introduzidas pela Decisão-Quadro incidiram sobre as seguintes matérias: âmbito de aplicação; transferência temporária e audição da pessoa procurada na pendência da decisão sobre execução do mandado de detenção europeu; princípio da especialidade; entrega e extradição posterior; causas de recusa facultativa; garantias; trânsito; decisões proferidas na sequência de julgamento na ausência.

¹⁹ Lei n.º 35/2015 de 4 de Maio, publicada no Diário da República, I Série A, n.º 85 de 4 de Maio de 2015, em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/advanced/maximized?types=SERIEI&tipo=%22Lei%22&numero=35&anoDR=2015&sortOder=ASC&search=Pesquisar&fpb=dHJ1ZQ%3D%3D>.

²⁰ A lei transpunha tardiamente outras Decisões-Quadro, tais como a 2009/299/JAI, que, por sua vez alterava as Decisões-Quadro 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI e 2008/947/JAI. Para uma opinião reflectida e crítica sobre a substância das alterações introduzidas na legislação portuguesa, destacando a desconsideração do legislador português relativamente às Directivas 2010/64/UE (direito à interpretação e tradução em processo penal), 2012/13/UE (direito à informação em processo penal) e 2013/48/UE (direito a acesso a advogado em processo penal e nos de execução de mandado de detenção europeu e ao direito de informação de terceiros em caso de privação de liberdade), ressaltando a possibilidade de choque com outros dispositivos legais tais como a Lei n.º 144/99 e algumas disposições do Código de Processo Penal português. Ver TORRES, A. S. "As alterações à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto...". *Julgar*, 2016.

Ver também a Directiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2016, relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus, JOUE L 297 de 04.11.2016, pp. 1 a 8.

²¹ Sobre a dupla incriminação, ver PAIS, A. I. R. "A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu...", em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, 2009.

Se assim o entender, para tornar mais célere a cooperação judiciária europeia, a autoridade judiciária de emissão pode inserir a indicação da pessoa indicada no sistema de informação Schengen (SIS)²². O mandado de detenção europeu deve ser transmitido (em boa e devida forma) directamente à autoridade de execução, mas caso não se saiba onde se encontra a pessoa procurada deve efectuar-se através do sistema de telecomunicações de segurança da rede judiciária europeia²³, podendo as autoridades contactar directamente entre si.

Em Portugal, cabe à Procuradoria-Geral da República – na sua qualidade de autoridade central - o dever de assistir às autoridades judiciárias competentes²⁴. Os Tribunais da Relação (secção criminal) são as autoridades judiciárias de execução dos mandados. Por sua vez, deve o respectivo Ministério Público²⁵ promover a sua execução em 48 horas. Assim, após a verificação de um conjunto de requisitos formais e materiais, deve o juiz relator pronunciar-se - liminar e fundamentadamente - em cinco dias sobre a possibilidade de execução do mandado, caso em que ordenará a entrega da pessoa ao MP para promover a sua detenção. O Estado de execução deve aceitar a condenação nos seus precisos termos, todavia, consubstanciando uma reserva de soberania, pode executar a pena ou a medida de segurança de acordo com a sua lei nacional. Acresce que o Estado de execução na mesma cumprirá as suas vinculações europeias, executando ele próprio a pena, em vez de dar execução ao mandado mediante a entrega da pessoa procurada ao Estado de emissão.

Aquando da detenção assistem ao detido os direitos de ser informado e o exercício do direito fundamental de defesa. Tem, portanto, o detido direito a ser ouvido perante o juiz do Tribunal da Relação competente²⁶, que decidirá – num prazo máximo de 48 horas - pela validade e manutenção da detenção ou pela aplicação de medida de coacção. Do período total da pena de privação de liberdade eventualmente aplicável deve ser deduzido o período de detenção relativo ao mandado de detenção europeu. Sob pena de nulidade de todo o processado posterior, assiste ao detido o direito a consentir a sua entrega à autoridade judiciária de emissão ou, ao contrário, opor-se à execução do mandado com base em erro sobre a sua identidade ou outra causa de recusa.

O consentimento, em regra irrevogável, implica certificação da sua voluntariedade e decisão judicial de homologação bem como equivale à decisão final do processo de execução do mandado de detenção europeu. Neste caso, a decisão definitiva deve ser tomada em 10 dias a contar de tal consentimento, assim se cumprindo o mandado de detenção europeu. Logo que possível, deve o tribunal competente proceder à notificação da autoridade judiciária de emissão.

Ao contrário, caso o detido se oponha deve apresentar a oposição e os meios de prova pertinentes durante a diligência de audição, ainda que tais meios se apresentem diferenciados das garantias próprias do processo criminal e devam ser apresentados no âmbito do processo que deu origem ao mandado de detenção europeu. Sempre que assim aconteça a execução definitiva sobre o mandado de detenção europeu deve ser

²² A inserção deve ser efectuada nos termos do artigo 26.º a 31.º da Decisão 2007/533/JAI, do Conselho de 12/6/2007, relativa ao funcionamento e utilização do SIS II, conforme Regulamento CE n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20/12/2006, relativo ao estabelecimento e funcionamento do SIS II (JO L 381 de 28/12/2006, p. 4), e pode ter os mesmos efeitos do mandado de detenção europeu, se contiver as informações previstas no artigo 3.º, n.º 1, do regime jurídico do mandado de detenção europeu, até recepção do mandado de detenção europeu original.

²³ Acção Comum 98/428/JAI do Conselho, de 29 de Junho de 1998, que cria a rede judiciária europeia (JO L 19 de 7/7/1998, p. 4). Em Portugal, consultar circular da Procuradoria-Geral da República n.º 6/2000, de 5 de Junho de 2000. Para criminalidade grave, de natureza transnacional, deve contactar-se o membro nacional da EUROJUST.

²⁴ FERREIRA, Joana Gomes. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. 2007.

²⁵ Durante a fase de Inquérito, são os Magistrados do Ministério Público que têm competência para efectuar a detenção do arguido e ordenar a sua apresentação ao juiz para primeiro interrogatório (artigo 257.º, n.º 1, do Código de Processo Penal português).

²⁶ Caso o detido não possa ali ser ouvido, deve ser apresentado ao Ministério Público junto do tribunal de 1.ª instância da sede do tribunal competente para efeitos de validação e manutenção da detenção ou de aplicação de medida de coacção.

tomada até 60 dias após a detenção da pessoa em causa, embora em casos excepcionais²⁷ se possa prorrogar tal prazo por mais 30 dias. Naquela situação, deve a EUROJUST ser informada da ocorrência por parte da Procuradoria-Geral da República. Ainda que tais prazos pretendam contribuir para a celeridade da execução do mandado, a garantia dos direitos fundamentais que assistem ao requerido impõe que os mesmos não sejam peremptórios.

Uma vez transitada em julgado, abre-se uma nova fase de execução do mandado de detenção europeu, que tem como objectivo proceder à entrega da pessoa procurada à autoridade judiciária de emissão – também com novos e apertados prazos a cumprir. De referir que uma vez decidida, com trânsito em julgado, a execução do mandado de detenção europeu já não poderá ser revogada, só não se executando se o Estado-Membro de emissão disso se tiver desinteressado, nomeadamente não comparecendo para receber o detido.

Na fase de entrega da pessoa deve a decisão definitiva de execução ser comunicada à autoridade judiciária de emissão e a pessoa reclamada terá de ser entregue tão breve quanto possível (em regra até 10 dias), em data acordada entre o tribunal competente e a autoridade judiciária de emissão. A título excepcional, pode a entrega ser prorrogada, circunstância que implica um acordo entre as autoridades judiciárias no sentido da fixação de uma nova data a cumprir (10 dias a contar da data anterior). Por outro lado, pode a entrega em causa ser temporariamente suspensa por motivos humanitários. Acresce que a entrega pode ainda ser diferida para que a pessoa procurada seja, entretanto, sujeita a procedimento penal em Portugal ou para aqui cumprir pena (repatriamento), ou pode ainda ser temporariamente entregue. Assim, em determinadas circunstâncias admite-se a recusa do Estado de execução, desde que este assumo o compromisso de executar ele próprio a pena ou medida de segurança. Os objectos que possam servir de prova ou todos aqueles que tiverem sido adquiridos pela pessoa reclamada em resultado da infracção ficam adstritos ao processo e devem ser igualmente entregues ao Estado-Membro de emissão do mandado de detenção europeu.

Em conformidade com a garantia prevista no artigo 32.º, n.º 1 da CRP, da decisão que mantiver a detenção ou a substituir por medida de coacção, bem como da decisão final de execução do mandado cabe, em cinco dias, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (secções criminais). Uma vez que o direito ao recurso integra o núcleo das garantias de defesa constitucionalmente garantidas, tal possibilidade dá cumprimento à garantia do duplo grau de jurisdição. Naqueles casos, caso o recurso seja procedente a decisão de execução do mandado ficará condicionada.

Por razões de celeridade, todos os actos processuais são praticáveis fora de dias úteis, das horas de expediente e em férias judiciais. É aplicável ao processo de execução de mandado, a título subsidiário, o Código de Processo Penal, embora as medidas coactivas a que se possa recorrer – nomeadamente a prisão preventiva - sejam as do Estado emissor. As despesas ocasionadas são da responsabilidade do Estado-membro de emissão.

Trata-se, portanto, de um acto de natureza exclusivamente judiciária, adjectiva e procedimental, ou seja, de um instrumento jurídico-penal de cooperação internacional, despido de qualquer juízo de oportunidade política na decisão e sem qualquer intervenção do executivo.

2.2. Da recusa de execução do mandado de detenção europeu

Ora, sendo o mandado de detenção europeu um utensílio para a execução de penas na União Europeia (e não para a determinação da sua medida), o Estado da execução deve – em regra - aceitar a condenação nos seus precisos termos. Neste contexto, a sindicância judicial a exercer pelo Estado-Membro de execução é muito reduzida²⁸, sem que isso deva implicar o desrespeito pelos direitos fundamentais. A ideia

²⁷ Tal acontece se houver recurso da decisão, caso em que o prazo é elevado para 90 ou 150 dias conforme o recurso seja interposto para o Supremo Tribunal de Justiça ou para o Tribunal Constitucional. De referir que tais prazos se contam desde as datas da prolação dos acórdãos e não do seu trânsito em julgado.

²⁸ Sobre esta temática veja-se Ricardo Jorge Bragança de Matos, na RPCC, Ano XIV, n.º 3, págs. 327-328.

da confiança mútua que subjaz à execução do mandado de detenção europeu não significa que a sua execução seja automática, porquanto a lei prevê diversas causas ou obstáculos à sua execução (artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 65/2003 de 23/8).

Assim sendo, nos termos do artigo 11.º supra referido, a execução do mandado de detenção europeu deve ser obrigatoriamente recusada nos casos nele previstos. Ou seja, tratando-se de situações que colidam com princípios fundamentais e impostergáveis, devem os mesmos ser sempre salvaguardados pelo Estado-Membro de execução. Nesses termos, sempre que a infracção em causa tiver sido amnistiada em Portugal; se a pessoa procurada já foi definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado-Membro (desde que a pena já tenha sido cumprida ou esteja em cumprimento segundo a lei do Estado-Membro de condenação); se a pessoa procurada for inimputável em razão da idade; e se a infracção for punível com pena de morte ou por outra causa que lese irreversivelmente a integridade física da pessoa procurada, não deve – em absoluto – ser cumprido o mandado. Tal dispositivo é coerente com a axiologia constitucional portuguesa²⁹ (artigo 33.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa (CRP)), com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigos 1.º e 3.º da DUDH), com a CDFUE, e com os compromissos estabelecidos pela CEDH (artigo 2.º).

Ao contrário, nos casos do artigo 12.º³⁰ supra referido, a execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada por motivos intrinsecamente ligados à reserva de soberania penal da república (não incriminação fora do catálogo, competência material do Estado Português para procedimento pelos factos que estejam em causa, nacionalidade portuguesa ou residência em Portugal da pessoa procurada).

A decisão de recusa facultativa da execução do mandado de detenção europeu é uma verdadeira faculdade do Estado da execução, não indicando a Decisão-quadro

²⁹ Em CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2007.

³⁰ O artigo 12.º da Lei n.º 65/2003 estabelece as causas de recusa facultativa de execução do mandado de detenção europeu, nos seguintes termos: 1 - A execução do mandado de detenção europeu pode ser recusada quando: a) O facto que motiva a emissão do mandado de detenção europeu não constituir infracção punível de acordo com a lei portuguesa, desde que se trate de infracção não incluída no n.º 2 do artigo 2.º; b) Estiver pendente em Portugal procedimento penal contra a pessoa procurada pelo facto que motiva a emissão do mandado de detenção europeu; c) Sendo os factos que motivam a emissão do mandado de detenção europeu do conhecimento do Ministério Público, não tiver sido instaurado ou tiver sido decidido pôr termo ao respetivo processo por arquivamento; d) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado membro em condições que obstem ao ulterior exercício da acção penal, fora dos casos previstos na alínea b) do artigo 11.º; e) Tiverem decorrido os prazos de prescrição do procedimento criminal ou da pena, de acordo com a lei portuguesa, desde que os tribunais portugueses sejam competentes para o conhecimento dos factos que motivam a emissão do mandado de detenção europeu; f) A pessoa procurada tiver sido definitivamente julgada pelos mesmos factos por um Estado terceiro desde que, em caso de condenação, a pena tenha sido integralmente cumprida, esteja a ser executada ou já não possa ser cumprida segundo a lei do Estado da condenação; g) A pessoa procurada se encontrar em território nacional, tiver nacionalidade portuguesa ou residir em Portugal, desde que o mandado de detenção tenha sido emitido para cumprimento de uma pena ou medida de segurança e o Estado Português se comprometa a executar aquela pena ou medida de segurança, de acordo com a lei portuguesa; h) O mandado de detenção europeu tiver por objecto infracção que: i) Segundo a lei portuguesa tenha sido cometida, em todo ou em parte, em território nacional ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas; ou ii) Tenha sido praticada fora do território do Estado membro de emissão desde que a lei penal portuguesa não seja aplicável aos mesmos factos quando praticados fora do território nacional. 2 - A execução do mandado de detenção europeu não pode ser recusada, em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios, com o fundamento previsto no n.º 1, pela circunstância de a legislação portuguesa não impor o mesmo tipo de contribuições ou impostos ou não prever o mesmo tipo de regulamentação em matéria de contribuições e impostos, de alfândegas e de câmbios que a legislação do Estado membro de emissão. 3 - A recusa de execução nos termos da alínea g) do n.º 1 depende de decisão do tribunal da relação, no processo de execução do mandado de detenção europeu, a requerimento do Ministério Público, que declare a sentença exequível em Portugal, confirmando a pena aplicada. 4 - A decisão a que se refere o número anterior é incluída na decisão de recusa de execução, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o regime relativo à revisão e confirmação de sentenças condenatórias estrangeiras.

qualquer critério pelo qual se pautará a decisão do juiz. A competência para decidir se está verificada uma causa de recusa de execução pertence, portanto, à autoridade judiciária de execução, sem qualquer intervenção prévia ou acessória de qualquer outra entidade. Assim sendo, a decisão de recusa constitui uma verdadeira salvaguarda, pelo que os critérios que lhe presidem – não estando fixados na lei – relevam do espaço de livre decisão interna em função da reserva de soberania implicada. Não obstante, tal decisão não deve ser arbitrária antes se encontrando sujeita a critérios de estrita legalidade, devendo o juiz utilizar os critérios injuntivos para a integração de lacunas normativas definidos no artigo 10.º do Código Civil português, ponderando as valorações necessárias. Tais critérios devem atender aos princípios de política criminal subjacentes à aplicação das penas e às finalidades da sua execução. Ou seja, a recusa tem de se basear em motivos ponderosos, ilustrados a título exemplificativo no teor do artigo, ligados às razões que subjazem, por um lado, ao interesse do Estado que solicita a entrega de pessoa, e, por outro, ao interesse do Estado a quem o pedido foi dirigido. É esta ponderação de interesses em conflito que deve presidir à decisão – estritamente fundamentada³¹ - do juiz.

Estamos em crer que tal faculdade estadual é ainda um resquício da vocação de protecção que subjazia ao tradicional princípio da não extradição de nacionais. Saliente-se, todavia, que se a autoridade judiciária de um Estado-Membro recusa a execução do mandado de detenção europeu tem, em contrapartida, de ordenar o cumprimento da pena ou da medida de segurança pelo tribunal competente para o efeito – em território nacional.

O artigo 13.º trata das garantias especiais a prestar efectivamente pelo Estado-Membro de emissão, garantias essas que concretizam a necessidade de assegurar a dignidade da pessoa arguida e os respectivos direitos fundamentais. Tais garantias devem ser realmente prestadas pelo Estado de emissão, ficando o processo de entrega sujeito às condições previstas nas duas primeiras alíneas do dispositivo em apreço. Ou seja, sempre que o mandado de detenção europeu tenha sido emitido para efeitos de cumprimento de pena imposta por decisão proferida na ausência do arguido, ou se este não tiver sido pessoalmente notificado ou informado da data e local da audiência que determinou a decisão proferida contra si, só deve proceder-se à entrega caso a autoridade judiciária de emissão garanta a possibilidade de interposição de recurso ou de requerer novo julgamento, e nele o arguido estar de facto presente.

Tal exigência decorre da jurisprudência do TEDH, relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em tribunal em processo penal. Quanto à garantia prevista na última alínea do artigo 13.º, deve ter-se por certo que – relativamente a nacionais ou residentes no Estado-Membro de execução - não se interdita a decisão de entrega. O que acontece é que tal decisão fica sujeita a uma condição resolutiva, qual seja a condição da pessoa, depois de ouvida no Estado-Membro de emissão, ser devolvida ao Estado-Membro de execução para nele cumprir a pena ou a medida de segurança privativa de liberdade.

2.3. Entre o obrigatório e o facultativo: o (des)respeito pelos direitos fundamentais como causa de recusa de execução do mandado de detenção europeu

Na construção de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça tem de haver, necessariamente, um património valorativo de bens jurídicos comuns que devem ser tutelados (também) pelo direito penal. Assim, é já um dado incontroverso que a União se funda no princípio do Estado-de-Direito e respeita os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Com efeito, é também um dado incontroverso que os tratados actuais conferem directamente estes direitos aos indivíduos: o seu preâmbulo confirma o «apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais»; o artigo 2.º do TUE refere-os como um dos valores comuns em que se funda a União; o artigo 3.º do mesmo Tratado enuncia o objetivo de os promover; o seu artigo 6.º, n.º 1, reconhece a

³¹ A falta de fundamentação sobre a aplicação da cláusula de recusa facultativa de execução é causa de anulação da decisão, nos termos do artigo 379.º, n.º 1, alínea a), ex vi artigo 425.º, n.º 4, do Código de Processo Penal português.

existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos; o seu n.º 2 menciona o compromisso da União aderir ao sistema internacional regional de proteção de direitos fundamentais; o seu n.º 3 destaca o papel da CEDH e das tradições constitucionais comuns; o artigo 7.º do TUE consagra um processo de incumprimento especial para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores referidos no artigo 2.º; os tratados contêm várias disposições internas sobre matéria de direitos fundamentais e enunciam uma política externa de direitos humanos; bem como existe uma agência para a sua verificação.

Ora, ainda que os tratados iniciais não contivessem qualquer catálogo que os enunciasse, o TJUE acabou por os incorporar pela via dos princípios gerais de direito. Porém, não estando assegurada a sua identificação concreta, ainda que tais princípios se assimilassem às bases axiológicas da União, tornava-se imprescindível que a UE se dotasse de uma declaração de direitos – o que aconteceu. A previsão dos direitos fundamentais num catálogo munido com força de direito primário, para além de permitir a sua identificação; serviu de parâmetro de interpretação e validade das actuações da União; de limite ao legislador e de paradigma ao controlo dos Estados no quadro do processo sancionatório. Nesta medida, sempre que esteja em causa a aplicação material do direito da União³², impõe-se às instituições (com especial destaque para o TJUE) e aos Estados-Membros a observância dos direitos consignados na CDFUE. Por outro lado, uma vez cabendo aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça garantir a protecção jurisdicional dos direitos conferidos pelo direito da União aos particulares, a jurisprudência foi-se revelando profundamente activista em assuntos provenientes da justiça criminal, liberdade, segurança e justiça, protecção de dados, situação da família, cidadania, liberdades fundamentais, asilo e imigração e meios antiterroristas. É, assim, um dado incontestável que a União defende e assegura os seus valores comuns, a democracia e os direitos fundamentais. Ademais, não deve ser subestimado o desempenho dos tribunais nacionais na defesa dos valores comuns da União Europeia, ainda que no respeito da independência dos sistemas judiciais.

É neste contexto, que o artigo 52.º, n.º 3, da CDFUE³³, veio esclarecer que na medida em que esta contenha direitos correspondentes aos garantidos pela CEDH, o seu sentido e âmbito deve ser igual aos por ela consignados. Trata-se, assim, de assumir a CEDH como um limiar mínimo de protecção europeia, não impedindo que a União Europeia exerça uma protecção mais ampla. Bem como foi também neste contexto que o seu artigo 53.º, veio acrescentar que nenhuma disposição da Carta³⁴ deve ser

³² Por sua vez, quando os Estados-Membros actuam fora do âmbito de aplicação do direito da União Europeia, na mesma estão vinculados ao respeito dos valores em que assenta a União, nomeadamente o respeito pelo Estado-de-direito que é, em si mesmo, uma condição prévia para a protecção dos direitos fundamentais. Neste sentido, veja-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 25 de Outubro de 2016, sobre o mecanismo da União Europeia para a democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0409+0+DOC+XML+V0//PT>.

³³ O artigo 52.º contém uma cláusula geral de restrição dos direitos, à semelhança do disposto no artigo 8.º da CEDH.

³⁴ Refira-se que a CDFUE tem um título específico para as liberdades (II) e outro para a Justiça (VI). No que concerne a matéria penal a Carta estabeleceu o direito à acção e a um tribunal imparcial (artigo 47.º); a presunção de inocência e direitos de defesa (artigo 48.º); o princípio da proporcionalidade e da legalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º); e o direito a não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º). Para um estudo sobre o impacto da Carta na arquitetura constitucional da União assinalando um progresso qualitativo importante no regime de protecção dos direitos fundamentais na União, ver Sara Iglesias Sanchez em "The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights", na CMLR, 49, 2012, pp.1565-1611, propondo o artigo 53.º como solução de situações de colisão de direitos, impondo uma interpretação dos direitos fundamentais protegidos pela Carta que nem prejudica, nem reduz o significado dos direitos garantidos pelas constituições e pelos instrumentos internacionais de protecção de direitos humanos. Também Marta Cartabia no "Article 53.º - level of protection", em *Human Rights in Europe – Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2010, p. 339. Salientando o seu valor político e simbólico, temos Jonas Bering Liisberg, no "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an

interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estado-Membros, nomeadamente a CEDH, bem como pelas constituições dos estados. Literalmente, este preceito de não-regressão impediria o Tribunal de apoiar-se na Carta para declarar inaplicáveis medidas nacionais mais protectoras que as asseguradas pelo direito da União. Tal interpretação conduziria ao estalar do direito da União ao impor que o Tribunal preferisse a protecção que cada Estado concede. Se assim fosse, o Tribunal atuaria como um órgão jurisdicional superior dos Estados e não como um autónomo órgão jurisdicional de uma União de direito. A este propósito, há que recordar que o TJUE interpretou a última disposição horizontal da Carta no sentido que a aplicação dos padrões nacionais de protecção dos direitos fundamentais não deve pôr em causa o nível de protecção garantido pela CDFUE, nem o primado, nem a efectividade do direito da União Europeia.

Na verdade, muito embora – ao longo da evolução da integração – o Tribunal tenha afirmado que não tolera medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos nas constituições, nunca foi ao ponto de fixar um critério maximalista que assegurasse a um direito fundamental, reconhecido pela Constituição de um Estado-Membro, ser igualmente reconhecido pelo direito da União. Refira-se que a jurisprudência *Schmidberger*³⁵ e *Ómega*³⁶ – apesar de consentir a não aplicação de uma norma de direito da União para salvaguarda dos direitos fundamentais, tal como entendidos pelo respetivo parâmetro constitucional, não implica uma leitura complacente com a aplicação de um princípio do nível mais elevado de protecção enquanto critério de resolução de conflitos de validade. Na realidade, uma vez que os parâmetros relativamente aos quais se deve aferir a validade das normas de cada ordenamento são diferentes, revelando-se atendíveis – num caso – os tratados – noutro – as constituições nacionais, os conflitos entre normas da União e normas constitucionais nacionais enquadram situações de conflito de eficácia e não de validade. Por esta ordem de razões, pensamos que o artigo 53.º da Carta não implica que o encaremos como uma resposta a um dilema entre a consagração de uma cláusula de nível máximo (maximalismo), ou de nível mínimo (minimalismo) de protecção. Antes parece consagrar um critério de aplicação do padrão de protecção que se revele mais adequado à identidade constitucional autónoma da União e à salvaguarda dos objetivos que ela visa atingir, apenas no seu concreto “âmbito de aplicação”. Nesse caminho, não queremos deixar de salientar que a interpretação dos dispositivos da Carta deve ser conforme às tradições constitucionais comuns que integram o seu próprio núcleo identitário, e ao conteúdo mínimo dos direitos que integrem os instrumentos de protecção internacional de direitos fundamentais, adequados aos objetivos da União.

Com efeito, se para ajuizar do respeito pelos direitos fundamentais relativamente a actos de aplicação do direito da União, o juiz comparasse a intensidade da protecção dispensada pelo direito interno ou pelo direito internacional, estaria a atuar como um órgão judicial interno, vinculado a um compromisso de protecção mínimo de supervisão hierárquica, e não como um órgão jurisdicional de uma União de Direito comum a 28 Estados. Uma leitura do artigo 53.º da Carta que consubstanciasse um princípio geral de preferência pela norma mais favorável aos interesses do seu titular seria incoerente com

inkblot?”, num *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4/01, 2001, pp. 18 e 50. Entre nós, para uma concepção optimista do artigo 53.º enquanto consagração do princípio do nível mais elevado de protecção, como princípio interpretativo e como regra de conflitos, Mariana Rodrigues Canotilho com “O Princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais” de 2007, p. 176. Acentuando a natureza subsidiária da tutela comunitária e a sua função de cláusula de remissão e preferência pelo nível mais elevado de protecção, alterando o modo tradicional de abordagem ao primado, ver Maria Luísa Duarte na obra *União Europeia*, pp. 243-244 e 285 ss., 2006. Em sentido diferente da doutrina anterior, surge Leonard Besselink, com “Entrapped by the *maximum* standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union”, na CMLR, n.º 35, 1998, pp. 629-680.

³⁵ Acórdão de 12/6/2003, *Schmidberger*, Proc. C-112/00, Col. 2003, p. 5659. Nesta jurisprudência, o Tribunal afirmou que a protecção dos direitos fundamentais revestia um interesse legítimo suscetível de consubstanciar uma restrição às obrigações decorrentes do direito da União, por força de uma liberdade fundamental estabelecida no tratado.

³⁶ Acórdão de 14/10/2004, *Ómega*, Proc. C-36-02, Col. 2004, p. I-2569.

a autonomia do direito da União e com a evolução da jurisprudência, nesse sentido seria de aplicação impossível. Por isso, reiteramos que a aplicação dos padrões nacionais de protecção não deve comprometer o nível de protecção previsto na Carta.

Uma vez feitas tais constatações, recordamos que o objecto de reflexão do nosso trabalho consiste em saber se o respeito pelos direitos fundamentais e processuais das pessoas suspeitas ou acusadas pode respaldar uma recusa de execução do mandado de detenção europeu - relativizando o espírito de confiança recíproca que preside ao funcionamento do instituto. Ora, antes de observarmos a jurisprudência mais relevante para esta questão, é importante sublinhar que também um dado incontroverso que só o princípio da confiança mútua permite a criação de um verdadeiro espaço sem fronteiras internas. Nesse quadro, cada um dos Estados-Membros tem de partir do princípio que todos os outros respeitam o direito da União, com especial destaque para os direitos fundamentais. Razão pela qual, quando aplicam o direito da União, não devem os Estados-Membros exigir dos outros um nível de protecção mais elevado que o por ele assegurado, nem - tão-pouco - verificar se um qualquer Estado-Membro os respeitou efectivamente.

2.3.1. *Melloni, Aranyosi e Caldaru*: entre a liberdade dos arguidos, a segurança e a confiança entre os Estados-Membros

Foi aquela convicção que respaldou a decisão do TJUE no controverso caso *Melloni*³⁷. Não tendo comparecido em julgamento e após ter ordenado que as notificações fossem feitas aos seus advogados, *Melloni* foi condenado sem ter estado presente no julgamento à pena de dez anos de prisão, como autor do crime de falência fraudulenta. No entanto, foi emitido um mandado de detenção europeu para execução da pena proferida. *Melloni*, residente em Espanha, opôs-se à sua entrega às autoridades italianas, argumentando que a execução do mandado deveria estar subordinada à condição de Itália garantir o recurso do acórdão de condenação. Razão pela qual S. *Melloni* interpôs no Tribunal Constitucional um «recurso de amparo» (queixa constitucional) alegando a violação do processo equitativo consagrado na Constituição espanhola. O Tribunal Constitucional espanhol, órgão de reenvio, afirmou que a extradição para Estados que validam as condenações proferidas na ausência do arguido, sem subordinarem a entrega da pessoa à condição de ela poder impugnar essas condenações constituía uma violação das exigências do processo equitativo constitucionalmente protegido.

Após a formulação de três questões prejudiciais, cujo teor se reconduzia à interpretação do artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, na sua redação em vigor dada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, cuidava-se de 1) saber se as autoridades judiciais nacionais poderiam sujeitar a execução do mandado à condição de realização de novo julgamento para garantia dos direitos de defesa da pessoa sobre a qual recaía o mandado; 2) se tal dispositivo era compatível com as exigências que resultavam do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa, previstos nos artigos 47.º e 48.º, n.º 2 da Carta; 3) e se o artigo 53.º da Carta permitia que um Estado-Membro sujeitasse a entrega de uma pessoa condenada à condição de tal condenação ser objecto de novo julgamento ou de recurso no Estado requerente, assim conferindo a tais direitos um nível de protecção mais elevado que o do direito da União e evitando a lesão de um direito fundamental reconhecido constitucionalmente.

³⁷ Acórdão do TJ (Grande Secção) de 26 de fevereiro de 2013, Proc. C-399/11, cujo teor do acórdão recordamos: «O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação e, se for caso disso, a validade do artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros (JO L 190, p. 1), conforme alterada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009 (JO L 81, p. 24, a seguir «Decisão-Quadro 2002/584»). Convida igualmente o Tribunal de Justiça a examinar, caso se justifique, a questão de saber se um Estado-Membro pode recusar executar um mandado de detenção europeu, com fundamento no artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por violação dos direitos fundamentais da pessoa em causa, garantidos pela Constituição nacional. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe S. *Melloni* ao Ministerio Fiscal, a respeito da execução de um mandado de detenção europeu emitido pelas autoridades italianas para execução da condenação a uma pena de prisão que lhe foi aplicada sem ter estado presente no julgamento.

Em resposta a tais questões, o Tribunal de Justiça afirmou que os Estados-Membros só poderiam recusar a execução ao mandado de detenção europeu a título obrigatório ou facultativo, nos casos previstos no teor da Decisão-Quadro e apenas poderiam subordinar a sua execução às condições definidas no seu artigo 5.º. Etribando-se na necessidade de assegurar o reconhecimento mútuo das decisões judiciais entre os Estados-Membros o Tribunal foi veemente ao afirmar que a violação do direito a um processo equitativo não estaria demonstrada se o arguido, apesar de não ter comparecido pessoalmente, tivesse sido informado da data e do local onde foi efectivamente defendido por um advogado, a quem tivesse sido conferido previamente um mandato. Pelo que concluiu que o artigo 4.º-A, n.º 1, da Decisão-Quadro 2002/584 não violava o direito das pessoas a verem as suas causas julgadas de forma equitativa nem os direitos de defesa garantidos, respetivamente, pelos artigos 47.º e 48.º, n.º 2, da Carta. Relativamente à interpretação do Tribunal constitucional espanhol, que defendia que o artigo 53.º da Carta possibilitava a um Estado-Membro aplicar o seu próprio padrão de protecção, caso o seu nível de protecção fosse mais elevado, o Tribunal também negaria tal possibilidade. Segundo o Tribunal, tal interpretação violaria o primado do direito da União, pois permitiria a um EM obstar à aplicação de actos de direito da União plenamente conformes à Carta, caso não respeitassem os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ora, conforme jurisprudência firmada (*Internationale Handelsgesellschaft*³⁸) a invocação, por um Estado-Membro, de disposições de direito nacional, ainda que de natureza constitucional, não pode pôr em causa a aplicação do direito da União. De resto, segundo o Tribunal, o regime do mandado de detenção europeu, em caso de condenação na ausência do arguido, retratava o consenso entre os Estados-Membros, relativamente aos direitos processuais de que beneficiavam as pessoas em tais condições. Com efeito, o considerando 63 do acórdão afirma que *«permitir a um Estado-Membro invocar o artigo 53.º da Carta, para subordinar a entrega de uma pessoa condenada sem ter estado presente no julgamento à condição, não prevista pela Decisão-Quadro 2009/299, de a condenação poder ser revista no Estado-Membro de emissão, a fim de evitar que seja violado o direito a um processo equitativo e os direitos de defesa garantidos pela Constituição do Estado-Membro de execução, levaria, ao pôr em causa a uniformidade do padrão de protecção dos direitos fundamentais definidos por esta decisão-quadro, a violar os princípios da confiança e do reconhecimento mútuo que esta pretende reforçar e, assim, a comprometer a eficácia da referida decisão-quadro.»* Nestes termos, o Tribunal não hesitou em decidir no sentido de que não se devia subordinar a entrega de *Melloni* à condição da revisão da condenação por parte de Itália, ainda que – alegadamente – para evitar a violação do direito a um processo equitativo e dos direitos de defesa garantidos pela sua Constituição.

Ora, é certo que a obrigação de respeitar os direitos fundamentais previstos na CDFUE pode permitir que a autoridade judiciária de execução recuse executar o mandado de detenção europeu. Não obstante, o que estava em aberto na jurisprudência *Melloni* era a possibilidade de conceder aos Estados-Membros uma margem de apreciação que sustentasse a recusa da entrega da pessoa em caso de sentenças proferidas à revelia. No entanto, uma vez que o núcleo dos direitos invocados pelo tribunal constitucional espanhol não se encontrava beliscado, e dado que a Carta impunha um nível de protecção dos direitos fundamentais apenas no âmbito do direito da União, validar tal recusa poria em risco a uniformidade da ordem jurídica da União e a própria eficácia do mandado de detenção europeu, também ele elaborado à luz do respeito das tradições constitucionais comuns.

Não decorreria muito tempo sobre tal decisão, até que o Tribunal de novo se visse confrontado com o dilema entre não garantir o princípio do reconhecimento mútuo – que implica que um Estado-Membro presuma que o outro protege de modo efetivo e equivalente os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União - ou, em contrapartida, garantir o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa entregue.

Na realidade, não obstante o carácter estruturante do princípio do reconhecimento mútuo, não se pode garantir que todos os Estados-membros assegurem o mesmo padrão

de protecção aos seus cidadãos, nem tão-pouco se pode garantir que todos os Estados-membros respeitem, efectivamente, os seus compromissos convencionais. A acrescer a esta circunstância, deve ter-se em consideração que o mandado de detenção europeu pode ser emitido por qualquer tipo de infração, grave ou menos grave. Ora, a liberdade de circulação das pessoas veio levantar a questão da proibição da tortura e outras penas ou tratamentos desumanos ou degradantes dever, ou não, presidir à execução dos mandados de detenção europeus.

É neste quadro que o Processo C-404/15 PPU e o Processo C-659/15 PPU, vêm indicar que o Tribunal atenuou o enorme apego pela concretização do princípio do reconhecimento mútuo. Com efeito, na referida jurisprudência vem afirmar-se que sempre que as autoridades judiciais de emissão se confrontem com uma situação interna de sobrelotação prisional generalizada, ou sistémica - que implique condições de detenção contrárias aos direitos fundamentais dos detidos - devem ponderar sobre a necessidade de emitir um mandado, à luz da natureza da infração e das modalidades de cumprimento da pena. Se assim o fizerem, como que avalizam o seu sistema jurídico e prisional às autoridades judiciais de execução. O que é dizer que quando um juiz condena uma pessoa a uma pena privativa da liberdade deve ter em consideração as circunstâncias concretas em que a sentença será executada, no país de nacionalidade dos detidos!

Por outro lado, sempre que as autoridades judiciais de execução considerarem que há um risco real das condições gerais de detenção serem estruturalmente deficientes e, com isso, implicarem um risco real da pessoa a entregar sofrer um tratamento desumano ou degradante que viole o artigo 4.º da CDFUE (proibição da tortura e dos tratos desumanos ou degradantes), devem ponderar se aquela pessoa deve ser realmente entregue. O Tribunal recordou que a referida proibição, de carácter absoluto, faz parte dos direitos fundamentais protegidos pelo direito da União, o qual tem um significado e alcance idêntico à proibição do artigo 3.º da CEDH³⁹. (Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.) Razão pela qual reconheceu a possibilidade de a autoridade de execução solicitar – em evidente ruptura com o espírito do princípio do reconhecimento mútuo e da confiança recíproca - à autoridade de emissão o fornecimento urgente de todas as informações complementares necessárias sobre as condições de detenção no seu país. No mesmo sentido, afirmou que as autoridades responsáveis pela execução dos mandados devem também ter sempre em devida conta o direito fundamental à liberdade das pessoas e o princípio da presunção de inocência (artigos 6.º e 48.º da CDFUE). Caso tais dúvidas e riscos não consigam dissipar-se, caberá ao primeiro decidir se põe ou não termo ao processo de entrega. Deve ser, portanto, o princípio da proporcionalidade a presidir à decisão do juiz sobre a execução do mandado.

Ora, tendo em conta que os considerandos 10, 12 e 13 da Decisão-Quadro referem a existência do procedimento sancionatório do artigo 7.º do TUE e o respeito do ex-artigo 6.º e da TUE, e, ainda, incluem a cláusula de proibição de discriminação e da pena de morte, tortura, e penas desumanas ou degradantes, estamos em crer que, por força da última jurisprudência, surgiu um “novo” motivo de recusa para além das causas de recusa previstas na Decisão-Quadro, assim se demonstrando que o respeito pelos direitos fundamentais é a base da construção de um espaço penal europeu sem fronteiras internas e pressuposto da confiança recíproca!!!

Segundo o TEDH nas sociedades democráticas devem repudiar-se todos os maus tratos nas cadeias, a sobrelotação, a falta de higiene e cuidados médicos, numa palavra deve garantir-se a proibição dos tratamentos desumanos e degradantes dos detidos.

³⁹ Desde 1978, no caso *Ireland v. The United Kingdom*, o TEDH estabeleceu a proibição da tortura e tratamentos degradantes, desumanos ou cruéis (artigo 3.º) em termos absolutos, invioláveis e inderrogáveis, sendo certo que não são seriam igualmente permitidas quaisquer excepções a esse direito ainda que em tempo de guerra, estado de necessidade ou outro perigo público (artigo 15.º). Sobre a jurisprudência que reflecte o carácter (mais ou menos) absoluto de alguns direitos humanos das pessoas removidas do espaço jurisdicional de protecção da CEDH, ver, por todos, Theo Vogler com “The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights”, em *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 1990.

Com efeito, o artigo 3.º da CEDH impõe obrigações substantivas (positivas e negativas) e inderrogáveis às autoridades de um Estado, entre elas se destacando a obrigação dos prisioneiros serem detidos em condições que garantam o respeito pela dignidade humana e o dever de execução das penas não resultar em situações de violência, desespero, sofrimento grave, cruel e desnecessário, de forma a garantir o bem-estar do prisioneiro de modo adequado⁴⁰.

Com efeito, os Processos apensos C-404/15 e C-659/15 vêm ilustrar o afastamento do Tribunal relativamente à ortodoxia do princípio do reconhecimento mútuo, revelando uma intenção de acompanhamento da jurisprudência do TEDH circunstância que – em nossa opinião – vem determinar novas e complexas práticas à realidade judiciária dos Estados-Membros da União.

Vejamos, portanto, os factos em questão que deram causa à prolação do acórdão: *Aranyosi* (C-404/15) era um cidadão húngaro, que residia na Alemanha com a mãe, a companheira e um filho de tenra idade. Acusado de arrombamento e furto, viu-lhe ser dirigido um mandado de detenção europeu emitido pela Comarca de Miskolc, Hungria, para efeitos de procedimento penal. *Caldararu*, por sua vez, era romeno e tinha sido condenado a pena de prisão suspensa por condução sem carta. Detido na Alemanha, o mandado de detenção europeu que lhe era dirigido destinava-se a possibilitar o cumprimento da pena. Ora, devido à sobrelotação prisional generalizada e ao concomitante risco de trato desumano ou degradante, o TEDH já tinha declarado o funcionamento deficiente dos sistemas penitenciários romeno e húngaro, contrários aos artigos 2.º, 3.º e 5.º da CEDH.

Uma vez correspondendo a ambas as situações pena de prisão superior a um ano, e não tendo nenhum dos detidos autorizado o processo de entrega, as autoridades judiciárias de execução⁴¹ questionaram o Tribunal sobre se existindo indícios de sobrelotação generalizada dos estabelecimentos prisionais dos Estados-Membros de emissão - em violação dos direitos fundamentais (artigo 4.º da CDFUE) e dos princípios previstos no artigo 2.º do TUE e no artigo 3.º da CEDH - poderiam fazer depender a sua decisão de uma garantia de cumprimento de requisitos mínimos a prestar por parte do EM de emissão. Bem como questionaram se o Estado-Membro de execução poderia formular, em concreto, os requisitos mínimos e objectivos das condições a garantir pelo Estado-Membro de emissão, ainda que assumisse as medidas necessárias para evitar a fuga da pessoa referida ou, em alternativa, findasse ele próprio o processo de entrega.

Em resposta às questões prejudiciais colocadas pela autoridade judiciária de execução, o Tribunal, partindo do princípio que o carácter absoluto do direito garantido pelo artigo 4.º da Carta era confirmado pelo artigo 3.º da CEDH, e dado que resultava do artigo 15.º, n.º 2, da CEDH que nenhuma derrogação ao último era admissível, vem responder que *«perante elementos objetivos, fiáveis, precisos e devidamente atualizados que confirmem a existência de deficiências, quer sejam sistémicas ou generalizadas, quer afetem determinados grupos de pessoas ou ainda determinados centros de detenção, no que respeita às condições de detenção no Estado-Membro de emissão, a autoridade judiciária de execução deve verificar, de maneira concreta e precisa, se existem motivos sérios e comprovados para considerar que a pessoa objeto de um mandado de detenção europeu, emitido para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena privativa de liberdade, correrá, em razão das condições da sua detenção nesse Estado-Membro, um risco real de trato desumano ou degradante, na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em caso de entrega ao referido Estado-Membro»* (o sublinhado é nosso) *Para o efeito, deve pedir o fornecimento de informações complementares* (o sublinhado é nosso) *à autoridade judiciária de emissão,*

⁴⁰ Veja-se acórdão do TEDH, *Torreggiani* e outros c. Itália, n.ºs 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, de 8 de janeiro de 2013, § 65.

⁴¹ Nos termos do considerando 28 das conclusões do advogado-geral em ambos os processos, o Ministério Público de Bremen pedira às autoridades judiciárias de emissão a indicação do nome dos estabelecimentos em que os arguidos seriam detidos, por referência às condições de detenção que não cumpriam as normas mínimas europeias. Nenhuma das autoridades se comprometeu quanto aquele aspeto. Na verdade, na Roménia, chegam a estar confinados dez detidos em 9 m², dispondo, por conseguinte, de um espaço de vida inferior a 2 m², e estão pendentes no TEDH várias centenas de recursos individuais a este respeito.

(...) e deve comunicar essas informações no prazo fixado nesse pedido. A autoridade judiciária de execução deve adiar a sua decisão quanto à entrega da pessoa em causa (o sublinhado é nosso) até obter as informações complementares que lhe permitam afastar a existência de tal risco. Se a existência desse risco não puder ser afastada num prazo razoável, esta autoridade deve decidir se há que pôr termo ao processo de entrega.»

Nestes termos, apesar de toda a complexidade, dificuldade e perplexidade que o cumprimento da determinação do Tribunal possa vir a causar nas práticas judiciais dos nossos magistrados parece ser certo poder afirmar-se que a execução dos mandados de detenção europeus - não obstante a simplicidade, confiança e automatismo que lhe são inerentes - não pode conduzir a um trato desumano ou degradante da pessoa em causa, não devendo a mesma ser entregue.

Confirmando tal complexidade e dificuldade operativa, em 15 de Dezembro de 2017⁴², o tribunal alemão de Bremen volta a questionar a interpretação do artigo 4.º da Carta a propósito de dois mandados de detenção emitidos por o juiz de instrução do Tribunal de Miskolc, Hungria, sobre se as condições degradantes de detenção e violadoras dos artigos citados (ponto 12 e 16) deveriam ser analisadas apenas em relação ao estabelecimento prisional para onde o detido seria enviado para cumprimento do mandado de detenção europeu ou se também deveria analisar as condições da prisão para onde efectivamente iria em virtude da condenação final e ainda da prisão para onde poderia vir a ser posteriormente transferido. Porém, como no entretanto a Hungria anulou os dois mandados de detenção europeus (ponto 20) em questão, o reenvio não procedeu em virtude do carácter hipotético das questões. Fica-nos, por isso, um receio de que as razões de humanidade façam incumbir sobre os juízes uma espécie de “poder de fiscalização” dos sistemas penitenciários de Estados de que não são nacionais, quando relativamente ao seu próprio Estado não exercem nenhum exercício análogo.

Juízos Conclusivos

É um dado incontroverso que os tribunais nacionais estão vinculados aos direitos fundamentais da UE sempre que lhes tenha sido submetida uma situação abrangida pelo âmbito de aplicação deste ordenamento. Todavia, é também um dado incontroverso que o objectivo da União se transformar num espaço de liberdade, de segurança e de justiça implica o funcionamento de um sistema simplificado e célere de entrega de pessoas entre autoridades judiciais.

Nesta medida, após a nossa exposição encontramos um conjunto de argumentos segundo os quais, as autoridades judiciais de execução não deveriam optar pela não entrega das pessoas objecto de mandado de detenção europeu. Senão vejamos:

A - O considerando 10 da Decisão-Quadro em questão, refere a possibilidade de suspender o mecanismo do mandado de detenção europeu relativamente aos Estados-Membros que violem de modo grave e persistente, os princípios enunciados no artigo 2.º do TUE. Todavia, atento o carácter sensível desta situação apenas o Conselho Europeu pode iniciar o procedimento sancionatório previsto no artigo 7.º do TUE. Neste quadro, convém ressaltar que o legislador não previu tal motivo no elenco de situações (obrigatórias ou facultativas) que podem dar causa à não-execução do mandado de detenção europeu, por parte de um juiz;

B - O mandado de detenção europeu assenta no princípio do reconhecimento mútuo. Por sua vez, o princípio baseia-se na confiança que os Estados-Membros devem ter entre si quanto ao respeito pelos valores comuns da União e pelos direitos fundamentais, e opõe-se a que um Estado-Membro verifique se outro efectivamente os respeitou. Não fosse assim os Critérios de Copenhaga seriam verificáveis pelos juízes e não pelas instituições competentes para o efeito;

C - O mandado de detenção europeu tem como objectivo garantir a repressão das actividades criminais na União, permitindo a acusação, o julgamento e a condenação dos autores de infracções penais. Trata-se de um instrumento de garantia da ordem e da segurança pública, no caso concreto, viabilizando o procedimento penal (*Aranyosi*) e o

⁴² Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de novembro de 2017 com *Pál Aranyosi* em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Processo C-496/16. Em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&jur=C,T,F&num=496/16&td=ALL>, consulta em 16/04/2018.

cumprimento de uma pena privativa de liberdade (*Căldăraru*). A não ser assim, a abertura das fronteiras poderia dar lugar ao abrigo de criminosos em Estados-refúgio, e a protecção dos direitos fundamentais, em concreto, o deficiente funcionamento dos sistemas penitenciários, conduziria à impunidade de alguns e à insegurança de outros;

D - Assim, o equilíbrio e a efectividade do instituto; os objectivos do ELSJ; e a criação de um espaço sem fronteiras internas implicam um certo automatismo no funcionamento do mecanismo de entrega.

Pelo que, estas considerações levar-nos-iam a concluir que, quando uma autoridade judiciária pede a entrega de uma pessoa, deveria a autoridade judiciária de execução dar-lhe seguimento, sem outro motivo de não-execução que não os previstos na Decisão-Quadro, ainda que o direito nacional confira à pessoa em causa um nível de protecção mais elevado. Por outro lado, não deixamos de encontrar fortes argumentos segundo os quais, o Estado-Membro de execução deve optar pela não entrega das pessoas objecto de mandado de detenção europeu. Senão continuemos:

E - Quando se verifica uma deficiência sistémica das condições de detenção no Estado-Membro de emissão, constatada pelo TEDH e confirmada pelo Comité para a Prevenção da Tortura, a autoridade judiciária de execução deve ponderar entre os direitos fundamentais da pessoa entregue, os objectivos da pena a aplicar e as necessidades da segurança e ordem pública. O que é dizer que incumbe sobre o aplicador de direito o controlo da proporcionalidade, relativamente a cada caso concreto que lhe seja submetido.

F - Assim, deve assistir à autoridade judiciária de execução a possibilidade de solicitar à autoridade judiciária de emissão todas as informações que considere úteis, para decidir em consciência e à luz de tal proporcionalidade. Acresce que o princípio da proporcionalidade igualmente exige que a autoridade judiciária de emissão deva fornecer as necessárias garantias, sob pena da autoridade judiciária de execução indeferir o seu pedido.

G - Razão pela qual, sempre que a autoridade judiciária de execução disponha de elementos comprovativos que a detenção no Estado-Membro de emissão do mandado comporte um risco real e concreto de trato desumano ou degradante, ou de condições de prisão intolerável à luz dos direitos protegidos pelo artigo 4.º da CDFUE e do artigo 3.º da CEDH, deve adiar a decisão de executar o mandado até lhe ser possível afastar a possibilidade de qualquer risco. Se tal não acontecer deve fazer cessar o processo de entrega. Caberá, assim, à prática judiciária - em especial, à administração da justiça penal - cumprir o direito e garantir os valores fundamentais que subjazem à construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Nestes termos, muito embora sendo certo que o padrão de jusfundamentalidade aplicável nos casos em apreço implicou o respeito pelos direitos fundamentais tais como os garante a CEDH, permitimo-nos questionar se esta jurisprudência não inverteu a habitual deferência do TEDH para com o TJUE, compensando assim o amargo sabor que um certo e surpreendente segundo parecer negativo sobre a não adesão da União Europeia ao TEDH, veio causar.

Referências bibliográficas

ALVES, A. L. S. *Revista do Ministério Público*, Ano 103, pág. 68.

BESSELINK, L. "Entrapped by the *maximum* standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union", *Common Market Law Review*, n.º 35, 1998, pp. 629-680.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª edição. Coimbra Editora, 2007. Obra completa ISBN 978-972-32-1464-4.

CANOTILHO, M. G. "O Princípio do nível mais elevado de protecção e garantia dos direitos fundamentais na União Europeia", in *50 anos do Tratado de Roma*, Coordenação de SILVEIRA, A., Lisboa: Quid Iuris, 2007.

CARTABIA, M. "Article 53.º - level of protection", in *Human Rights in Europe – Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2010, p. 339.

- DUARTE, M. L. "A União Europeia e os Direitos Fundamentais – Métodos de Protecção", in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Vol II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GRAÇA, A. P. H. *Mandado de detenção europeu*. Chiado Editora, 2014. ISBN 978-9723222562.
- FERREIRA, J. G. *Manual de Procedimentos relativos à emissão do mandado de detenção europeu*. Procuradoria-Geral da República, revisto e actualizado em 2007.07.16.
- IGLESIAS SANCHEZ, S. "The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ'S approach to fundamental rights", *Common Market Law Review*, 49, 2012, pp.1565-1611.
- LIISBERG, J. B. "Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?", en *Jean Monnet Working Papers*, n.º 4/01, 2001, pp. 18 e 50.
- MATOS, R. J. B., "O princípio do reconhecimento mútuo e o Mandado de Detenção Europeu", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, n.º 3, Julho-Setembro, 2004, pág. 327-328.
- PAIS, A. I. R. "A ausência de controlo da dupla incriminação no âmbito da Decisão-Quadro relativa ao Mandado de Detenção Europeu. Breve anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2007", en COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J. e AIRES DE SOUSA, S. (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- SALGADO, M. R. M. "Mandado de Detenção Europeu (Motivos de recusa de execução)", *Maia Jurídica Revista de Direito*, Ano VI, n.º 1, 2008, pp. 37 a 47.
- SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (coordenação), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.
- TORRES, A. S. "As alterações à Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto (Lei do Mandado de Detenção Europeu), introduzidas pela Lei n.º 35/2015, de 4 de maio". *Revista Julgar*, n.º 28, Jan-Abr 2016, em <http://julgar.pt/as-alteracoes-a-lei-n-o-652003-de-23-de-agosto-lei-do-mandado-de-detencao-europeu-introduzidas-pela-lei-n-o-352015-de-4-de-maio/>, consulta em 13/07/2016.
- VOGLER, T. "The Scope of extradition in the light of the European Convention on Human Rights", en MATSCHER, F. e PETZOLD, H. (Eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, 2ª Edição, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990.

A lei de migração brasileira sob a ótica decolonial The brazilian migration law under the decolonial perspective

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves

Rafhael Lima Ribeiro

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A migração e sua centralidade no debate jurídico contemporâneo; 3. Inovações e modificações da política de migração sob o prisma da Lei de Migração; 4. Análise do dispositivo do artigo 1º, parágrafo 2º da Lei de Migração e o Veto presidencial sob a ótica decolonial; 5. Nacionalidade, cidadania e novas propostas; 6. As alternativas em sede do direito de integração; 7. Conclusão; Referências.

Resumo: Considerando a questão da migração e suas repercussões para o debate jurídico atual o presente trabalho reflexiona sobre a concepção colonial do deslocamento humano, em especial do indígena, não obstante a nova lei de migrações brasileira. Nesse sentido, o objetivo do trabalho é analisar a lei 13.445 de 24 de maio de 2017, que institui a lei de Migração brasileira, destacando-se a análise do veto ao §2º do artigo 1º da citada lei, bem como especificamente compreender a posição de centralidade da migração no debate jurídico contemporâneo; apresentar a modificação legislativa brasileira sobre o tema e; por fim, discutir os deslocamentos do indígena sobre a ótica decolonial, democrática e dos direitos humanos. Para tanto, em termos de metodologia de trabalho, procede-se à execução de uma pesquisa de tipo jurídico-compreensiva e, como procedimento técnico, faz-se uma revisão bibliográfica e legal. Desse modo, observa-se que, não obstante esforços no sentido de implementação de uma perspectiva decolonial, pode-se concluir que apesar de nova e com importantes mudanças, a lei de migrações no que diz respeito ao deslocamento do indígena é eivada pela colonialidade. Assim, propõe-se uma articulação entre a *novatio legis*, o Direito da Integração e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a permitir, no que diz respeito à migração, extrapolar os conceitos de nacionalidade, a fim de conceber um conceito de cidadania mista.

Palavras-chave: Lei de Migração; Lei 13.445/2017; Deslocamento do indígena; Perspectiva Decolonial; Direito da integração.

Abstract: Considering the issue of migration and its impact for the current judicial debate, this article reflects about the colonial concept of human displacement, especially of the indigenous population, nevertheless the new Brazilian migration law. In this sense, the objective of the article is to analyze the law 13.445 of May 24, 2017, which establishes the Brazilian Migration Law, highlighting the analysis of the veto to §2º of Article 1 of the foregoing law, as well as specifically understanding the position of centrality of migration in the contemporary judicial debate; to present the Brazilian legislative change on the subject and; finally, to discuss the displacements of the indigenous people on the decolonial, democratic and human rights perspective. Thus, in terms of working methodology, a legal-comprehensive research is implemented and, as a technical procedure, a bibliographic and legal review is carried out. In this way, it is observed that, despite efforts to implement a colonial perspective, it can be concluded that, although it's new and with important changes, the migration law regarding the displacement of the indigenous people is biased by coloniality. Thus, a link between *novatio legis*, the Integration Law and International Human Rights Law is suggested, to

Recibido: 30/04/2018

Aceptado: 22/05/2018

permit, regarding the migration, to go beyond the concepts of nationality in order to form a concept of a mixed citizenship.

Keywords: Migration Law; Law 13.445/2017; Indigenous people displacement; Decolonial Perspective; Integration Law.

1. Introdução

O presente trabalho tem como temática as migrações. Assim, reflete-se a legislação brasileira sobre a migração pela perspectiva decolonial e da integração.

A hipótese é que, apesar do avanço em relação a legislação anterior sobre o tema (sobretudo o chamado “Estatuto do Estrangeiro”), a *novatio legis* – em face do veto ao §2º do artigo 1º da lei 13.445 de 24 de maio de 2017 –, marca uma posição do saber colonial sobre o decolonial, democrático e dos direitos humanos.

Nesse sentido, objetiva-se analisar a lei 13.445 de 24 de maio de 2017¹ que institui a Lei de Migração brasileira, destacando-se a análise do veto ao §2º do artigo 1º da citada lei, consubstanciada na mensagem de veto de nº163 da Presidência da República de 24 de maio de 2017.

Especificamente, objetiva-se esboçar a questão da migração e sua centralidade no debate jurídico atual; apresentar a modificação legislativa brasileira sobre o tema e; por fim, discutir as possibilidades do direito da integração para os deslocamentos do indígena sob a ótica decolonial, democrática e dos direitos humanos.

Como se disse, a questão migratória ocupa posição de centralidade no debate jurídico contemporâneo. Tal posição poderia decorrer do fato de que as pessoas têm o direito de se deslocarem no planeta em que habitam e independentemente em qual local estiverem, terem seus direitos respeitados. Não obstante, várias condicionantes são trazidas ao debate do tema.

Uma principal condicionante é que na perspectiva colonial, as ordens jurídicas internas tendem, em face desta questão, tratar as pessoas que deslocam de um território a outro, como estrangeiro, um estranho, que merece preocupação de natureza de segurança nacional e não de destinatários de normas de direito internacional dos direitos humanos ao reconhecer o caráter cultural das migrações.

Os migrantes – transitórios ou não –, emigrantes ou imigrantes colocam em xeque as características da clássica configuração do Estado nacional, notadamente uniformizador, de um povo, território e soberania, pois, possibilitam flexibilizar as fronteiras para o deslocamento de pessoas, tal qual a globalização realizou com fluxo de capitais.

Em relação aos indígenas, a questão é ainda mais intrigante, uma vez que os limites territoriais artificiais impostos pelo saber-poder colonial do Estado nacional não representa muita vez o território real de sua comunidade².

Neste contexto, optou-se metodologicamente pela execução de uma pesquisa de tipo jurídico-compreensiva³, cujo raciocínio hipotético-dedutivo toma como hipótese explorada, a identificação do inevitável conflito entre a manutenção da perspectiva do Estado nacional e a promoção dos direitos humanos em um viés decolonial, sobretudo e em específico no que diz respeito às políticas de migração e relativas aos povos indígenas e tradicionais, como figura no caso em estudo.

2. A migração e sua centralidade no debate jurídico contemporâneo

¹ A lei 13.445 de 24 de maio de 2017 tem o seu germen nos trabalhos da comissão de especialistas designados pelo Ministério da Justiça para elaborar uma proposta de Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, por meio da Portaria nº 2.162/2011. A comissão era composta por: André de Carvalho Ramos; Aurélio Veiga Rios; Clèmerson Merlin Clève; Deisy de Freitas Lima Ventura; João Guilherme Lima Granja Xavier da Silva; José Luis Bolzan de Moraes; Paulo Abrão Pires Júnior; Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari; Rossana Rocha Reis; Tarciso Dal Maso Jardim; Vanessa Oliveira Batista Berner.

² Nesse sentido: LANDER, E. et al. (Ed.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. CLACSO, 2005 e MAGALHÃES, J. L. Q. *Estado plurinacional e direito internacional*, Juruá, 2012.

³ GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Del Rey, 2010, p. 28-29.

O fenômeno da migração, em sentido amplo, diz respeito ao deslocamento do indivíduo de um local a outro, mas, para além dessa perspectiva individual, implica uma modificação coletiva, no sentido da interação daqueles que deslocam para o meio em que chegam.

A *Internacional Organization for Migration* define a migração como:

[...] o movimento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, seja ultrapassando uma fronteira internacional, seja dentro de um Estado. É um movimento populacional, englobando qualquer tipo de movimento de pessoas, independentemente de seu comprimento, de sua composição ou causas; inclui-se a migração de refugiados, pessoas deslocadas, migrantes econômicos e pessoas em movimentação para outros fins, incluindo a reunião familiar.⁴ (tradução nossa).

Esse deslocamento é próprio da cultura que, tanto de uma forma constante dos povos de natureza nômade, quanto aqueles relativos a pessoas ou grupo de pessoas motivados por questões alheias a esta determinação. Nesse sentido, pode-se conceber a migração como um direito das pessoas e dos povos.

A partir de novas determinações socioculturais, moldam-se configurações da determinação dos espaços e territórios ao redor do globo terrestre, em que maiores estabilidades climáticas e novas técnicas permitiam alimentação e segurança, propiciando, assim, maior probabilidade de os indivíduos permanecerem em dado local, se assim o desejassem.

Igualmente, forjaram-se fronteiras, não apenas naturais como outrora, mas artificiais. Ao ponto de na modernidade, construir-se Estados nacionais e fronteiras regidas por relações político-jurídicas. Nesse momento, começa-se a pensar o deslocamento de indivíduos, pois, com os Estados nacionais, a partir da modernidade, tem-se a gênese do Direito Internacional.

Gestada essa estrutura de regulação dos indivíduos, tem-se que a demarcação da liberdade de deslocamento do indivíduo no contemporâneo Direito Internacional reflete a compressão do mesmo como um Direito Humano, não obstante condicionado por escolhas políticas, de soberania dos Estados nacionais.

Ademais, nesta nova perspectiva fronteiriça, o fenômeno da migração produz, o outro lado da moeda, a imigração, que pode ser compreendida como o deslocamento de não nacionais para um país com *animus* de permanência.

Apesar desse condicionamento, deve-se observar a liberdade de deslocamento dentro do território nacional, o direito do indivíduo de deixar qualquer país e retornar a esse e o direito à livre circulação dos indivíduos nos Estados a nível regional.⁵

⁴ *Ipsis litteris*: **"Migration** - The movement of a person or a group of persons, either across an international border, or within a State. It is a population movement, encompassing any kind of movement of people, whatever its length, composition and causes; it includes migration of refugees, displaced persons, economic migrants, and persons moving for other purposes, including family reunification." Cf. INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Key Migration Terms*. 2018.

⁵ De acordo com a tabela de termos-chave sobre a Migração da IOT: **Freedom of movement** - A human right comprising three basic elements: freedom of movement within the territory of a country (Art. 13(1), Universal Declaration of Human Rights, 1948: "Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state."), the right to leave any country and the right to return to his or her own country (Art. 13(2), Universal Declaration of Human Rights, 1948: "Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country. See also Art. 12, International Covenant on Civil and Political Rights. Freedom of movement is also referred to in the context of freedom of movement arrangements between States at the regional level (e.g. European Union). Nesse sentido, conferir: INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Key Migration Terms*. 2018.

Conforme apontam Deisy Ventura e Paulo Illes⁶, baseados em dados disponíveis no citado sítio da IOT, “uma em cada 33 pessoas vive, atualmente, num país diferente do qual nasceu” desse modo, “embora as migrações acompanhem a história da humanidade, a vertiginosa aceleração dos deslocamentos humanos transformou-as, no presente, em grande tema de Estado”.

Essa vertiginosa aceleração dos deslocamentos, na Europa e nos Estados Unidos, no contexto da globalização econômica é concomitante a uma propagação ideológica de aversão ao estrangeiro, como aquele que produz o desemprego e, notadamente após os atentados de 11 de setembro de 2001, como aquele que pode causar terrorismo.

Nesse contexto, no norte global a questão do deslocamento toma uma conotação de “segurança nacional”. De outro lado, para os supracitados autores “a América do Sul, com razão e massivamente, opôs-se ao recrudescimento da política restritiva da imigração no hemisfério Norte.”⁷

Apesar dessa posição crítica dos países da América Latina quanto à restrição da imigração, consubstanciada, por exemplo, na nova Lei de Migração brasileira, quando se trata do deslocamento dos povos originários, em fronteiras por eles desconhecidas, o tema toma os mesmos contornos securitários do Norte, tendo, a diferença apenas da justificativa, não o terrorismo, mas o tráfico de drogas.

Em face de todas essas intersecções adjacentes à matriz de pensamento colonial, “globalização”, “soberania”, “segurança”, dentre outras, é que o tema do deslocamento dos povos originários dentro do território brasileiro e em suas fronteiras é tratado.

3. Inovações e modificações da política de migração sob o prisma da Lei de Migração

Conforme sumariamente apontado acima, vigorou até o final de 2017 no Brasil, a Lei nº 6.815, de 1980, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, disciplinando sobre a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, logo, também sobre as questões relativas às migrações.

O Estatuto do Estrangeiro⁸, formulado para atender os fins do regime militar instalado pelo golpe de 1964, conforme revela a redação de seu artigo 2º, seria aplicado no intuito de se atender “à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”.

Ainda sobre os aspectos relativos às migrações, é pertinente lembrar que, destoando dos países vizinhos sul-americanos, o Brasil, até então, não se engajou à Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias⁹.

Contrapondo-se a este cenário, em maio de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.445, cuja entrada em vigor se deu no dia 21 de novembro do mesmo ano. Oriunda de um trabalho técnico de uma Comissão de Especialistas formada pelo Ministério da Justiça em 2013, a Lei de Migração determinou, conforme especifica seu artigo 3º, que as políticas migratórias nacionais passariam a ser regidas pelos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; pelo repúdio à xenofobia, ao racismo e a qualquer forma de discriminação; da não criminalização da migração; pela acolhida humanitária; pela garantia da reunião familiar; pela igualdade de tratamento; pela inclusão social do migrante; pela promoção de seus direitos, pela promoção da participação cidadã e do diálogo na formulação nas políticas relativas ao migrante, dentre outros¹⁰.

⁶ VENTURA, D.; ILLES, P. “Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 37, 2010, p. 14.

⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

⁸ BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

⁹ UNITED NATIONS. 13. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração.

Conforme apontam Varella *et al.*¹¹ a Lei de Migrações foi recebida com entusiasmo pelos movimentos sociais e organismos internacionais, uma vez que esta lei representaria a superação de política focada na segurança nacional, para humanizar e desburocratizar as políticas de migrações.

Nessa linha, é possível destacar as modificações relativas às concessões de visto, como instrumento de ingresso no território nacional, prevendo aliada às possibilidades de ingresso com ânimo temporário, a autorização de residência, conforme versam os artigos 30 e seguintes¹².

Também no que se refere à proteção dos direitos dos asilados, refugiados e apátridas, em observâncias às normativas internacionais, a Lei de Migração busca prever mecanismos de desburocratização, ao admitir a apresentação de quaisquer documentos para a identificação civil do migrante, conforme artigo 20, simplificando o processo de naturalização do apátrida, conforme artigo 26, e concedendo a autorização provisória de residência ao solicitante de refúgio, de asilo ou de proteção do apátrida, conforme parágrafo 4º, do artigo 31¹³.

Outro ponto de inovação da Lei nº 13.445 refere-se à concessão do visto temporário com a finalidade de acolhida humanitária, vez que, ampliando as concepções das normativas internacionais relativas ao refúgio, prevê no parágrafo 3º, do artigo 14, a possibilidade de concessão do visto não somente causada por conflitos armados, mas também pelas situações de graves instabilidades institucionais (próximo às disposições da Declaração de Cartagena), por graves violações de direitos humanos e de direito humanitário, bem como pelas situações de grande calamidade e de desastres ambientais.

Também há mudança significativa no capítulo sobre as medidas de retirada compulsória, notadamente no que se refere às hipóteses de expulsão do estrangeiro. Na redação do artigo 65 do revogado Estatuto do Estrangeiro, seria passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma atentasse “contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais”¹⁴, além das disposições do parágrafo único do mesmo artigo.

Sendo a expulsão uma medida administrativa de retirada compulsória das mais gravosas, inclusive porque, impede o reingresso do estrangeiro, e ainda tendo em vista a previsão do artigo 66 do mesmo Estatuto do Estrangeiro que tratava da competência do Presidente da República para “resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão”, a descrição ampla do artigo 65 acima mencionado era alvo de críticas “por dar margem a toda sorte de perseguições, dada a amplitude de interpretações que podiam ser tomadas para definir o que seria ‘nocivo à conveniência e aos interesses nacionais’”¹⁵.

De forma mais definitiva, a expulsão nos termos do artigo 54 da Lei de Migração poderá se dar apenas quando houver sentença transitada em julgado relativa à prática de crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão, nos termos do Estatuto de Roma; ou relativa a crime comum doloso passível de pena privativa de liberdade, consideradas a gravidade e as possibilidades de ressocialização em território nacional.

Note-se que o dispositivo atribui natureza de discricionariedade permissiva à expulsão, deste modo, podem estar configurados os requisitos e ainda assim o migrante ou visitante não ser expulso, sendo vedado qualquer outro fundamento para que esta medida se efetive, além das exceções constantes no artigo 55 da Lei de Migração e do artigo 193 do Decreto nº 9.199 de 2017.

Alvo de críticas, justamente no sentido de haver deturpado a orientação humanista da Lei de Migração, o Decreto Executivo nº 9.199, de 2017 consubstanciou-se

¹¹ VARELLA, M. *et al.* “O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017, p. 255.

¹² BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

¹⁵ MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*. Forense, 2018, p. 660.

como o instrumento regulador. A título ilustrativo, é de se ressaltar que o Anteprojeto da Lei de Migrações, conforme formulado pelo corpo de especialistas, previa, em seu artigo 25, a competência administrativa do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) para resolver sobre as demandas relativas à apatridia¹⁶. No texto do decreto regulamentador, conforme artigo 96¹⁷, a demanda do interessado é destinada ao Ministério de Justiça e Segurança Pública ou às unidades da Polícia Federal, isto é, compete ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública o reconhecimento da condição de apatridia, reconhecendo apenas a função consultiva do CONARE nesses procedimentos.

Ademais, percebe-se, pela redação do Decreto nº 9.199, a vasta competência atribuída ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, mediante a formulação de atos, isoladamente ou em conjunto com o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério do Trabalho, pautadas pelo controle migratório, por exemplo, aquelas descritas no artigo 12.

É nesse contexto que se faz a análise do dispositivo do parágrafo 2º, do artigo 1º da Lei de Migração objeto de veto presidencial.

4. Análise do dispositivo do artigo 1º, parágrafo 2º da Lei de Migração e o Veto presidencial sob a ótica decolonial

Embora não seja o objetivo deste trabalho analisar os aspectos da Lei de Migração mais detidamente, é possível perceber que, as ambições humanistas propostas desde o nascedouro das discussões em sede de formulação do Anteprojeto da referida lei foram paulatinamente minadas e frustradas desde a sua submissão ao Congresso Nacional, atingindo o ápice quando da sua regulamentação. De outro lado, se a Lei de Migração representaria uma mudança de orientação se comparada ao Estatuto do Estrangeiro, há, a partir dela, razões para se criticar, como é o caso do veto do parágrafo 2º do artigo 1º.

Para tanto, reproduz-se a redação original do artigo e as razões do veto:

§ 2º do art. 1º

“§ 2º São plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, em especial o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas.”

Razões do veto

“O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.”¹⁸

É possível depreender do excerto normativo apresentado que a Lei de Migração pretendia, ao garantir aos indígenas o direito de livre circulação pelos territórios tradicionalmente ocupados, mitigar a rigidez das fronteiras do Estado nacional em prol do reconhecimento da unidade territorial, ainda que transfronteiriça, conforme os modos de vida e costumes dos povos em questão. Dito de outro modo, ao prever a possibilidade de circulação independentemente de controle migratório em territórios tradicionalmente ocupados, a Lei de Migração parecia reconhecer as distintas organizações políticas existentes, diversas do Estado nacional, sem que isso implicasse na recusa da proteção e promoção dos direitos previstos como responsabilidade do ente estatal.

No entanto, como apontado, este dispositivo – o único a tratar especificamente sobre os indígenas em toda a lei – foi objeto de veto presidencial com justificativa de fortalecimento da defesa do território nacional ao dar preponderância à

¹⁶ BICHARA, J.P. “O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017, p. 248.

¹⁷ BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.

¹⁸ BRASIL. Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. 2018.

rígida manutenção das fronteiras do Estado nacional. Não restam dúvidas, assim, de que o veto presidencial proporcionou uma restrição ao direito dos povos originários, embora, vale a pena se atentar, o fundamento do veto parta da falácia da proteção dos próprios indígenas, tal qual o discurso colonialista de salvação espiritual, de promoção da civilização, e mais recentemente, de implementação da democracia e dos direitos humanos¹⁹.

Assim, se de um lado a Lei de Migração foi recebida como um instrumento de viés mais humanista se comparado do Estatuto do Estrangeiro, de outro, deve-se observar a dificuldade existente em se escapar das estruturas modernas. Quer-se dizer com isso, que a Lei de Migração expressa também uma relação de colonialidade que busca justificar essas limitações e repressões no sentido de manutenção do poderio do Estado nacional.

Nesse sentido, são ilustrativas as discussões realizadas em plenário no contexto da aprovação da Lei de Migração para se desmistificar o discurso colonialista de proteção dos próprios indígenas:

Durante a discussão em plenário, o senador Ronaldo Caiado (DEM-GO) criticou o trecho do texto que garante aos povos indígenas e populações tradicionais o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas, independentemente das fronteiras criadas depois. Para Caiado, isso significa "escancarar as fronteiras" do Brasil e pode facilitar o tráfico de drogas, especialmente da Venezuela, da Colômbia e do Paraguai.

— Então, seria melhor se se dissesse: "Olha, a partir de hoje toda a polícia de fronteira está impedida de identificar quem quer que seja no Brasil". Porque o cidadão diz: "Eu sou indígena." Qual é a avaliação de se dizer se ele é indígena ou não? "Não, mas eu sou de uma população tradicional." Como é que o policial vai dizer se ele é ou não de uma população tradicional? — questionou.²⁰

Embora os dizeres tenham partido de um congressista conservador brasileiro, ao se verificar também a existência do veto ao dispositivo, pode-se sustentar que, diante da possibilidade de ruptura, ainda que mínima, de um postulado moderno, em tela, a flexibilização pontual da soberania e a admissão da existência de outras organizações sócio-políticas, há uma clara reação caracterizada pela colonialidade na manutenção da estrutura moderna. Em outros termos, parece-nos que o veto ao dispositivo reafirma a subalternidade dos povos tradicionais, configurando-os como "o outro", como "bárbaros", como "possíveis ameaça ao Estado".

Em suma, o que se atesta é que, mesmo ao se considerar o entusiasmo em torno da Lei de Migração, por haver, como se postula, superado a lógica da segurança nacional do Estatuto do Estrangeiro, a nova legislação se depara com limites que, como se defende aqui, parecem-nos intransponíveis no âmbito do Estado nacional, pela própria característica estrutural da modernidade.

Restaria, portanto, verificar a possibilidade de alternativas, ou ainda, em que grau poderiam ser encontradas alternativas à questão da mobilidade dos povos originários em terras tradicionalmente ocupadas, inclusive transfronteiriças.

5. Nacionalidade, cidadania e novas propostas

Retoma-se, portanto, ao dilema que constitui o problema desta pesquisa: seria possível ainda conciliar o direito dos povos tradicionais, incluindo a livre circulação, com a manutenção da estrutura moderna? O que se questiona, portanto, é sobre o quão efetivo podem ser os direitos humanos no contexto da manutenção da estrutura moderna, e, em específico, os direitos dos povos tradicionais em oposição ao poderio do Estado nacional.

¹⁹ Nesse sentido: WALLERSTEIN, I. M. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Boitempo, 2007, p. 59. e ainda DUSSEL, E. 1492 – *El encubrimiento del Otro: hacia el origen del "mito de la Modernidad"*. Plural, 1994.

²⁰ PROJETO da nova Lei de Migração segue para sanção presidencial. 2017.

Essa questão específica parece revelar um problema anterior: a relação dos conceitos de nacionalidade e cidadania.

Isso porque, como é possível notar, a redação do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei de Migração além de determinar de forma plena a garantia dos direitos dos povos originários, utiliza a expressão “livre circulação”. Enquanto o instituto da migração, em sentido estrito, pressupõe a noção da existência de fronteiras, cujo controle de ingresso de estrangeiros perpassa pela orientação de segurança do Estado nacional, a ideia de livre circulação pressupõe a existência de um espaço integrado por onde os cidadãos deste espaço podem mover-se livremente²¹.

Logo, infere-se, pela técnica legislativa, que a garantia da plenitude dos direitos dos povos originários previstos por este dispositivo da Lei de Migração decorreria da própria condição cidadã.

Entretanto, pela própria natureza do instrumento normativo, isto é, uma lei inserida no ordenamento jurídico brasileiro, poder-se-ia questionar se esta garantia, decorrente da cidadania dos povos tradicionais, estaria restrita aos indígenas brasileiros.

É com base nessas questões que se faz necessária uma análise dos conceitos de nacionalidade e de cidadania.

Na acepção tradicional do Direito Internacional, como explica Mazzuoli²², a nacionalidade consiste no “elo jurídico-político que liga o indivíduo a determinado Estado”, orientada pelo princípio da atribuição estatal da nacionalidade “segundo o qual, cada Estado deve ter competência exclusiva para legislar sobre a sua nacionalidade”²³. No sentido do Direito Internacional, portanto, a nacionalidade seria um direito fundamental outorgado necessariamente por um Estado soberano.

Enquanto que cidadania, apesar das variações conceituais a depender do contexto histórico-social, seria um instrumento concreto do exercício da soberania popular, ou seja, uma condição “de exercício dos direitos constitucionalmente assegurados” não mais apenas relativos à atividade eleitoral, mas como “consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito de seu Estado”²⁴. Nessa acepção, a cidadania pressuporia a nacionalidade, de modo que o conceito de nacionalidade seria mais amplo que o de cidadania.

Nesse contexto, embora ambos os conceitos não se confundam, fica nítida a submissão do conceito de cidadania ao conceito de nacionalidade. Ademais, ambos os conceitos são restritos à ordem do Estado nacional, de modo que, os direitos dali decorrentes são exercidos no âmbito nacional.

Ocorre que, nem todo exercício de participação na vida societária está ligado ao Estado nacional. Hão de ser considerados, minimamente, também o nível de participação transnacional e infranacional. Entretanto, isso não implica na desconsideração do direito à nacionalidade, pois o contexto do sistema-mundo não pode ser desprezado. Ou seja, não se busca negar a concessão da nacionalidade brasileira aos povos tradicionais, pois, além de consistir em violação aos direitos humanos, poderia impedir o seu exercício regular, e obstar, por si e em tese, a participação na vida pública relativa ao conceito de cidadania no âmbito nacional.

São por essas razões que, valendo-se de Dantas, pugnamos por outra cidadania implicando na ruptura de limites clássicos do Estado e do direito:

Os limites do Estado monocultural, assim como do direito monístico [...] provocou a exclusão das diferenças étnicas e culturais, de modo velado, pela suposta universalidade do princípio da igualdade e pelo difundido conceito de cidadania legal, igualitária e indiferenciada, baseada na dialética interno/externo e, em termos identitários, nós e os outros. Assim, no intento de romper com a exclusão que marcou a história dos povos indígenas

²¹ MOURA, A. B. “A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 632.

²² MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*. Forense, 2018, p. 608.

²³ *Ibidem*. p. 602.

²⁴ *Ibidem*. p. 608.

brasileiros, propõe-se para estes uma cidadania nova e ressignificada, baseada no alargamento da ideia de vínculos sociais, culturais, jurídicos e políticos de pertença concomitante às suas sociedades particulares e ao Estado²⁵.

Vê-se que a cidadania atrelada necessariamente à nacionalidade é restrita, uma vez que, pela diversidade, ainda que ocultada, das formas de organizações sócio-políticas, a cidadania é e deve ser exercida em diferentes níveis.

Não se pode negar, ademais, que pelo caráter homogeneizador do Estado nacional a participação pública a nível nacional dos povos tradicionais tem sido exaustivamente tolhida.

Em razão disso, tendo em vista o princípio da diversidade e das heterogêneas identidades étnico-culturais, nos termos de Dantas, postula-se no âmbito do espaço particular, comunitário, a construção da noção de cidadania fragmentada ou diferenciada. “Isso equivale a dizer que é a participação do sujeito diferenciado, duplamente contextualizado e relacionado no seu universo particular e comunitário, bem como no âmbito do Estado”²⁶.

No caso das comunidades transfronteiras, entretanto, ainda haveria a dificuldade de se lidar com os limites impostos pelo Estado nacional. Nesse contexto, há outro nível de cidadania que pode ser conjugado, trata-se da cidadania global ou cosmopolita, não submetida à regulação do Estado nacional.

Tomamos essa proposição de níveis distintos de cidadania conjugados e interpenetrantes como premissa à promoção dos direitos humanos e como possibilidade de desenvolvimento de políticas migratórias, em sentido amplo. Isso porque, se a nacionalidade viabiliza a livre circulação em âmbito nacional, mais ainda, a cidadania, qualquer que seja o seu nível, possibilita o exercício dos mais amplos direitos em seu âmbito correspondente.

Mas, por fim, como já afirmado, a proposta da cidadania ativa dos povos tradicionais conjuga os diversos níveis de cidadania, não afastando, portanto, a cidadania nacional. Trata-se de mero reconhecimento de que, embora existam outros atores na sociedade internacional e se saiba da desmistificação do Estado como entidade natural, este ainda ostenta a posição de principal sujeito em âmbito internacional.

Além disso, em razão também do veto e de suas justificativas, vê-se que em casos conflitantes o poderio do Estado busca-se exercer e eliminar outras possibilidades de organização sócio-política quando colocado em xeque seus postulados.

Por tudo isso, parece-nos que a melhor alternativa para tratar do exercício das cidadanias conjugadas proporcionando uma política de migração em sentido amplo reside no âmbito do direito da integração.

6. As alternativas em sede do direito da integração

Se os tratados de direitos humanos diferem-se dos tratados ordinários no que se refere à dispensabilidade do princípio da reciprocidade, vez que a promoção e proteção da dignidade humana se sobrepõe ao consensualismo e ao voluntarismo orientadores dos tratados²⁷, por tudo que foi exposto, a lógica relativa às políticas de migração ainda comportam o dualismo contraditório entre preservação do Estado nacional, pautado pela segurança nacional e o exercício pleno dos direitos humanos.

A perspectiva aqui sustentada, conforme anteriormente apontado, toma como ponto de partida a implementação da cidadania diferenciada, em âmbito nacional e comunitário, articulada à cidadania transnacional, razão pela qual, pelo que se argumenta, pode ser mais bem alcançada no contexto do direito da integração.

Nesse sentido, a integração pode ser compreendida “como a formação de processos de associação interestatais com a finalidade de conformar um sistema comum

²⁵ DANTAS, F. A. C. “Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas”, *Revista de Educação Pública*, v. 23, n. 53/1, 2014, p. 353.

²⁶ *Idem*.

²⁷ SHAW, M. N. *International law*. Cambridge University Press, 2014, p. 679 e 711.

mediante a convergência de interesses e valores”²⁸ ou ainda como “processo multidimensional conduzido por ação externa de um determinado grupo de Estados com efeitos diretos para suas sociedades”²⁹.

Portanto, seriam exemplos de processo de integração o Mercosul, a CAN, a Unasul e a União Europeia. É preciso ressaltar que, ainda que o processo de integração em questão se oriente pelos princípios da supranacionalidade, isto é, que pressupõe a cessão de parcela da soberania com vistas a aplicação direta das normas instituídas em sede supranacional, vigora o princípio da subsidiariedade.

Com isso quer-se dizer, nas explicações de Soares³⁰ que somente será competência da entidade supranacional aqueles assuntos em que os Estados isoladamente não conseguem regular de forma efetiva (aspecto negativo) e que o bloco de integração possa regular de forma mais efetiva (aspecto positivo), como são os casos relativos ao meio ambiente.

Pelo que se busca argumentar, as questões relativas às migrações, sejam forçadas ou não, parecem reclamar a atenção das entidades integracionistas, sobretudo as supranacionais, justamente em atenção ao princípio da subsidiariedade.

No contexto da América do Sul, nessa linha, dá-se destaque aos Acordos sobre a Migração e a Residência dos cidadãos dos Estados-partes do Mercosul³¹, de 2002; ao Relatório Conceitual sobre Cidadania Sul-americana³², de 2014, aprovado pelo Conselho de Ministras e Ministros de Relações Exteriores da Unasul; e o Estatuto Andino de Mobilidade Humana³³, de 2015, aprovado pelo Parlamento Andino.

No âmbito do Mercosul, os primeiros movimentos nesse contexto dos anos de 1990 e de 2000 estiveram ligados à harmonização legislativa das políticas migratórias, principalmente no que concernia aos aspectos econômicos das migrações. Com o desenvolvimento do aspecto social do bloco, foram formulados os Acordos sobre a Migração e a Residência dos Cidadãos Estados-partes do Mercosul, visando como beneficiários quaisquer cidadãos dos Estados mercosulinos, não havendo mais relação com as situações socioeconômicas ou laborais dos migrantes³⁴.

Em verdade, são dois os Acordos sobre a Regularização das Migrações Internas dos Cidadãos dos Mercosul, um do qual são partes os Estados fundadores do bloco, e outro, contando também com a participação dos Estados associados. Situação semelhante aos dois Acordos sobre Residência para os Cidadãos dos Estados-parte do Mercosul. Todos esses acordos devem ser compreendidos enquanto componentes do direito do Mercosul, muito embora, pela sua natureza intergovernamental, exijam a incorporação pelos Estados-partes para que se tornem aplicáveis³⁵.

²⁸ MATA DIZ, J. B.; JAEGER JÚNIOR, A. “Por uma teoria da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 140.

²⁹ GRANATO, L. “Estado, sociedad e integración regional: un estudio sobre el componente relacional del Mercosur (2003-2015)”, *Revista de estudios e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 61.

³⁰ SOARES, M. L. Q. *Direitos fundamentais e direito da União Europeia em momento de tensão*. Arraes, 2016.

³¹ BRASIL. [Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009](#). Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002.

³² BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. [Documentos da União de Nações Sul-Americanas \(UNASUL\)](#). Aprovação do Relatório Conceitual elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Cidadania Sul-Americana. 2014.

http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/RES14.2014.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2018.

³³ Citado por GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 80.

³⁴ MOURA, A. B. “A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 636.

³⁵ *Idem*.

Os Acordos sobre a Regularização das Migrações Internas ainda não se encontram em vigor, enquanto os Acordos sobre Residência estão em vigor para todos os Estados membros e associados do Mercosul³⁶.

Conforme explana Moura, os Acordos sobre Migração têm o escopo de “transformar ‘situações de fato’ em ‘situações de direito’, a fim de permitir o funcionamento dos outros dois Acordos de Residência”³⁷ cuja finalidade seria implementar uma política de livre circulação a fim de aprofundar o processo de integração.

Os Acordos sobre Residência, por sua vez, além de eliminar a situação migratória irregular entre os Estados-parte, visa implementar uma política de livre circulação e de livre residência, dando ainda maior concretude ao processo de integração, pois se aproximaria da criação de uma cidadania mercosulina³⁸.

Substancialmente, os Acordos sobre Residência reafirmam os direitos humanos tradicionalmente consagrados em tratados internacionais, contemplando, em matéria de migração, a orientação da reunião familiar, a igualdade de tratamento em matéria de trabalho, o direito de transferir dinheiro ao país de origem, a garantia dos direitos de personalidade e de nacionalidade aos filhos dos migrantes, e o acesso à educação pública, não obstada, inclusive, por eventual irregularidade da estada dos migrantes. Os acordos preveem ainda duas modalidades de permissão de residência, a temporária e a permanente. Sobre os requisitos elencados, tem-se criticado a exigência de apresentação de certificado médico que ateste a aptidão psicofísica do solicitante à permissão de residência temporária. De outro lado, tem-se ressaltado que somente quando da solicitação da permissão da residência permanente tem-se exigido comprovante de renda, forma mais branda do que ocorre na União Europeia e na Comunidade Andina, cuja exigência já se dá no momento da solicitação da residência temporária.

Ainda assim, pela natureza intergovernamental do Mercosul, o maior óbice para que sejam efetivadas políticas migratórias que estabeleçam a livre circulação e a livre residência no âmbito do bloco refere-se ao “excesso de poder decisório nas mãos dos Estados”³⁹. É em razão disso, principalmente, que se tem afirmado não existir, ainda, efetiva liberdade de circulação no âmbito do Mercosul, sobretudo porque permanecem os sistemas de controle migratório estatais⁴⁰.

De forma semelhante, o desenvolvimento dos instrumentos normativos no âmbito da Comunidade Andina de Nações partia da perspectiva econômica e sociolaboral. Assim, os primeiros dispositivos sobre o assunto, como o Convênio Simón Rodríguez de Integração Sociolaboral – que serviria de base à Decisão 116, de 1977 – coadunavam com a ideia de que deveria ser dada atenção a um sistema que permitisse a mobilidade de mão de obra na região, como modo de promover o seu desenvolvimento.

Posteriormente, em 2003, a Decisão 545 tornou o conceito de trabalhador migrante mais restritivo, contemplando somente a categoria de trabalhadores formais, excluindo ainda do conceito as pessoas que exercessem atividades contrárias à moral e à ordem pública, abrindo espaço para as interpretações subjetivas que ensejariam discriminações e fortalecendo a postura de controle estatal⁴¹.

³⁶ BRASIL. [Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009](#). Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002.

³⁷ *Ibidem*. p. 637.

³⁸ GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 87.

³⁹ MOURA, A. B. “A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, p. 642.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 643.

⁴¹ GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 81.

Outros instrumentos buscaram promover os direitos fundamentais relativos ao trabalho, em tela, a Decisão 583, versando sobre a seguridade social, e a Decisão 584, visando garantir o trabalho decente, pautado na garantia da saúde e dignidade dos trabalhadores migrantes.

Em 2013, no âmbito do IV Fórum Andino de Migrações, em Bogotá, foi apresentado e discutido o Estatuto Andino de Mobilidade Humana (Decisão 1343), adotado em 2015. Esse instrumento, não mais restrito às migrações sociolaborais, tem como objetivo regular as relações dos Estados membros da Comunidade Andina e de seus cidadãos, garantindo o direito de mobilidade humana, de circulação e de permanência dentro da região andina. Dá-se destaque aqui ao conceito de mobilidade humana que, mais amplo, busca abarcar os diversos processos migratórios, incluindo o asilo e os deslocamentos internos.

Ademais, o Estatuto de Mobilidade Humana atribui a qualidade de cidadão andino a qualquer pessoa nacional de um dos Estados membros da CAN, outorgando direitos, postulando deveres e regulando as facilidades de mobilidade e circulação pela região.

Entretanto, conforme aponta Gallegos⁴² o sistema de livre circulação da CAN tem se deparado com algumas defasagens, a já criticada prova de solvência econômica quando da solicitação de residência temporária e a garantia de prestação de serviços de saúde somente nos casos de urgência, conforme redação do artigo 14 do referido instrumento são dois exemplos.

Uma conquista significativa deste Estatuto certamente está relacionada à própria estrutura da CAN, já que as decisões e normas jurídicas aprovadas em seu âmbito não exigem a ratificação de cada Estado-membro, pelo seu caráter supranacional, além de possuírem hierarquia superior às normas internas. Nesse sentido, também pode ser citado o desenvolvimento do conceito de Mobilidade Humana, mais amplo e já desvinculado de um caráter meramente econômico.

De forma diversa do Mercosul e da CAN, a Unasul nasce já com o propósito de construir uma cidadania sul-americana, trata-se de um processo de integração, portanto, antes político que econômico. Nos dizeres de Gallegos⁴³ a Unasul parte da ideia de que “os sujeitos de integração são as pessoas concebidas como cidadãos e não meros fatores de produção” razão pela qual as diversas matérias objeto de discussões em seu âmbito perpassam por outro eixo axiológico.

Nessa toada, a intenção da Unasul é mais ampla que as demais estudadas, não se trata de regular as migrações no sentido de propor mecanismos de controle e gestão das migrações, mas de construir uma cidadania sul-americana capaz de proporcionar o reconhecimento progressivo dos direitos de todas as cidadãs e todos os cidadãos dos Estados-membros na região, incluindo-se, portanto, o direito à livre circulação.

Nesse intuito, foi criado em 2012, por meio da Decisão 8 do Conselho de Chefes e Chefes de Estado o Grupo de Trabalho sobre Cidadania Sul-americana (GTCS) que culminou na elaboração do Relatório Conceitual sobre Cidadania Sul-americana, apresentado em julho de 2014, contendo a proposta das linhas estratégicas sobre o assunto e apresentando o conceito de cidadania mista.

Em dezembro do mesmo ano, o Conselho de Ministras e Ministros de Relações Exteriores decidiu aprovar o relatório tomando-o como base para a construção da cidadania sul-americana.

Importa ressaltar aqui, que, por tudo que foi dito, o Relatório foi tanto influenciado pelos objetivos gerais do processo de integração da Unasul, quanto tomou como base as experiências anteriores no direito da integração, principalmente aquelas apontadas anteriormente no âmbito do Mercosul e da CAN.

⁴² GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 84.

⁴³ GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 91.

Prova disso pode ser encontrada no Relatório da Reunião Presencial do GTCS, de 28 e 29 de junho de 2016, ao pugnar, em sede administrativa, pela tendência à redução das condicionantes relativas à apresentação de Certificados Médicos e das provas de solvência econômica⁴⁴. Nessa mesma reunião, em atenção às experiências regionais, foi proposta ainda a criação de mecanismos para permitir que os cidadãos sul-americanos que migrem para além da região possam ser assistidos pelos Consulados ou autoridades diplomáticas de quaisquer dos Estados-membros da Unasul, quando o país de origem do migrante não tiver representação no Estado de estada no migrante ou não puder atendê-lo de forma satisfatória.

A ambição do Relatório Conceitual sobre Cidadania Sul-americana reside no fato de que a cidadania passa a ser pensada não mais restritivamente aos interesses econômicos ou limitadas pela identidade moderna da nacionalidade. Diversamente, parte da perspectiva da multiplicidade sociocultural presente na América Latina, no intuito de consagrar a existência das múltiplas identidades no exercício de cidadanias mistas – nacionais, diferenciadas e transnacionais – o que culmina na diluição dos limites do Estado nacional e possibilitando a ampliação em diversos graus do exercício democrático⁴⁵.

A cidadania sul-americana, nesse contexto, engloba, além da dimensão jurídico-política, relativa aos direitos e deveres, uma dimensão sociocultural, caracterizada pela partilha de uma história e de valores comuns, visando construir uma identidade regional, tal como foi criada a identidade nacional⁴⁶.

Em suma, o conceito de cidadania postulado no âmbito da Unasul reconhece os Estados como atores centrais dos fenômenos migratórios, ao responsabiliza-los pela tutela dos cidadãos da Unasul, e daí se falar em um paradigma de cidadania conferida pelo critério do *jus domicilie*, sem excluir a ascensão de novos atores à ordem internacional: as entidades municipais, as pessoas individualmente ou coletivamente consideradas, incluindo-se os cidadãos migrantes⁴⁷. Assim, a cidadania mista decorrente da Unasul intenta eliminar a dualidade, em seu âmbito regional, do nacional/estrangeiro, nós/outro, para permitir simultaneamente o exercício das múltiplas cidadanias.

Deve-se considerar, todavia, que embora as Resoluções do Conselho de Ministras e Ministros de Relações Exteriores tenham força cogente, a sua implementação depende da incorporação pelos Estados-membros, conforme redação do artigo 12 do Tratado de Brasília⁴⁸. Dito de outro modo, ainda que as proposições normativas da Unasul representem importante passo na construção de uma identidade sul-americana e, em consequência, uma cidadania, a sua implementação ainda depende da vontade dos Estados.

Ademais, defende-se que, no marco da construção de um espaço de integração de maneira participativa e consensual, conforme dispõe o artigo 2º do Tratado de Brasília⁴⁹, é necessário que sejam fomentados os mecanismos de participação dos povos tradicionais na construção dos instrumentos normativos e das políticas relacionais aos seus interesses, como é o caso das migrações e assuntos atinentes, em todos os níveis de espaço político.

De todo modo, não se pode negar que, a existência de instrumentos normativos a nível transnacional revela a vantagem da harmonização legislativa dos Estados-membros envolvidos, bem como permite prescindir do marco das fronteiras nacionais rígidas, pautadas pela segurança nacional, dando prioridade à promoção da dignidade humana, da inclusão social e da participação cidadã.

⁴⁴ UNASUL. *Informe de la Reunión Presencial del Grupo de Trabajo de Ciudadanía Suramericana*. 2016.

⁴⁵ GALLEGOS, J. R. "De 'trabalhador migrante' a cidadão sul-americano': uma análise da política migratória multilateral", *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 93.

⁴⁶ GALLEGOS, J. R. *Hacia el sur: la construcción de la ciudadanía suramericana y la movilidad intrarregional*. CELAG, 2016, p. 82-83.

⁴⁷ GALLEGOS, J. R. "De 'trabalhador migrante' a cidadão sul-americano': uma análise da política migratória multilateral", *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017, p. 94.

⁴⁸ UNASUL. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. 2008.

⁴⁹ *Idem*.

De outro lado, haverá aqui também a limitação do filtro estatal, vez que a transferência do poder legiferante ao ente supranacional, no melhor dos cenários, consiste em uma reforma da estrutura do Direito Internacional moderno, pois, em última instância, as decisões políticas e a elaboração das normas dependem dos Estados enquanto entes soberanos, aspecto ainda mais acentuado nos casos relativos ao direito da integração produzido no âmbito de entidades intergovernamentais.

7. CONCLUSÃO

Neste artigo, discutimos o fenômeno da migração, reconhecendo o seu caráter cultural da humanidade. Essa questão, embora inerente às pessoas, passa a ser considerado um assunto de Estado, visto que esbarra nos interesses de manutenção do ente soberano.

Nesse sentido, analisamos a Lei de Migração brasileira, em vigor desde novembro de 2017, apontando as suas inovações com caráter mais humanista que a legislação até então em vigor, o Estatuto do Estrangeiro.

Assim, não se nega as vantagens que a nova legislação apresenta em relação ao Estatuto do Estrangeiro, entretanto, há intenção de se demonstrar que, pela própria característica estrutural da modernidade, sobretudo no que concerne à manutenção do Estado moderno, as perspectivas humanistas postuladas encontram limites.

Mais que isso, parece-nos indubitavelmente que o veto do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei de Migração não somente tolhe o direito dos povos originários, como o faz a partir de uma justificativa eivada de colonialidade.

Com base nisso, questionamos sobre a viabilidade de projetos decoloniais, no sentido de promoção dos direitos humanos e da participação cidadã, especificamente no que concerne aos povos originários, em concomitância com a manutenção estrutural da modernidade. A proposição é de que os dois postulados, em um nível limite são inconciliáveis, razão pela qual, novas possibilidades precisam ser inventadas.

A partir, então, do conceito de cidadania mista, conjugando o exercício da cidadania nos distintos níveis de espaço político – local, nacional e regional – haveria a possibilidade de mais bem regular os movimentos de mobilidade humana, para além da política de gestão migratória, pautando-se pela promoção dos direitos de livre circulação e participação popular, o que culminaria na flexibilização das fronteiras nacionais.

Não se trata, portanto, de negar o sistema-mundo caracterizado pelo protagonismo dos Estados nacionais na sociedade internacional, mas, até por isso, de suscitar a abertura de outros espaços políticos, em nível do direito de integração, aos novos atores.

Assim, propomos que, em atenção ao princípio da subsidiariedade, as questões relativas às migrações em sentido amplo sejam discutidas e reguladas em âmbito dos blocos de integração regionais, explorando os exemplos existentes na América do Sul, como no Mercosul, na Comunidade Andina de Nações e na Unasul.

Reconhecemos que, muito embora também no espaço sócio-político regional os Estados nacionais mantenham seu protagonismo, é esta a alternativa mais eficaz na construção de políticas migratórias que permitam um maior diálogo entre os atores interessados, o que culminaria em maior porosidade das fronteiras, sem implicar na dissolução dos Estados.

Por fim, consideramos que os desafios, no entanto, referem-se à redistribuição de poder concentrado nas mãos dos Estados nacionais, sobretudo no caso das organizações intergovernamentais, e na promoção de mecanismos que possibilitem o exercício da cidadania ativa dos indivíduos e povos sul-americanos no âmbito da integração.

Referências

- BICHARA, J.P. “O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.
- BRASIL. [Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009.](#) Promulga o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho

- do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017*. Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração.
- BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.
- BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração.
- BRASIL. Mensagem nº 163, de 24 de maio de 2017. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Documentos da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL). Aprovação do Relatório Conceitual elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Cidadania Sul-Americana. http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/RES14.2014.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- DANTAS, F. A. C. “Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas”, *Revista de Educação Pública*, v. 23, n. 53/1, 2014.
- DUSSEL, E. 1492 – *El encubrimiento del Otro*: hacía el origen del “mito de la Modernidad”. Plural, 1994.
- GALLEGOS, J. R. “De ‘trabalhador migrante’ a cidadão sul-americano’: uma análise da política migratória multilateral”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017.
- GALLEGOS, J. R. *Hacia el sur*: la construcción de la ciudadanía suramericana y la movilidad intrarregional. CELAG, 2016.
- GRANATO, L. “Estado, sociedad e integración regional: un estudio sobre el componente relacional del Mercosur (2003-2015)”, *Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas*, v. 11, n. 1, 2017.
- GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Del Rey, 2010.
- INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Key Migration Terms*. 2018. Disponível em: <<http://www.iom.int/key-migration-terms>>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- LANDER, E. et al. (Ed.). *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. CLACSO, 2005.
- MAGALHÃES, J. L. Q. *Estado plurinacional e direito internacional*, Juruá, 2012.
- MATA DIZ, J. B.; JAEGER JÚNIOR, A. “Por uma teoria da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015.
- MAZZUOLI, V. O. *Curso de direito internacional público*. Forense, 2018.
- MOURA, A. B. “A criação de um espaço de livre residência no Mercosul sob a perspectiva teleológica da integração regional: aspectos normativos e sociais dos acordos de residência”, *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015.
- PROJETO da nova Lei de Migração segue para sanção presidencial. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/18/projeto-da-nova-lei-de-migracao-segue-para-sancao-presidencial>>. Acesso em: 30 nov. 2017.
- SHAW, M. N. *International law*. Cambridge University Press, 2014.
- SOARES, M. L. Q. *Direitos fundamentais e direito da União Europeia em momento de tensão*. Arraes, 2016.
- UNITED NATIONS. 13. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en65>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- UNASUL. *Informe de la Reunión Presencial del Grupo de Trabajo de Ciudadanía Suramericana*. 2016.
- UNASUL. *Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas*. 2008.
- VARELLA, M. et al. “O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação”. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.

VENTURA, D.; ILLES, P. "Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração". *Le Monde Diplomatique Brasil*, 37, 2010.

WALLERSTEIN, I. M. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Boitempo, 2007.

Análisis del régimen jurídico del voluntariado Analysis of the legal regime of volunteering

José Enrique Anguita Osuna¹

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Origen y evolución del voluntariado – 2. Aspectos conceptuales y generales del voluntariado – 3. Marco normativo vigente: Unión Europea y España – 4. Retos del voluntariado – 5. Referencias

Resumen: El Voluntariado se ha convertido en uno de los mecanismos más importantes de la acción social, permitiendo la participación ciudadana y que los voluntarios puedan contribuir en la labor asistencial ayudando a cubrir las necesidades sociales de las personas. Se analiza el origen y evolución del voluntariado, su conceptualización, rasgos y características, y finalmente se aborda la evolución histórica normativa y el vigente régimen jurídico del voluntariado tanto en la Unión Europea como en España, haciendo referencia en este caso a la vigente ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado y a la diversa normativa autonómica que regula la acción voluntaria.

Palabras clave: Voluntariado, pobreza, voluntario, España, Unión Europea

Abstract: Volunteering has become one of the most important mechanisms of social action, allowing citizen participation and its contribution to welfare assistance, by helping to meet the social needs of the different people. It is analyzed the origin and evolution of volunteering, its conceptualization, traits and characteristics, and finally, we study the historical regulatory evolution and the current legal regime in the European Union and Spain, making a specific reference in this case to the national law 45 / 2015, of October 14, of Volunteering and the diverse regional regulations that regulate voluntary action.

Keywords: Volunteering, poverty, volunteer, Spain, European Union

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL VOLUNTARIADO

La acción llevada a cabo por voluntarios con el ánimo de ayudar a aquellas personas que tenían necesidades sociales y que estaban pasando por momentos delicados se ha desarrollado prácticamente desde la Edad Antigua hasta la Edad Contemporánea, pasando por la Edad Media y Edad Moderna. Podemos encontrar las primeras manifestaciones de la acción e intervención social durante la Edad Antigua en el Código de Hammurabi de Mesopotamia, en la Antigua Grecia, el Imperio Romano o en el cristianismo primitivo.

Desde los inicios del cristianismo uno de sus principales valores ha sido la caridad, y ayudar al prójimo se convirtió en el medio para alcanzar la vida eterna. Este tipo de ayudas se manifestaron en otras culturas, de modo que por ejemplo el islam insta a practicar la caridad con los más necesitados. Incluso en muchos pueblos de África se extendió el concepto de comunidad, lo que suponía que había que tener en cuenta las necesidades de las demás personas, mostrando en términos generales, el mensaje de que las personas que ayudan a la comunidad se convierten en un ejemplo para la misma. Durante la Edad Media los individuos y grupos de personas se organizaban para dar respuesta a las necesidades sociales, y al mismo tiempo la familia y los vecinos ocupaban un importante papel ayudando a quienes se encontraban en una situación de necesidad,

¹ Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Historia del Derecho y las Instituciones de la Universidad Rey Juan Carlos.

constituyendo un servicio de ayuda a domicilio, y adoptando otros mecanismos de socorro basados en la hospitalidad².

En términos generales, la caridad medieval se mantuvo durante muchos siglos, observándose una disminución de su presencia en el siglo XV. Por otro lado, en este siglo se puso de manifiesto que la mujer ocupaba una posición clave en el ámbito familiar, puesto que se encargaba de cuidar y educar a los hijos, gestionar la economía familiar, realizar las funciones domésticas y cualquier otra actividad cuyo fin fuera garantizar el beneficio de su grupo³.

A lo largo de toda la Edad Media y Edad Moderna se expandieron y crecieron las instituciones que contribuyeron al desarrollo de la ayuda social, entre las que se encontraban las gildas, los gremios, los hospitales, las órdenes militares, las cofradías, las casas de misericordia, los pósitos o las órdenes religiosas. En definitiva, entre los actores de la acción social, la Iglesia católica siempre tuvo un fuerte peso y una gran presencia en la Europa occidental ayudando a pobres, débiles, menesterosos y necesitados. Sin embargo, poco a poco fue teniendo lugar un constante y lento proceso de secularización en virtud del cual la Iglesia fue perdiendo poder y presencia en el ámbito de la ayuda social, en detrimento de las instituciones públicas⁴.

A partir del siglo XVIII aumentó el recelo del Estado hacia las formas tradicionales voluntarias de ayuda, lo que supuso que tanto las cofradías como las hermandades acabaran siendo sustituidas por los montepíos de carácter laico⁵. A pesar de esta transformación durante esta etapa, las funciones relacionadas con el cuidado enfermero, domiciliario y hospitalario, no solamente eran desarrolladas por las enfermeras, sino también por grupos de voluntariado seglar, que en la mayoría de los casos estaban vinculados a las hermandades y cofradías que todavía existían⁶.

A partir de la Revolución Francesa y de la aparición en la sociedad de los principios de igualdad, fraternidad y libertad, se creó la Asistencia Social, entendida como un sistema de protección social. Este sistema fue configurado como el conjunto de principios, normas y procedimientos elaborados para ayudar a los individuos, grupos y comunidades, y con la finalidad de satisfacer las necesidades de las personas y al mismo tiempo dar una solución a sus problemas. El papel creciente que acabaría teniendo el Estado en el ámbito de la acción social, supuso que la Iglesia y otras instituciones con fines sociales quedaran relegadas a un segundo plano⁷.

Según las investigaciones realizadas por Fernández García y Alemán Bracho, desde el siglo XIX se contemplaba la existencia del voluntariado. Por ejemplo, Josephine Shaw Lowell era partidaria de gestionar la caridad de forma organizada y profesional, sin perjuicio que permitiera la participación del voluntariado mediante los “visitadores amigables”, quienes se organizaban de forma privada. Asimismo, Mary Ellen Richmond en su obra titulada *“El buen vecino en la ciudad moderna”*, mostraba las virtudes del voluntariado⁸.

En España durante el franquismo la participación social se basaba en la lucha por las libertades democráticas, y durante los años sesenta el pleno empleo en España se consiguió a través del Plan de Estabilización de 1959, mientras que en Europa occidental el pleno empleo fue consecuencia de las políticas keynesianas orientadas a aumentar el

² GUTIÉRREZ RESA, A. *Acción Social No Gubernamental. Análisis y reflexiones sobre las organizaciones voluntarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 23-24.

³ *Ibidem*, pp. 26-30.

⁴ ANGUITA OSUNA, J. E. *Introducción a la historia de la acción e intervención social*, Ed. Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones, 2017.

⁵ GUTIÉRREZ RESA, A. *op. cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 30.

⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Historia de la enfermería en España (Desde la antigüedad hasta nuestros días)*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996, p. 207.

⁷ CORRAL BUSTO, J. “Historia del voluntariado social en Europa y España”, en OSORIO GARCÍA DE OTEYZA, M. (Coordinador) *Voluntariado Social*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p. 70.

⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, T. y ALEMÁN BRACHO, C. (Coordinadores) *Introducción al Trabajo Social*, Ed. Alianza editorial, 2003, pp. 117-121.

salario directo, indirecto y diferido⁹. Según Mora Rosado es cierto que durante el franquismo se adoptaron mecanismos e instrumentos de acción social, sin embargo opina que únicamente se puede hablar de voluntariado en España a partir de la época democrática y de la de la Transición¹⁰. Aun así, en los años setenta del siglo XX el voluntariado pasó por las siguientes fases: beneficencia, caridad, filantropía y asistencia, y tal y como afirma Tavazza el voluntariado ha sido de orden “reparador”, llegando a desarrollar una función de “amortiguador social”¹¹, compensando las carencias que tenía el sistema oficial a la hora de cubrir todas las necesidades sociales de la ciudadanía.

Tras el fin del franquismo la aprobación de la Constitución Española de 1978 fue clave en la transformación política, económica y social de España. El nuevo marco constitucional y las políticas del Gobierno supusieron “la confirmación del voluntariado como un recurso social que coadyuvaba a la puesta en práctica de las políticas sociales”¹².

El gobierno español creó en el año 1988 el Ministerio de Asuntos Sociales, lo que significó un enorme avance del Estado de Bienestar en España, permitiendo consolidar el nuevo modelo de los servicios sociales. Además, según establece Montagut, con la creación de este nuevo departamento ministerial, se permitió aumentar y promocionar la participación social, en concreto mediante la aprobación del Real Decreto de 15 de julio de 1988 donde se regulaba la asignación tributaria del 52% del IRPF. Esta medida permitió que entidades de carácter privado pudieran gestionar proyectos y programas en el ámbito de los servicios sociales, lo que evidentemente supuso que en la década de los años 90 del siglo pasado, tuvieran un desarrollo muy significativo tanto el voluntariado como las organizaciones no gubernamentales¹³.

A pesar de que el origen de la asistencia social organizada por el clero y los sectores laicos surgió como consecuencia de la incapacidad física del voluntariado individual que no tenía medios ni capacidad para dar solución a los problemas sociales y necesidades de las personas más necesitadas¹⁴, las entidades sociales con el paso del tiempo fueron incrementando su presencia y relevancia. Estas entidades sociales, entre las que se destaca el voluntariado, han permitido el desarrollo de proyectos sociales más participativos y dinámicos, donde se otorga un papel relevante al trabajo educativo, la promoción personal, el desarrollo de los valores individuales y sociales de los trabajadores y la promoción personal¹⁵.

En este sentido, durante los últimos años ha sido común el vínculo que el Estado ha tenido con otros actores en el desarrollo de la acción e intervención social, incrementando desde una perspectiva próxima al “pluralismo del bienestar”, la participación de diferentes agentes que acaban con el monopolio que el Estado ha desarrollado en el ámbito de la acción social. En este caso, entre estos nuevos agentes irrumpió el voluntariado, y a todos estos agentes se les promociona tanto a nivel legislativo como económico mediante el pago de subvenciones, en virtud de las cuales se podrán desarrollar con más eficacia las funciones sociales¹⁶.

Sin embargo, según afirma Domingo Moratalla, en ocasiones se puede llevar a cabo una instrumentalización de la acción voluntaria por parte de las instituciones financieras, sociales, políticas y religiosas, en los que se encuentran bancos, cajas de ahorro, hospitales, partidos, e iglesias. Todas estas entidades intentan recuperar una

⁹ MONTAÑÉS, M., VILLASANTE, T. y ALBERICH, T. “¿Asociaciones de voluntarios? Lo que se dice y lo que se quiere decir cuando hablamos de voluntariado”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, pp. 14-15.

¹⁰ MORA ROSADO, S. “El fenómeno del voluntariado en España: aproximación a la evolución del término (De la opacidad a la mitificación)”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p. 119.

¹¹ GUTIÉRREZ RESA, A. *op. cit.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 32-33.

¹² MADRID, A. *La Institución del Voluntariado*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 30.

¹³ SANZ CINTORA, A. “Acción Social y Trabajo Social en España. Una revisión histórica”, *Acciones e Investigaciones sociales*, nº 13 (octubre 2001), p. 31, haciendo referencia a MONTAGUT, T. *Política social. Una introducción*, Ed. Ariel, Barcelona, 2000, p. 177.

¹⁴ TORRES DÍAZ, J. *Historia del Trabajo Social*, 2ª edición, Humanitas, Bogotá, 1985, p. 50.

¹⁵ SANZ CINTORA, A. *op. cit.*, p. 31.

¹⁶ ALEMÁN BRACHO, C. (Coordinadora), ALONSO SECO, J. M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. *Fundamentos de servicios sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 238.

credibilidad que, o bien fue perdida, o bien fue cuestionada. Por tanto, en ocasiones el voluntariado se ha utilizado como un mecanismo para conseguir credibilidad social e incluso algún tipo de rentabilidad¹⁷.

Hemos de reseñar la vinculación del voluntariado con el servicio social de promoción y cooperación, el cual según Alemán Bracho se encarga de potenciar la vida de la comunidad, facilitando la participación en tareas comunes e impulsando la iniciativa social, principalmente mediante el voluntariado y el asociacionismo. Asimismo, manifiesta que sus principales funciones son las siguientes: impulsar el asociacionismo y la participación, a través de campañas de divulgación y mentalización social; canalizar las dificultades que detecten los usuarios en la prestación de los servicios recibidos; potenciar las organizaciones de voluntariado social; crear programas de cooperación entre las organizaciones públicas y privadas sin ánimo de lucro, y las Administraciones Públicas; y finalmente, potenciar el desarrollo y mejora de la zonas deprimidas, tanto urbanas como rurales, fomentando el esfuerzo de la comunidad y la Administración para incrementar la calidad de vida de sus ciudadanos¹⁸.

En definitiva, actualmente el voluntariado se desarrolla desde ciertas instituciones o entidades, y participa en la elaboración de políticas públicas, o en el desarrollo de la acción social, trabajando en base a los principios de libertad e igualdad¹⁹. El voluntario se puede definir como *“la persona que ofrece sus servicios a título gratuito, no habiendo recibido una formación adecuada de servicios sociales y ejerciendo su trabajo en su propio país”*²⁰. La acción voluntaria lleva creciendo desde hace años en España, no solamente en número de entidades dedicadas al voluntariado sino también en el creciente número de sectores donde desarrolla proyectos de acción social. Según los estudios realizados por Perdomo, en España han existido ciertas iniciativas y entidades de voluntariado entre las cuales se pueden destacar algunas: Centro de Estudios Marsiega (educación de personas adultas); Compañeros Constructores (trabajo con personas marginadas, construcción de escuelas y defensa de los derechos humanos); Medicus Mundi (soluciona problemas ocasionados como consecuencia de la descolonización); Traperos de Emaús (lucha contra la marginación y la pobreza en el Tercer Mundo)²¹.

2. ASPECTOS CONCEPTUALES Y GENERALES DEL VOLUNTARIADO

A la hora de elaborar una definición acertada sobre el voluntariado nos podemos remitir a la conceptualización realizada por diferentes instituciones. El Comité de las Regiones determinó en uno de sus dictámenes que en cada Estado miembro de la Unión existe una definición diferente de voluntariado, sin embargo, en todos los Estados las definiciones deben basarse en tres criterios comunes claves²²:

- *“El voluntariado se lleva a cabo libremente y por iniciativa propia, no pudiendo en ningún caso ser obligatorio. Esto garantiza el compromiso y la identificación de los voluntarios con las actividades que realizan.*

¹⁷ DOMINGO MORATALLA, A. “¿Voluntarios? No, gracias. Clarificación ética de la acción voluntaria”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p. 28.

¹⁸ ALEMÁN BRACHO, C. (Coordinadora), ALONSO SECO, J. M. Y FERNÁNDEZ SANTIADO, P. *op. cit.*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 272-273.

¹⁹ PERDOMO CEJUDO, J. G. “Asistencia social y beneficencia: situación actual y perspectivas”, *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Seminario de Historia de la Acción Social. Colección Trabajo Social, Serie Documentos 8, Madrid, 1985, p. 294.

²⁰ Definición elaborada por el Comité Preparatorio del Ciclo de Estudio Europeo sobre el voluntario, como componente básico de algunas organizaciones y del voluntariado (1966). GUTIÉRREZ RESA, A. “Iniciativa social y servicios sociales”, dentro de ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÉS FERRER, J. (Directores) *Administración social: servicios de bienestar social*, Ed. Siglo XXI editores S.A., Madrid, 1996, p.312.

²¹ PERDOMO CEJUDO, J. G. “Asistencia social y beneficencia: situación actual y perspectivas”, *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Seminario de Historia de la Acción Social. Colección Trabajo Social, Serie Documentos 8, Madrid, 1985, pp. 294-295.

²² UNIÓN EUROPEA, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» (2006/C 325/13), *DOUE* de 30.12.2006, C 325, pp. 48-49.

- *El voluntariado no está remunerado y no está motivado por intereses financieros, aunque cabe reembolsar los gastos en que incurra el voluntario.*
- *El voluntariado tiene por objetivo intervenir en favor de personas distintas de las que integran la familia del propio voluntario o de determinados grupos sociales y con ello ser útil a la sociedad (aunque indiscutiblemente el voluntariado ofrece grandes posibilidades en cuanto a la formación de la personalidad del voluntario)”.*

También se han acuñado otras definiciones vinculadas a la actividad del voluntariado. La Comisión Europea en una de sus comunicaciones manifiesta que “se entiende por voluntariado cualquier forma de actividad voluntaria, ya sea formal o informal. Los voluntarios actúan libremente, siguiendo sus propias decisiones y motivaciones, y no persiguen ningún beneficio económico. El voluntariado es un camino de solidaridad y una manera que tienen los individuos y las asociaciones de identificar y abordar las necesidades y preocupaciones humanas, sociales o medioambientales. Suele practicarse como apoyo a una organización sin ánimo de lucro o una iniciativa a nivel local”²³.

Asimismo, según el Parlamento Europeo, se entiende por voluntariado “las actividades formales, no formales, informales y relacionadas con la formación profesional y el aprendizaje, realizadas de manera voluntaria, sobre la base de la libre elección y motivación de una persona, sin ánimo de lucro y en favor de una causa sin fines de lucro, en beneficio de los voluntarios, los destinatarios de los servicios prestados por una asociación de voluntarios, las comunidades y la sociedad en su conjunto”²⁴.

Las definiciones sobre la acción voluntaria también se han recogido en diferentes normas legislativas. En la ley 6/1996, de 15 de enero, de Voluntariado se definía en su artículo tercero el voluntariado como “el conjunto de actividades de interés general, desarrolladas por personas físicas, siempre que las mismas no se realicen en virtud de una relación laboral, funcional, mercantil o cualquier otra retribuida y reúna los siguientes requisitos: a) Que tengan carácter altruista y solidario; b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico; c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione; d) Que se desarrollen a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos”²⁵.

En base a los estudios realizados por Funes Rivas, voluntario es “toda persona que dedica su tiempo y esfuerzo a cooperar en una tarea de la que no recibe recompensa material e instrumental alguna”. Continúa añadiendo que “la utilización del término voluntario impone dos restricciones al entendimiento o la valoración de lo estudiado. Por un lado, tiende a asociarse a la conducta filantrópica de carácter religioso. Por otra parte, demasiadas veces se entiende por voluntario a la persona que colabora con la Iglesia institución en su labor de asistencia social, es decir, en el ejercicio social de la caridad”²⁶. Sin embargo, para Bernardo Corral se puede definir el voluntariado como “el ejercicio libre, organizado y no remunerado, de la solidaridad ciudadana, formándose y capacitándose adecuadamente”²⁷.

En contraposición con las definiciones de voluntario que se acaban de plantear, según Sastre Jiménez, vamos a exponer lo que no se entiende por voluntario. Nos

²³ UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación sobre políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas en la UE, Bruselas, 20.9.2011, COM(2011) 568 final, p. 2.

²⁴ UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de junio de 2012, sobre el reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE (2011/2293(INI)), (2013/C 332 E/02), DOUE de 15.11.2013, C 332 E.

²⁵ Artículo 1 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, BOE nº 15, pp. 1240-1241.

²⁶ FUNES RIVAS, M. J. “¿Qué conduce a la solidaridad colectiva?”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p.69.

²⁷ BERNARDO CORRAL, F. “Atado, mudo y bastante arrugado. ¿Existen nuevas formas y conceptos de voluntariado?”, *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p.108.

apartamos de la acción voluntaria realizada por voluntarios cuando en esta actividad se está recurriendo a mano de obra barata, a la intrusión en la actividad profesional, y finalmente cuando el servicio voluntario se enfoca como una mera vía para conseguir unas prácticas profesionales²⁸.

Según el documento "Código de conducta de las ONG de desarrollo" la Coordinadora de Organizaciones no Gubernamentales establece que los elementos comunes que tienen las organizaciones de voluntarios son los siguientes: "*ser una organización estable que dispone de un grado mínimo de estructura; no poseer ánimo de lucro; trabajar activamente en los distintos campos de intervención; tener voluntad de cambio o de transformación social; poseer respaldo y presencia social; tener independencia, autonomía institucional y decisoria; poseer recursos tanto humanos como económicos; actuar con mecanismos transparentes y participativos; ser transparentes en su política; estar basadas y articuladas en torno a los fines de solidaridad internacional y cooperación*"²⁹.

Según los planteamientos realizados por Zubero Beaskoetxea vamos a mencionar las siguientes tareas del voluntariado: en primer lugar, *decidir hacer*, lo que supone que la única forma de empezar a transformar la realidad actual es decidiendo hacer cambios; *proponer utopías realizables*, de modo que se deben emprender acciones colectivas, y siguiendo a Giddens se deben plantear modelos de realismo utópico, puesto que "los caminos para el deseado cambio social tendrán poco impacto práctico si no están conectados a las posibilidades inmanentes institucionales"; *desobedecer*, ya que considera que en ciertas ocasiones la acción de los movimientos sociales no se puede producir si no es desde un acto de desobediencia; y finalmente, *construir seguridades alternativas*, es decir, una situación social logrará ser reconocida como legítima cuando consiga mantener el orden, lo que supone ofrecer una seguridad de orden³⁰.

En relación a la clasificación del voluntariado, podemos hacer referencia a la establecida por Gutiérrez Resa, quien entiende que dentro de una clasificación universal de la ordenación del voluntariado se pueden incluir asociaciones de personas, con reconocimiento jurídico o sin él, las agrupaciones sociales eclesíásticas, las fundaciones, y en último lugar las obras sociales dependientes de otras entidades. Añade que en España se puede observar otra clasificación, donde se encuentran las siguientes entidades: asociaciones (que tengan o no mandato público, como son las asociaciones de hecho, mutuas y mutualidades, asociaciones socio-culturales de derecho estatal, y entes asociativos de derecho canónico), corporaciones de derecho público (ONCE, etc.), fundaciones (Cajas de Ahorro Popular) y otras instituciones (sindicatos, partidos políticos, acción social empresarial, etc.). Por supuesto también se encuentran las asociaciones voluntarias, que son "autónomas económicamente" y prestan servicios gratuitos a pesar de que su personal pueda recibir un salario³¹.

En otro orden de ideas hemos de señalar que existe una cultura de la solidaridad, la cual está ligada estrechamente a la institución del voluntariado. A continuación vamos a mostrar las principales características que la definen: *la sensibilización*, hacia los problemas de las demás personas; *la organización frente a un impulso individualista*, que insta a las personas a formar grupos organizados para mejorar la calidad de vida; *el itinerario*, como proceso educativo en el que se encuentra el voluntariado frente a la espontaneidad; *la desigualdad*, de modo que el voluntariado debe eliminar las causas que provocan la desigualdad; *la autocrítica*, de la acción para poder mejorar; *el reto*, puesto que el voluntariado es un referente que mueve energías, recursos personales y genera justicia social; *la implicación*, en los problemas sociales de modo que la "compasión" sea tanto afectiva como efectiva; *la dirección*, ya que el voluntariado se

²⁸ SASTRE JIMÉNEZ, A., "Concepto y valores del voluntariado", en OSORIO GARCÍA DE OTEYZA, M. (Coordinador) *Voluntariado Social*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p. 36.

²⁹ COMUNIDAD DE MADRID, *El Tercer Sector: El Voluntariado en la Comunidad de Madrid*, Ed. Consejería de Hacienda, Madrid, 1999, p. 21.

³⁰ ZUBERO BEASKOETXEA, I. "El papel del voluntariado en la sociedad actual", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, pp. 58-62.

³¹ GUTIÉRREZ RESA, A. *op. cit.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 21.

debe dirigir al cambio social; *el aire*, en cuanto acción voluntaria libre de formalidades y legalismo; *el dinamismo*, de modo que la acción voluntaria sea dinámica y actúe como elemento dinamizador de las organizaciones³².

Finalmente, tal y como establecen Pérez Cano y Babiano Fernández, las personas que quieran participar en la acción voluntaria y convertirse en voluntarios deben cumplir los siguientes requisitos: *el tiempo*, puesto que si no se dispone del mismo, es probable que todo quede en una mera declaración de intenciones y buenos deseos; *la motivación*, supone que cualquier candidato a voluntario debe tener una motivación, cualquiera que sea, siempre que respete los principios filosóficos de la acción voluntaria; *la libertad*, puesto que la decisión de participar en la acción voluntaria es únicamente del voluntario; *las aptitudes*, de modo que los voluntarios reúnan las características personales, físicas y psicológicas idóneas para ser voluntarios; *las actitudes*, por lo que se debe mostrar una disposición positiva hacia el voluntariado; *la continuidad*, con lo que se pretende desarrollar una acción voluntaria constante³³.

3. MARCO NORMATIVO VIGENTE: UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA

3.1. Unión Europea

Seguindo a García Inda, se han ido aprobando diversos instrumentos normativos en el ámbito internacional desde finales del siglo XX. En este sentido, podemos destacar las siguientes normas: la Resolución de 19 de febrero de 1986, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre el Día Internacional del Voluntariado por un desarrollo Económico y Social; la Recomendación (85) 9, de 21 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el trabajo voluntario en actividades de bienestar social; la Recomendación de 13 de junio de 1985, del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre la protección social de los voluntarios para el desarrollo; o la Resolución de 16 de julio de 1983, del Parlamento Europeo, sobre el voluntariado³⁴.

Centrándonos en la situación del voluntariado en la Unión Europea, por un lado, los Servicios Sociales de la Unión se encuadran dentro de los sistemas legales y complementarios de la protección social, en sus diferentes formas de organización, ya sean mutualidades o profesionales, que tienen por finalidad la protección de los ciudadanos ante determinadas situaciones de riesgo como son la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad. Por otro lado, las organizaciones que desarrollan los Servicios Sociales en la Unión Europea, con carácter general, reúnen las siguientes características: el funcionamiento basado en el principio de solidaridad; el carácter polivalente y personalizado que atiende a los diversos aspectos que son necesarios para garantizar los derechos humanos fundamentales y proteger a las personas más vulnerables; la ausencia de ánimo de lucro; la participación de voluntarios; el enraizamiento en una tradición cultural local; la proximidad que existe entre el prestador del servicio y el beneficiario; la relación entre el prestador del servicio y el beneficiario que, siendo asimétrica, no puede compararse con la que existe normalmente entre suministradores y consumidores³⁵.

A continuación vamos a realizar una análisis de la evolución histórico normativa, apuntando los principales instrumentos normativos que en los últimos años se han aprobado sobre el voluntariado en la Unión Europea.

En primer lugar, hemos de referirnos a la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas

³² COMUNIDAD DE MADRID, *op. cit.*, Ed. Consejería de Hacienda, Madrid, 1999, pp. 67-68.

³³ PÉREZ CANO, V. y BABIANO FERNÁNDEZ, N., "Taller sobre Voluntariado", dentro de DELGADO MORALES, J. F. y MARTÍNEZ MAROTO, A., *Hacia los servicios sociales del año 2000. Escuela de Verano de Servicios Sociales. Almuñecar, 1995-1996*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, p. 330.

³⁴ GARCÍA INDA, A. "Aspectos legales del voluntariado: El modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p. 203.

³⁵ DE DIOS IZQUIERDO, J., TORRES, R., MARTÍNEZ, L. *Estado de Bienestar y Trabajo Social*, Ediciones Académicas, Madrid, 2011, pp. 192-195.

o servicios de voluntariado³⁶, cuyo objeto consiste en definir por un lado, los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros, por un período de tiempo superior a tres meses, a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, y por otro lado, las normas relativas a los procedimientos de admisión de los nacionales de terceros países al territorio de los Estados miembros a tales efectos³⁷.

Otro hito histórico normativo se produjo con la aprobación del Dictamen de 13 de diciembre de 2006 del Comité Económico y Social Europeo “Actividades de voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto”³⁸, en el cual el Comité de la Regiones solicitaba a la Comisión que proclamara un Año del Voluntariado –cuestión que finalmente fue materializada en el año 2011- y que publicara lo antes posible un Libro Blanco sobre el voluntariado y la ciudadanía activa en Europa. Asimismo, instaba a que los gobiernos de los Estados miembros diseñaran políticas nacionales de voluntario y una estrategia que permitiera fomentar el voluntariado y su reconocimiento. También se recomendaba que los Estados miembros establecieran un marco jurídico que contemplara el derecho a actuar como voluntario de forma independiente a la condición jurídica o social de cada uno. Recomendaba que todos los actores principales en el sector del voluntariado (gobiernos, parlamentos, entes regionales y locales y organizaciones de la sociedad civil) reconocieran la importancia del voluntariado, instándoles a que participaran activamente en su promoción y reconocimiento³⁹.

El 2011 fue proclamado el Año Europeo del Voluntariado en virtud de la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2009 sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011)⁴⁰, estableciendo en su artículo segundo que su objetivo general será *“fomentar y apoyar, especialmente mediante el intercambio de experiencia y buenas prácticas, los esfuerzos realizados por la Comunidad, los Estados miembros y las autoridades locales y regionales para crear las condiciones en la sociedad civil que favorezcan el voluntariado en la Unión Europea y mejorar la visibilidad de las actividades de voluntariado en la Unión Europea”*. Asimismo, se concreta en el mismo precepto que los objetivos del Año Europeo son los siguientes: trabajar para lograr un entorno que favorezca el voluntariado en la Unión Europea; ofrecer medios de actuación a los organizadores de actividades de voluntariado; reconocer las actividades de voluntariado; y sensibilizar sobre el valor y la importancia del voluntariado⁴¹.

La Comisión Europea ha desarrollado varias iniciativas sobre el voluntariado, entre las cuales se puede destacar la Comunicación de la Comisión Europea de 20 de septiembre de 2011, sobre “Políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas”⁴², documento en el que además de conceptualizar el voluntariado e indicar algunos de sus retos a nivel transfronterizo en la Unión Europea, se pronuncia sobre la posibilidad de obtener la financiación de la Unión

³⁶ UNIÓN EUROPEA, Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, DOUE de 23.12.2004, L 375.

³⁷ Artículo 1 de la Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, DOUE de 23.12.2004, L 375.

³⁸ UNIÓN EUROPEA, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» (2006/C 325/13), DOUE de 30.12.2006, C 325.

³⁹ UNIÓN EUROPEA, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» (2006/C 325/13), DOUE de 30.12.2006, C 325, p. 46.

⁴⁰ UNIÓN EUROPEA, Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2009 sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011) (2010/37/CE), DOUE de 22.1.2010, L 17/43.

⁴¹ Artículo 2 de la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2009 sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011) (2010/37/CE), DOUE de 22.1.2010, L 17/43.

⁴² UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación sobre políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas en la UE, Bruselas, 20.9.2011, COM(2011) 568 final.

para cubrir las actividades desarrolladas por el voluntariado, realiza una apreciación sobre la dimensión social del voluntariado, y plantea una serie de directrices y recomendaciones a modo de conclusión para indicar el camino que debe seguir para fomentar el voluntariado.

Además, el Parlamento Europeo también ha realizado sus apreciaciones sobre la actividad del voluntariado, llegándose a aprobar varias resoluciones al respecto. Vamos a destacar por un lado, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de junio de 2012, sobre el “Reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE”⁴³, y por otro lado, se aprobó la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de diciembre de 2013, sobre “El voluntariado y las actividades de voluntariado”⁴⁴.

Continuando con la evolución histórica normativa ha sido muy relevante la aprobación del Reglamento (UE) nº 375/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria (“iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE”) ⁴⁵, en cuyo contenido determina que *“el objetivo de la iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE será contribuir a reforzar la capacidad de la Unión para prestar ayuda humanitaria basada en las necesidades con el fin de preservar la vida, prevenir y aliviar el sufrimiento humano y salvaguardar la dignidad humana, así como reforzar la capacidad y la resistencia de las comunidades vulnerables o afectadas por catástrofes en terceros países, concretamente mediante la preparación para casos de catástrofe, la reducción de los riesgos de catástrofe y el refuerzo del vínculo entre la ayuda de emergencia, la rehabilitación y el desarrollo. Dicho objetivo se logrará a través del valor añadido de las contribuciones conjuntas de los voluntarios de ayuda de la UE, expresando los valores de la Unión y la solidaridad con los necesitados y fomentando de forma visible un sentimiento de ciudadanía europea”*⁴⁶.

En relación con la anterior norma se aprobó el Reglamento de Ejecución (UE) nº 1244/2014, de la Comisión, de 20 de noviembre de 2014, por el que se establecen las normas de aplicación del Reglamento (UE) nº 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria⁴⁷, en virtud del cual se establece las normas de aplicación del Reglamento (UE) nº 375/2014 en lo que se refiere a determinadas materias.

Finalmente vamos a referirnos a la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair⁴⁸, cuyo contenido se aplica *“a los nacionales de países terceros que soliciten ser admitidos o que hayan sido admitidos en el territorio de un Estado miembro con fines de investigación, estudios, prácticas o voluntariado en el Servicio Voluntario Europeo. Los Estados miembros podrán decidir asimismo si aplican las disposiciones de la presente Directiva a los nacionales de países terceros que soliciten la admisión con el fin*

⁴³ UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de junio de 2012, sobre el reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE (2011/2293(INI), (2013/C 332 E/02), DOUE de 15.11.2013, C 332 E.

⁴⁴ UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013, sobre el voluntariado y las actividades de voluntariado en Europa (2013/2064(INI), (2016/C 468/11), DOUE de 15.12.2016, C 468.

⁴⁵ UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) nº 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE»), DOUE de 24.4.2014, L 122.

⁴⁶ Artículo 4 del Reglamento (UE) nº 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE»), DOUE de 24.4.2014, L 122.

⁴⁷ UNIÓN EUROPEA, Reglamento de Ejecución (UE) nº 1244/2014, de la Comisión, de 20 de noviembre de 2014, por el que se establecen las normas de aplicación del Reglamento (UE) nº 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE»), DOUE de 21.11.2014, L 334.

⁴⁸ UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, DOUE de 21.5.2016, L 132.

*de participar en un programa de intercambio de alumnos, en un proyecto educativo, en un voluntariado distinto del Servicio Voluntario Europeo o para alguna colocación au pair*⁴⁹.

3.2. España

En la Constitución Española de 1978 no se reconoce expresamente el derecho a ser voluntario, si bien, podría entenderse reconocido de forma implícita en algunos de sus preceptos. El artículo 9.2 CE recoge el derecho de todos los ciudadanos a participar en la vida económica, política, cultural y social. Asimismo, en otros artículos de la Constitución se refleja el compromiso que han de tener los poderes públicos para garantizar la protección social⁵⁰, siendo estos sectores en los que tiene un papel muy activo el voluntariado⁵¹.

Continuando con el análisis histórico normativo sobre la institución del voluntariado en España, en este campo se aprobaron diferentes normas. Hemos de destacar, por un lado, la Orden de 11 de octubre de 1994 del Ministerio de Educación y Ciencia que regulaba la actividad del voluntariado en centros públicos no universitarios que impartan enseñanzas de régimen general⁵², y por otro lado, la Orden de 9 de octubre de 1995 del Ministerio de Cultura por la que se regula el voluntariado cultural⁵³.

El año 1996 fue clave en la historia social más reciente de España, puesto que esta fecha fue el año del reconocimiento público del voluntariado, permitiendo regular un fenómeno tan complejo como el voluntariado, se brindó más relevancia a la acción voluntaria y a los ciudadanos, y además se elevó a rango de ley la carta de derechos y deberes de los cooperadores sociales que desarrollaba actividades en la defensa de los más necesitados, y de forma independiente a cualquier relación laboral, funcionarial, mercantil o cualquier otra retribuida⁵⁴. Este proceso desembocó en la aprobación de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, norma que constituyó un hito histórico normativo porque reguló por primera vez en el ámbito estatal la institución del voluntariado de una forma pormenorizada.

Después de haberse aprobado la Ley del Voluntariado, se desarrollaron en España tres planes Estatales de Voluntariado, durante los 1997-2000, 2001-2004 y 2005-2009. Tras estos proyectos se decidió acordar la implementación de la Estrategia Estatal del Voluntariado 2010-2014, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 2010. Esta Estrategia tuvo por objeto, por un lado, mantener el desarrollo realizado por los anteriores planes y buscar respuestas a los nuevos retos y tendencias de futuro en el ámbito del voluntariado, y por otro lado, se pretendía mejorar el compromiso de otros Ministerios, que ostentaban competencias en ámbitos en los que existía una participación de voluntarios⁵⁵.

⁴⁹ Artículo 2 de la Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, DOUE de 21.5.2016, L 132.

⁵⁰ Pedrosa Alquézar se refiere a los siguientes artículos: artículo 49 CE (prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos); artículo 50 CE (bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio); artículo 43.2 CE (protección de la salud); artículo 39 CE (protección a la familia y a la infancia); y el artículo 45 CE (protección al medio ambiente).

⁵¹ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I., "La importancia creciente del voluntariado", *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 13, (oct. 2001), p. 67.

⁵² ESPAÑA, Orden de 11 de octubre de 1994 del Ministerio de Educación y Ciencia que regulaba la actividad del voluntariado en centros públicos no universitarios que impartan enseñanzas de régimen general, BOE nº 255 de 25.10.1994.

⁵³ ESPAÑA, Orden de 9 de octubre de 1995 por la que se regula el voluntariado cultural, BOE nº 255 de 25.10.1995.

⁵⁴ GINER DE GRADO, C. "La gratuidad, aportación del voluntario", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996, p. 144.

⁵⁵ ESPAÑA, Estrategia Estatal del Voluntariado 2010-2014. Aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 23 de diciembre de 2010, Ed. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2014, p. 13.

Para promocionar el voluntariado se ha tenido que coordinar el trabajo desempeñado por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que la Estrategia Estatal del Voluntariado 2010-2014 fue una estrategia compartida entre la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas, construyendo una consolidada experiencia de trabajo común y de consenso tanto entre los diferentes niveles territoriales de las Administraciones Públicas, como entre ésta y las entidades no lucrativas (ENL)⁵⁶.

Asimismo, es importante destacar la importante función desempeñada por el Congreso Estatal del Voluntariado, patrocinado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el cual se ha ido celebrando con un carácter anual desde el año 1997⁵⁷, siendo considerado el foro nacional de referencia que consigue reunir a todos los actores importantes relacionados con el voluntariado y la solidaridad, entre los que se encuentran las ONG, Administraciones Públicas, Universidad, empresariado y los medios de comunicación. En este evento se intercambian información y opiniones, y se reflexiona y debate sobre los problemas que afectan y preocupan al sector del voluntariado y a las entidades sociales españolas⁵⁸.

A pesar de la importancia que tuvo la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, las circunstancias cambiaron, y surgió la necesidad de abordar un cambio legislativo, puesto que *“esta ley se ha visto desbordada por la realidad de la acción voluntaria y se hace necesario un nuevo marco jurídico que responda adecuadamente a la configuración y a las dimensiones del voluntariado en los comienzos del siglo XXI”*⁵⁹. Por tanto, se dio paso en 2015 a la principal norma de referencia a nivel estatal que actualmente regula la institución del voluntariado. Nos referimos a la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado⁶⁰, la cual se estructura en un Título Preliminar, seis títulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria, y siete disposiciones finales. A su vez, esta norma es breve, y está compuesta únicamente por veinticuatro artículos.

El Título Preliminar está dedicado al objeto y ámbito de aplicación de la ley, estableciendo en el artículo primero su objeto: *“promover y facilitar la participación solidaria de la ciudadanía en actuaciones de voluntariado realizadas a través de entidades de voluntariado, dentro y fuera del territorio del Estado y de acuerdo con los valores y principios del voluntariado; fijar los requisitos que deben reunir los voluntarios y el régimen jurídico de sus relaciones con las entidades de voluntariado y con las personas destinatarias de las actuaciones de voluntariado; describir la cooperación que, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden llevar a cabo las Administraciones Públicas, dentro del marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía en materia de voluntariado; Determinar las funciones de la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias en materia de voluntariado”*⁶¹.

En relación al ámbito de aplicación, en el punto primero del artículo segundo de la norma se establece lo siguiente: *“Esta Ley será de aplicación a los voluntarios,*

⁵⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁷ Según los datos proporcionados por las fuentes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad los Congresos que por el momento se han celebrado son las siguientes 19 ediciones: Primer Congreso en Madrid en 1997; Segundo Congreso en Sitges (Cataluña) en 1998; Tercer Congreso en Santiago de Compostela (Galicia) en 1999; Cuarto Congreso en Valencia (Comunidad Valenciana) en 2000; Quinto Congreso en Salamanca (Castilla y León) en 2001; Sexto Congreso en Zaragoza (Aragón) en 2002; Séptimo Congreso en Las Palmas (Canarias) en 2004; Octavo Congreso en Granada (Andalucía) en 2005; Noveno Congreso en Toledo (Castilla-La Mancha) en 2006; Décimo Congreso en Gijón (Asturias) en 2007; Undécimo Congreso en Mérida (Extremadura) en 2008; Duodécimo Congreso en Murcia (Murcia) en 2009; Décimo Tercero Congreso en Logroño (La Rioja) en 2010; Décimo Cuarto Congreso en A Coruña (Galicia) en 2011; Décimo Quinto Congreso en Barakaldo (País Vasco) en 2012; Décimo Sexto Congreso en Pamplona (Navarra) en 2013; Décimo Séptimo Congreso en Palma de Mallorca (Baleares) en 2014; Décimo Octavo Congreso en Huesca (Aragón) en 2016; Décimo Noveno Congreso en Sevilla (Andalucía) en 2017.

⁵⁸ <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/ongVoluntariado/voluntariadoCongreso.htm> (23.04.2018).

⁵⁹ Preámbulo de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶⁰ Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶¹ Artículo 1 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

*destinatarios y entidades de voluntariado que participen, se beneficien o lleven a cabo programas de voluntariado de ámbito estatal o supraautonómico, ya se desarrollen dentro o fuera de España. También será de aplicación respecto de aquellos programas en los que el Estado tenga reconocida constitucionalmente su competencia, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas en materia de voluntariado por sus Estatutos de Autonomía así como también en su legislación específica*⁶².

El Título primero regula el voluntariado, y en concreto el concepto de voluntariado, los límites a la acción voluntaria, los valores, principios y dimensiones de la acción voluntaria, los ámbitos de actuación del voluntariado y finalmente los programas de voluntariado. Según esta ley, actualmente se define el voluntariado como *“el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos: a) Que tengan carácter solidario; b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente; c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a los voluntarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2.d); d) Que se desarrollen a través de entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos y dentro o fuera del territorio español sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22*⁶³.

Asimismo, se ha de reseñar que únicamente en esta ley se consideran actividades de interés general *“aquellas que contribuyan en cada uno de los ámbitos de actuación del voluntariado a que hace referencia el artículo 6 a mejorar la calidad de vida de las personas y de la sociedad en general y a proteger y conservar el entorno*⁶⁴. Por otro lado, además se hace referencia a la definición de las actividades de voluntariado, a las que identifica como *“aquellas que se traduzcan en la realización de acciones concretas y específicas, sin integrarse en programas globales o a largo plazo, siempre que se realicen a través de una entidad de voluntariado. Asimismo también tendrán tal consideración, las que se realicen a través de las tecnologías de la información y comunicación y que no requieran la presencia física de los voluntarios en las entidades de voluntariado*⁶⁵.

Los valores, principios y dimensiones de la acción voluntaria son regulados en el artículo cinco de la ley, en cuyo precepto se realiza un amplio desarrollo. Entre los valores⁶⁶ de la acción voluntaria se destacan los que fomenten la convivencia en una sociedad democrática, participativa, justa y plural, los que promueven la defensa del bien común y los derechos fundamentales, los que respeten la equidad y la justicia, y los que permitan extender los lazos solidarios y participativos de los ciudadanos.

Por lo que se refiere a los principios⁶⁷ que fundamentan la acción voluntaria se destacan la libertad, la participación, la solidaridad, la complementariedad, la autonomía

⁶² Artículo 2.1 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶³ Artículo 3.1 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶⁴ Artículo 3.2 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶⁵ Artículo 3.4 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015.

⁶⁶ Artículo 5.1 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015: *“La acción voluntaria se basará y se desarrollará con arreglo a los siguientes valores: a) Los que inspiran la convivencia en una sociedad democrática, participativa, justa, plural y comprometida con la igualdad, la libertad y la solidaridad; b) Los que promueven la defensa del bien común y de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española, interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Social Europea; c) Los que contribuyen a la equidad, la justicia y la cohesión social; d) Los que fundamenten el despliegue solidario y participativo de las capacidades humanas”*.

⁶⁷ Artículo 5.2 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015: *“2. Se consideran principios que fundamentan la acción voluntaria: a) La libertad como opción personal del compromiso tanto de los voluntarios como de las personas destinatarias de la acción voluntaria; b) La participación como principio democrático de intervención directa y activa en el espacio público y en las responsabilidades comunes y como generadora de ciudadanía activa y dimensión comunitaria; c) La solidaridad con conciencia global que exige congruencia entre las actitudes y compromisos cotidianos y la eliminación de injusticias y desigualdades; d) La complementariedad respecto a las actuaciones de las Administraciones públicas, entidades sin ánimo de lucro o profesionales que intervienen en cada uno de los ámbitos del voluntariado; e) La*

e independencia, la gratuidad, la eficiencia, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad. Por otro lado, se hace referencia a las dimensiones⁶⁸ propias del voluntariado entre las que se encuentran el compromiso, la gratuidad y la entrega desinteresada, la acción complementaria, la conciencia crítica, la transformación, la dimensión pedagógica y de sensibilización social, y la investigación y la reflexión.

En virtud del artículo sexto de la Ley 45/2015, el voluntariado se puede desarrollar en diferentes sectores, tal y como se muestra en la norma que estamos analizando. El legislador ha identificado los siguientes ámbitos de actuación del voluntariado: voluntariado social; voluntariado internacional de cooperación para el desarrollo; voluntariado ambiental; voluntariado cultural; voluntariado deportivo; voluntariado educativo; voluntariado socio-sanitario; voluntariado de ocio y tiempo libre; voluntariado comunitario; y voluntariado de protección civil.

En el Título II ("De los voluntarios") se recogen las personas que tendrán la condición de voluntarios, la compatibilidad de la acción voluntaria, los derechos y deberes de los voluntarios, y las relaciones entre los voluntarios y la entidad de voluntariado. En el Título III ("De las entidades de voluntariado") se analizan las entidades de voluntariado y su régimen jurídico. En el título IV ("De las personas destinatarias de la acción voluntaria") se regula de forma más concreta las personas destinatarias de la acción voluntaria y sus derechos y deberes. El Título V ("De las Administraciones Públicas") analiza en un primer artículo las Administraciones Públicas, y posteriormente continúa describiendo las funciones de la Administración General del Estado, y la colaboración de las entidades locales. En el Título VI ("Del fomento y reconocimiento de la acción voluntaria") se hace referencia a las medidas de fomento del voluntariado, a la promoción del voluntariado desde las empresas, la promoción del voluntariado desde las universidades, las medidas de reconocimiento y valoración social del voluntariado y la acreditación y el reconocimiento de las actuaciones de voluntariado.

Además, ha tenido lugar un extenso desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas, quienes en virtud de su autogobierno y competencias legislativas han decidido, en su gran mayoría, legislar sobre el voluntariado. A continuación vamos a reseñar la principal normativa autonómica sobre el voluntariado: Ley 9/1992, de 7 de octubre, del Voluntariado Social de la Comunidad Autónoma de Aragón; Ley 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado en Castilla-La Mancha; Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura; Ley Foral 2/1998, de 27 de marzo, del Voluntariado en la Comunidad de Navarra; Ley 7/1998, de 6 de mayo, del Voluntariado en La Rioja; Ley 4/1998, de 15 de mayo, del Voluntariado en Canarias; Ley 3/1998, de 18 de mayo, del Voluntariado en las Islas Baleares; Ley 17/1998, de 25 de junio, del Voluntariado en el País Vasco; Ley 4/2001, de 19 de junio, del Voluntariado en la Comunidad Valenciana; Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley del Principado de Asturias 10/2001, de 12 de noviembre,

autonomía e independencia en la gestión y la toma de decisiones; f) La gratuidad del servicio que presta, no buscando beneficio económico o material; g) La eficiencia que busca la optimización de los recursos pensando tanto en las personas destinatarias de la acción voluntaria, como en la acción voluntaria en su conjunto, en aras de la función social que ha de cumplir; h) La igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en todos los ámbitos de actuación del voluntariado; i) La no discriminación de los voluntarios por razón de nacionalidad, origen racial o étnico, religión, convicciones ideológicas o sindicales, enfermedad, discapacidad, edad, sexo, identidad sexual, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; j) La accesibilidad de las personas con discapacidad, de las personas mayores y de las que están en situación de dependencia".

⁶⁸ Artículo 5.3 de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, BOE nº 235, de 15.10.2015: "3. Sin perjuicio de las particularidades de cada ámbito de actuación, se consideran dimensiones propias del voluntariado, entre otras, las siguientes: a) El compromiso, la gratuidad y la entrega desinteresada de tiempo, capacidades y conocimientos de los voluntarios; b) La acción complementaria en los diferentes campos de actuación del voluntariado; c) La conciencia crítica que contribuye a mejorar la relación de la persona con la sociedad; d) La transformación tanto en la vertiente social, con el fin de encontrar nuevas bases para las relaciones sociales; como en la individual, con objeto de mejorar actitudes personales; e) La dimensión pedagógica y de sensibilización social que recuerda, educa y conciencia en los valores que inspiran la acción voluntaria; f) La investigación y reflexión sobre las acciones, métodos, planteamientos de trabajo y prácticas del voluntariado".

del Voluntariado; Ley 5/2004, de 22 de octubre, del Voluntariado en la Región de Murcia; Ley 8/2006, de 10 de octubre, del Voluntariado en Castilla y León; Ley 10/2011, de 28 de noviembre, de Acción Voluntaria de Galicia; Ley 1/2015, de 24 de febrero, del Voluntariado en la Comunidad de Madrid; y Ley 25/2015, de 30 de julio, del voluntariado y de fomento del asociacionismo de Cataluña.

4. RETOS DEL VOLUNTARIADO

En relación a los retos del voluntariado, según las aportaciones realizadas por la Comisión Europea⁶⁹, y en base a un estudio realizado por la Universidad John Hopkins sobre ocho países industrializados, se han detectado los siguientes elementos a mejorar, principalmente a nivel transfronterizo, en el ámbito del voluntariado:

No existen unos marcos legales adecuados y claros, de modo que en muchos Estados miembros no existen leyes claras y eficaces que regulen la institución y actividad del voluntariado.

Faltan adecuadas estrategias nacionales para fomentar las actividades voluntarias, por lo que se deben contemplar nuevas estrategias que incluyan aspectos como la formación, vacaciones, seguridad social, derecho al subsidio por desempleo, ayudas para actividades de voluntariado transfronterizo o el pago del alojamiento y reembolso de los gastos adelantados por los propios voluntarios.

Existen limitaciones financieras para desarrollar con la eficacia suficiente las actividades desempeñadas por el voluntariado, puesto que con carácter general, las organizaciones de voluntarios carecen de una financiación sostenible y además existe una elevada competencia por conseguir financiación para sus proyectos.

Se observa un desajuste entre la demanda y el suministro, de modo que la tendencia a profesionalizar el sector del voluntariado ha provocado un desajuste entre las necesidades de las organizaciones de voluntarios y las aspiraciones de los nuevos voluntarios. Por un lado, los voluntarios tienen disponibilidad para realizar proyectos cortos, mientras que por otro lado, las organizaciones necesitan a más personas que puedan comprometerse a largo plazo.

En muchas ocasiones existe una falta de reconocimiento, de modo que las habilidades adquiridas como consecuencia de las actividades de voluntariado en ocasiones no tienen el suficiente crédito o reconocimiento.

Asimismo, pueden existir barreras fiscales puesto que en ocasiones los Estados miembros aplican diferentes regímenes fiscales a los ingresos o prestaciones de los voluntarios y al reembolso de los gastos provocados durante la actividad, por lo que los voluntarios pueden encontrarse con obstáculos fiscales en los supuestos en que trabajen en diferentes Estados miembros.

REFERENCIAS

- ALEMÁN BRACHO, C. (Coordinadora), ALONSO SECO, J. M. Y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P. *Fundamentos de servicios sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ANGUITA OSUNA, J. E. *Introducción a la historia de la acción e intervención social*, Ed. Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones, 2017.
- BERNARDO CORRAL, F. "Atado, mudo y bastante arrugado. ¿Existen nuevas formas y conceptos de voluntariado?", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- COMUNIDAD DE MADRID *El Tercer Sector: El Voluntariado en la Comunidad de Madrid*, Ed. Consejería de Hacienda, Madrid, 1999.
- CORRAL BUSTO, J. "Historia del voluntariado social en Europa y España", en OSORIO GARCÍA DE OTEYZA, M. (Coordinador) *Voluntariado Social*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, p. 70.

⁶⁹ UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación sobre políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas en la UE, Bruselas, 20.9.2011, COM(2011) 568 final, p. 3.

- DE DIOS IZQUIERDO, J., TORRES, R. y MARTÍNEZ, L. *Estado de Bienestar y Trabajo Social*, Ediciones Académicas, Madrid, 2011.
- DOMINGO MORATALLA, A. "¿Voluntarios? No, gracias. Clarificación ética de la acción voluntaria", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 14, julio-septiembre 1996.
- FUNES RIVAS, M. J. "¿Qué conduce a la solidaridad colectiva?", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- GARCÍA INDA, A. "Aspectos legales del voluntariado: El modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- GINER DE GRADO, C. "La gratuidad, aportación del voluntario", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- GUTIÉRREZ RESA, A. "Iniciativa social y servicios sociales", dentro de ALEMÁN BRACHO, C., GARCÉS FERRER, J. (Directores) *Administración social: servicios de bienestar social*, Ed. Siglo XXI editores S.A., Madrid, 1996.
- GUTIÉRREZ RESA, A. *Acción Social No Gubernamental. Análisis y reflexiones sobre las organizaciones voluntarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, F. *Historia de la enfermería en España (Desde la antigüedad hasta nuestros días)*, Ed. Síntesis, Madrid, 1996.
- MADRID, A., *La Institución del Voluntariado*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- MONTAÑÉS, M., VILLASANTE, T. y ALBERICH, T. "¿Asociaciones de voluntarios? Lo que se dice y lo que se quiere decir cuando hablamos de voluntariado", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- MORA ROSADO, S. "El fenómeno del voluntariado en España: aproximación a la evolución del término (De la opacidad a la mitificación)", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S. I. "La importancia creciente del voluntariado", *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 13, (oct. 2001).
- PERDOMO CEJUDO, J. G. "Asistencia social y beneficencia: situación actual y perspectivas", *De la beneficencia al bienestar social. Cuatro siglos de acción social*, Seminario de Historia de la Acción Social. Colección Trabajo Social, Serie Documentos 8, Madrid, 1985.
- PÉREZ CANO, V. y BABIANO FERNÁNDEZ, N. "Taller sobre Voluntariado", dentro de DELGADO MORALES, J. F. y MARTÍNEZ MAROTO, A., *Hacia los servicios sociales del año 2000. Escuela de Verano de Servicios Sociales. Almuñecar, 1995-1996*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.
- SANZ CINTORA, A. "Acción Social y Trabajo Social en España. Una revisión histórica", *Acciones e Investigaciones sociales*, nº 13 (octubre 2001).
- SASTRE JIMÉNEZ, A. "Concepto y valores del voluntariado", en OSORIO GARCÍA DE OTEYZA, M. (Coordinador) *Voluntariado Social*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003.
- TORRES DÍAZ, J. *Historia del Trabajo Social*, 2ª edición, Humanitas, Bogotá, 1985.
- ZUBERO BEASKOETXEA, I. "El papel del voluntariado en la sociedad actual", *Documentación Social. Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, nº 104, julio-septiembre 1996.

Referencias legislativas

- ESPAÑA, Orden de 11 de octubre de 1994 del Ministerio de Educación y Ciencia que regulaba la actividad del voluntariado en centros públicos no universitarios que impartan enseñanzas de régimen general, *BOE* nº 255 de 25.10.1994.
- ESPAÑA, Orden de 9 de octubre de 1995 por la que se regula el voluntariado cultural, *BOE* nº 255 de 25.10.1995.

- ESPAÑA, Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, *BOE* n° 15, pp. 1240-1241.
- ESPAÑA, Estrategia Estatal del Voluntariado 2010-2014. Aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 23 de diciembre de 2010, Ed. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2014.
- ESPAÑA, Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, *BOE* n° 235, de 15 de octubre de 2015.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, *DOUE* de 23.12.2004, L 375
- UNIÓN EUROPEA, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» (2006/C 325/13), *DOUE* de 30.12.2006, C 325/46.
- UNIÓN EUROPEA, Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2009 sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011) (2010/37/CE), *DOUE* de 22.1.2010, L 17/43
- UNIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Comunicación sobre políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas en la UE, Bruselas, 20.9.2011, COM(2011) 568 final.
- UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) n° 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE»), *DOUE* de 24.4.2014, L 122.
- UNIÓN EUROPEA, Reglamento de Ejecución (UE) n° 1244/2014, de la Comisión, de 20 de noviembre de 2014, por el que se establecen las normas de aplicación del Reglamento (UE) no 375/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria («iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE»), *DOUE* de 21.11.2014, L 334.
- UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de junio de 2012, sobre el reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE (2011/2293(INI), (2013/C 332 E/02), *DOUE* de 15.11.2013, C 332 E.
- UNIÓN EUROPEA, Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013, sobre el voluntariado y las actividades de voluntariado en Europa (2013/2064(INI), (2016/C 468/11), *DOUE* de 15.12.2016, C 468.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair, *DOUE* de 21.5.2016, L 132.

Referencias de Internet

<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/ongVoluntariado/voluntariadoCongreso.htm> (23.04.2018).

A proteção jurídico-penal contra o trabalho escravo no Brasil: estudo a partir do caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde na Corte Interamericana de Direitos Humanos

The criminal protection against slavery in Brazil: a study based on the case Fazenda Brasil Verde in the Inter-American Court of Human Rights

Beatriz Côrrea Camargo¹

Catharina Lopes Scodro²

Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A proteção jurídica do trabalho no Brasil; 3. O crime de redução a condição análoga à de escravo; 4. Mecanismos para garantia do trabalho digno e atuação no combate ao trabalho escravo no Brasil; 4.1 Ações federais e organizações da sociedade civil; 4.2 Ministério do trabalho e emprego; 4.3 Ministério público federal; 4.4 Ministério público do trabalho; 4.5 Poder judiciário; 5. O caso dos trabalhadores da “Fazenda Brasil Verde”; 5.1 Histórico; 5.2 A condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6. Análise Crítica; 7. Conclusão; 8. Referências.

Resumo: No Brasil, o trabalho em condições análogas à de escravo constitui parte do cenário de exploração da força de trabalho, da condição de miserabilidade dos trabalhadores e da relação de domínio extremo estabelecida nos grandes latifúndios, sobretudo do norte do país. Neste sentido, é imperioso que, diante da visibilidade internacional sobre o tema, o Estado se empenhe internamente a partir do fortalecimento sistema de integrado de proteção dos trabalhadores. Diante disso, este artigo se propõe a analisar criticamente o sistema de proteção penal ao trabalho com fulcro em elementos de reflexão elencados a partir do estudo do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, no qual o Estado brasileiro foi condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016. Para tanto, este estudo desenvolveu-se a partir do exame dos sistemas de garantia ao trabalho digno e proteção ao trabalhador no Brasil, dos avanços recentes na legislação criminal referente ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas e da atuação dos organismos institucionais direcionados ao combate da prática, proporcionando uma análise panorâmica desta realidade brasileira na atualidade.

Palavras-chave: Direito Penal do trabalho; Trabalho forçado; Redução a condição análoga à de escravo; Tráfico de pessoas; Caso Fazenda Brasil Verde; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: In Brazil, work under slavery-like conditions is often part of the exploitation of labor force and can be explained by the miserable conditions of workers and the domain relationship established in rural properties, especially in the north of the country. In this sense, the State commitment is essential to strengthen integrated system of worker protection inside its boundaries. This article seeks to analyze the criminal system of

¹ Professora de Direito Penal da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-doutora e LL.M. pela Universidade de Bonn. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Contato: beatrizcamargo@ufu.br.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora pelo Programa Institucional de Iniciação Científica FAPEMIG/UFU. Contato: catharina.scodro@gmail.com.

labor protection by occasion of the “Fazenda Brasil Verde” case, for which Brazil was condemned by Inter-American Court of Human Rights in 2016. For this aim, the present study presents the guarantee systems of the right to decent work and workers’ rights in Brazil. In addition, we will discuss recent developments of criminal law regarding slavery and human traffic in our country, as well as institutional actions of different organizations and government agencies aimed at combating slave labor. As conclusion we will offer an overview of Brazilian present situation.

Key-words: Criminal Labor Law; Forced Labour; Reduction to slavery-like conditions; Human trafficking; Fazenda Brasil Verde Case; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Commission on Human Rights; Inter-American Convention of Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, o Brasil apresentou importantes avanços para o enfrentamento do trabalho escravo no país. Impulsionados pela visibilidade internacional dada ao descaso com que a questão vinha sendo tratada internamente, os últimos governos empenharam esforços no aperfeiçoamento da legislação criminal e em medidas de ação interinstitucional, assistidos por seguimentos da sociedade civil e pressionados pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O objetivo deste artigo é avaliar os avanços alcançados por essa estratégia no que diz respeito especificamente ao sistema de proteção criminal contra a escravização de trabalhadores em nosso país. Neste intuito, optou-se pelo estudo do Caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, que ensejou a condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2016, para desenvolver uma análise panorâmica da realidade brasileira mais recente.

Para tanto, serão primeiramente apresentados os sistemas de garantia ao trabalho digno e proteção ao trabalhador no Brasil (item 2), passando-se para a análise das mudanças na legislação criminal referente ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas nos últimos anos, enfatizando-se a apresentação do seu estado presente (item 3). Em seguida, será recorrido acerca os diversos mecanismos institucionais disponíveis para o enfrentamento do trabalho realizado em condições de escravidão no Brasil (item 4). Por fim, encerraremos com uma análise crítica a respeito do desenvolvimento do sistema de proteção penal até os dias de hoje (item 6), tomando por base os elementos de reflexão trazidos pelo caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (item 5).

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro, a institucionalização da proteção ao trabalho está presente em diversos instrumentos normativos. No âmbito interno, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), a Consolidação das Leis do Trabalho (1943) e o Código Penal (1940) desempenham importante função na garantia do exercício do trabalho digno. Em âmbito normativo internacional, a ratificação de declarações, tratados e convenções internacionais possibilitaram a adoção de um padrão mínimo de proteção.

Na Constituição Federal, os valores do trabalho constituem o fundamento da instituição da República, no artigo 1º, e o seu livre exercício, um direito fundamental, no artigo 5º. O direito ao trabalho – urbano e rural – foi estabelecido como um direito social nos artigos 6º e 7º, o que, segundo Batista³, imprime a ideia da existência de um núcleo essencial, isto é, de um patamar intransponível de direitos para cada ser humano, unicamente por sua humanidade e independente de quaisquer condições econômicas ou jurídicas, para garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana. Além disso, a Constituição estabelece o trabalho como meio fundante e basilar da ordem econômica e social, na busca pela existência digna, bem-estar e justiça social, nos termos dos artigos 170 e 193.

³ BATISTA, Flavio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, Dobra Editorial, 2013, p. 203.

O Direito do Trabalho apresenta como principal função a busca por melhorias das condições de negociação da força de trabalho, no contexto econômico-social⁴. Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho normatiza essas condições nas relações de trabalho, sobretudo do meio urbano, dispondo sobre a duração do trabalho, o salário mínimo, a segurança e medicina do trabalho, entre outros. A regulação do trabalho exercido em propriedade rural dá-se pela Lei do Trabalho Rural (Lei n. 5.889/1973)⁵, que prevê normas sobre a duração da jornada, o trabalho noturno, a composição do salário etc.

O Direito Penal brasileiro encerra a proteção jurídica interna ao trabalho, já que constitui a *ultima ratio* do ordenamento jurídico. Assim, para Trueba Urbina⁶, diante da ineficácia do Direito do Trabalho na manutenção da ordem jurídica das relações de trabalho, o Direito Penal surge como ferramenta auxiliar, a partir de sua sistemática rígida e repressiva. No Código Penal, encontram-se normas voltadas para assegurar a organização do trabalho e a proibição à redução a condição análoga à de escravo.

No âmbito internacional, a proteção ao trabalho fundamenta-se na acepção de direito humano, garantido pela coexistência e complementariedade de sistemas de proteção no contexto global, “global especial” e regional⁷.

No sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU), o rol de direitos humanos presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) confere proteção ao trabalho no artigo 23, que institui, dentre outros, o direito à livre escolha do trabalho e à remuneração equitativa e satisfatória. Em 1966⁸, com a aprovação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, os direitos contidos na Declaração Universal foram “juridicalizados”⁹ tornando-se normas de natureza cogente para os Estados signatários.

O sistema “global especial” instituído pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), garante a proteção específica dos direitos trabalhistas por declarações, recomendações e convenções aos Estados-membros. Nas convenções, há regulamentação dos direitos humanos dos trabalhadores, como, por exemplo, nas Convenções n. 29 sobre “Trabalho Forçado ou Obrigatório” (1930) e n. 105 sobre “Abolição do Trabalho Forçado” (1957), ratificadas pelo Brasil respectivamente em 1957 e em 1965.

Por fim, os sistemas regionais de proteção de direitos humanos buscam garantir os direitos humanos nos contextos regionais da Europa, América e África, conjuntamente com as garantias dos regimes jurídicos internos. O sistema interamericano foi instituído formalmente com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹⁰, que previa a proteção ao trabalho nos artigos 14º, 22 e 37, ao estabelecer condições dignas, liberdade para seguir a vocação profissional, percepção da remuneração adequada pelo trabalhador, liberdade para associação sindical e o dever de trabalhar para garantir a subsistência e/ou em benefício da coletividade.

O surgimento efetivo do sistema interamericano ocorreu com a aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1969¹¹, que estabeleceu dois órgãos responsáveis para atuar diante dos compromissos contraídos com a ratificação

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, 2008, p. 121.

⁵ De acordo com o art. 1º da Lei n. 5.889/1973, “as relações de trabalho rural serão reguladas por esta Lei e, no que com ela não colidirem, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho”.

⁶ CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho Penal del Trabajo: lineamientos básicos para su comprensión*. Disponível em: <http://www.cmfbas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018. p. 161.

⁷ MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização: perspectivas para a América Latina*, Arraes Editores, 2017, p. 57.

⁸ Apesar de terem sido aprovados em 1966, estes Pactos apenas entraram em vigor em 1976.

⁹ MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização: perspectivas para a América Latina*, Arraes Editores, 2017, p. 64.

¹⁰ A Declaração Americana foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, na Colômbia, em abril de 1948.

¹¹ A Convenção Americana entrou em vigor no plano internacional em 1978 e foi ratificada pelo Brasil em 1992, com o Decreto n. 678.

pelos Estados-membros, quais sejam a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A Convenção assegura, dentre outros, o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e a proibição à escravidão e à servidão, ao tráfico de escravos e mulheres e ao constrangimento à execução de trabalho forçado ou obrigatório.

3. O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

O trabalho realizado em condições análogas à de escravo reflete a exploração do trabalhador, a partir da relação de domínio e sujeição estabelecida e fomentada pela miséria. De acordo com Chahad e Cacciamali¹²,

“A aceitação do trabalho forçado ou degradante, porém, chega a ser, na maioria das vezes, voluntária, para se escapar da fome ou da extrema pobreza, fruto da desinformação e das relações de poder que se originam em meios sociais atrasados onde não há ou é incipiente o mercado de trabalho. Estruturas sociais que são favorecidas e se mantêm pela falta de punição para quem explora tais formas de trabalho”.

No Brasil, a presença destas formas de trabalho propaga-se, sobretudo, no campo, onde a cultura agrário-exportadora atua como terreno fértil para o crescimento da concentração fundiária e redução do trabalhador a condições desumanas e análogas a de escravo. A elite latifundiária se serve desta prática, em virtude, sobretudo, do lucro excessivo proveniente da “menina dos olhos com o codinome de ‘agronegócio’”, nas palavras de Plassat¹³.

A vedação aos trabalhos forçados no Brasil está presente no artigo 149 do Código Penal brasileiro desde o ano de 1940, que pune a “redução à condição análoga a de escravo”. Entretanto, apenas após movimentações sociais significativas é que o dispositivo penal pôde adquirir sua redação atual, no intuito de proteger de maneira mais adequada a superexploração do trabalho nos moldes contemporâneos.

Em meados de 1970, a problemática do trabalho escravo recebeu atenção pública no Brasil quando, pela primeira vez, o cenário de escravidão contemporânea foi denunciado no norte do estado do Mato Grosso na “Carta Pastoral – Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social”, do Bispo Dom Pedro Casaldáliga, da Prelazia de São Félix do Araguaia. Na carta, o bispo descreveu a realidade presenciada nas grandes propriedades e a forma de gerência destas, com a caracterização dos gerentes e pessoal administrativo das fazendas como “exploradores da terra, do homem e da política” que consideravam o sertanejo “um sub homem, sem direitos”¹⁴. Com esta denúncia, a exploração dos trabalhadores gerou grande repercussão à época, ainda que tenha gerado críticas – inclusive da própria Igreja Católica – e de ameaças ao bispo.

Todavia, o assunto apenas ganhou destaque político e jurídico a partir da década de 1990, com o caso José Pereira, denunciado pelas organizações não governamentais Americas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (Cejiil) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 1994. Neste caso, o trabalhador José Pereira foi submetido a trabalhos forçados em uma fazenda no Pará, sofreu maus-tratos, e, não obstante suas denúncias, não recebeu qualquer atenção por parte das autoridades competentes no caso. Perante a Comissão, no decorrer do processo, o Estado brasileiro assumiu a existência de trabalho escravo em seu território, em 1995, e reconheceu a sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos

¹² CHAHAD, J.P.; CACCIAMALI, M.C. *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*, LTr, 2003, p. 3.

¹³ PLASSAT, Xavier. “Abolida a Escravidão?”, em COSTA, C.M.L. et al (org.) *Trabalho escravo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia*, Editora UFRJ, Rio de Janeiro, 2008, p. 76.

¹⁴ CASALDÁLIGA, Pedro. *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*, Carta Pastoral, 1971, p. 5-6.

humanos do trabalhador, em 2003, com o estabelecimento de um acordo entre as partes¹⁵.

A repercussão desse caso impulsionou o debate nacional em torno do problema do trabalho escravo no Brasil, culminando na alteração do art. 149, CP, com a finalidade de modernizá-lo e adequá-lo à realidade da escravidão contemporânea.

Originalmente, o crime de “redução à condição análoga a de escravo” punia com uma pena de reclusão de 2 a 8 anos a conduta de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Com a alteração introduzida pela Lei n. 10.803 em 2003, a previsão do crime de redução a condição análoga a de escravo passou a incluir quatro formas independentes de execução da conduta, quais sejam o trabalho forçado, o trabalho em jornada exaustiva, o trabalho em condições degradantes e o trabalho com restrição à liberdade em razão de dívida¹⁶, usualmente conhecido como “servidão por dívidas”.

O trabalho forçado ocorre quando a livre vontade do trabalhador é suprimida em face da obrigação de prestar determinado serviço sob a fonte de ameaças ou tolhimento da sua liberdade de ir e vir. Trata-se da forma mais profunda de violação da autodeterminação do indivíduo, que, segundo Carlos Eduardo B. Haddad, refere-se à faculdade de decidir sobre o que se quer fazer, como e quando fazer¹⁷.

O trabalho realizado em jornada exaustiva dá-se quando o limite máximo estabelecido em legislação específica é infringido de maneira relevante, com ou sem percepção de adicional à remuneração¹⁸. Nesta modalidade, o tempo elevado de exercício do serviço causa prejuízos à vida do trabalhador, comprometendo sua saúde física e psíquica¹⁹.

O trabalho em condições degradantes impostas pelo tomador de serviços viola direitos essenciais e indisponíveis do indivíduo. Esta forma de execução da redução do trabalhador relaciona-se à “coisificação” do indivíduo, ao expô-lo à situação desumana e tratá-lo como “sujeito sem direitos”²⁰.

Na modalidade de “servidão por dívidas”, a vítima permanece vinculada ao trabalho em virtude de dívida constituída com o tomador de serviços. Este débito expande-se com a aquisição de produtos – sobretudo, alimentos, itens de higiene pessoal e ferramentas de trabalho – com valor superfaturado no estabelecimento de vendas da própria fazenda em que o indivíduo presta serviços²¹.

¹⁵ SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. “Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, ano 4, n.4, 2010, p. 208.

¹⁶ Na redação atual, o dispositivo apresenta o seguinte texto: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

¹⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. “Aspectos penais do trabalho escravo”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 157, 2013, p. 57.

¹⁸ DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar, Saraiva, 2010, p. 533; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada, Revista dos Tribunais, 2013, p. 748.

¹⁹ Tratar-se-ia de jornada que se situa além do que pode ser considerado aceitável. Neste sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial (arts. 121º a 249º), Revista dos Tribunais, 2013, p. 350.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada, Revista dos Tribunais, 2013, p. 748.

²¹ REALE JÚNIOR, Miguel. “Comentários ao art. 149”, em REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Código Penal Comentado*, Saraiva, 2017, p. 445.

A alteração do tipo penal foi de extrema relevância porque permitiu a ampliação do bem jurídico tutelado, esclarecendo quaisquer dúvidas antes existentes na doutrina ao definir que não é necessário que haja coação ou restrição da possibilidade de locomoção do indivíduo para que se configure a conduta delitiva.

Para além da inserção de novas modalidades delitivas, a Lei n. 10.803/2003 também acrescentou ao artigo 149 do Código Penal outros crimes, nas formas de ação equiparadas ao *caput*, com penalidade idêntica. Assim, o § 1º equipara com o crime de reduzir o trabalhador a condição análoga à de escravo a atividade de agentes que auxiliam os empregadores na exploração do trabalho escravo, seja através do cerceamento do uso de transportes pelo trabalhador (inc. I), seja por meio da vigilância ostensiva no local ou pela apreensão de documentos e objetos pessoais do trabalhador (inc. II), desde que tenham a finalidade de reter o trabalhador no local de trabalho.

Mais recentemente, a rede normativa de proteção penal contra a escravidão contemporânea no Brasil foi ampliada para alinhar-se com normativas internacionais sobre o tema, tais como o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças²². Assim, no ano de 2016, criou-se o crime de tráfico de pessoas no art. 149-A do Código Penal, que pune, dentre outras condutas, o aliciamento, o transporte e a negociação de pessoa com a finalidade de submetê-la ao trabalho análogo ao de escravo, com uma pena de 4 a 8 anos. Ainda é cedo para saber qual será o efetivo âmbito de incidência desse dispositivo, já que o tipo penal exige que a conduta seja realizada minimamente mediante coação, fraude ou abuso²³.

De todo modo, as reformas legislativas que tomaram espaço desde os últimos quinze anos no Brasil tiveram a importância de trazerem o direito ao trabalho digno e a liberdade de trabalho para o centro da proteção penal, valorizando o indivíduo em face da relação de domínio que caracteriza a escravidão contemporânea e o trabalho realizado de maneira degradante²⁴.

4. MECANISMOS PARA GARANTIA DO TRABALHO DIGNO E ATUAÇÃO NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

O reconhecimento da existência de trabalhos forçados, exaustivos e em condições degradantes no Brasil ensejou a criação de políticas públicas, o aperfeiçoamento legislativo e a atuação integrada e direcionada das esferas jurídicas e institucionais no combate dessa prática.

As principais medidas nesse sentido foram impulsionadas pela repercussão internacional dos casos denunciados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, remontando, assim, ao final da década de 1990. Não obstante, foi, sobretudo, a partir de 2003 que se verificou o direcionamento efetivo para um tratamento global e integrado de erradicação ao trabalho realizado em condições análogas à de escravo no país.

4.1 AÇÕES FEDERAIS E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Em 2003, foi lançado o Primeiro Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo pelo Governo Federal. Com o objetivo de coordenar e avaliar a implementação das ações previstas no Plano Nacional, foi instituída a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo "CONATRAE". Atualmente, a Comissão é coordenada pelo Ministério de Direitos Humanos. Além de avaliar a implementação do Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, cuja segunda edição foi lançada em 2008²⁵, a CONATRAE ainda é

²² Este Protocolo foi ratificado pelo Brasil em 2004, com o Decreto n. 5017.

²³ Nos termos do art. 149-A, CP, é crime a conduta de "agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de (...) submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo".

²⁴ CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho Escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais*, LTr, 2015, p. 19.

²⁵ O Segundo Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo foi lançado após a comprovação do desempenho satisfatório do primeiro Plano pela Comissão responsável. Neste

responsável por acompanhar a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional e avaliar a proposição de estudos e pesquisas sobre o trabalho escravo no país²⁶.

A sociedade civil brasileira organiza-se com grande empenho na luta contra a escravidão contemporânea. A organização de maior história de atuação no país certamente é a Comissão Pastoral da Terra, inicialmente vinculada à Igreja Católica. Criada em 1975, ela recebe denúncias de trabalhadores escravizados, articulando-se com outras organizações em prol da notabilização do problema no Brasil²⁷.

Digna de nota, ainda, é a proposta iniciada em 2005, na qual centenas de signatários, dentre os quais empresas, grupos econômicos e entidades empresariais, se uniram no Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, instituído pela ONG Repórter Brasil, pelo Instituto Ethos de Responsabilidade Social e pela Organização Internacional do Trabalho. O objetivo deste Pacto é mobilizar o setor empresarial e a sociedade em diversas frentes de atuação para promover a prevenção e a erradicação do uso de trabalho escravo nas cadeias produtivas²⁸.

Estas iniciativas – acrescidas à atuação dos órgãos públicos – são de extrema relevância para conferir reconhecimento internacional ao Estado brasileiro pela sua mobilização contra a escravidão contemporânea.

4.2 MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

O Ministério do Trabalho e Emprego²⁹ (MTE) é responsável pela realização de ações fiscais, coordenadas pela Secretaria de Inspeção do Trabalho. O Ministério dispõe do suporte institucional do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), criado em 1995 para atuar nas áreas rurais e investigar as denúncias de existência de trabalho escravo³⁰.

Nas visitas fiscalizatórias, os auditores-fiscais do Trabalho verificam a presença de irregularidades trabalhistas, e, se for o caso, aplicam sanções administrativas aos empregadores e promovem o pagamento de verbas aos trabalhadores. Diante de indícios da prática de crimes, como a redução à condição análoga à de escravo (art. 149, CP), o atentado à liberdade do trabalho e do contrato de trabalho (arts. 197 e 198, CP), a frustração de direito assegurado na lei trabalhista (art. 203, CP), o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207, CP), a falsificação de documento público (art. 297, CP), a formação de quadrilha (art. 288, CP) e os delitos ambientais (Lei n. 9.605/98), os fiscais elaboram um relatório, usado como meio probatório em ações trabalhistas e penais³¹.

De acordo com a Instrução Normativa n. 139, de 22 de janeiro de 2018, para garantir a segurança nas fiscalizações, o artigo 15 dispõe sobre a necessidade da

sentido: MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, p. 9-12.

²⁶ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, p. 9-12.

²⁷ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. "Histórico". Disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/sobre-nos/historico>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

²⁸ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, p. 10-11.

²⁹ BRASIL. "Combate ao trabalho em condições análogas às de escravo". Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

³⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, p. 7.

³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Roteiro de atuação contra a escravidão contemporânea*. Brasília: MPF/2ªCCR, 2012. Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/imagens/rot_atua_trabalho_escravo.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018, p. 26-27.

participação de representantes da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Militar Ambiental, Polícia Militar, Polícia Civil ou outra autoridade policial. Este dispositivo acrescenta, no § 1º, que o chefe da fiscalização deverá comunicar o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Defensoria Pública da União (DPU) sobre a ação fiscal para viabilizar a participação dessas instituições.

Por fim, cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego a publicação do Cadastro de Empregadores Infratores, conhecido como “Lista Suja”. Este Cadastro foi instituído em 2003, pela Portaria n. 1.234³², e é responsável pela divulgação dos empregadores flagrados pela a prática de trabalho escravo, que restam impedidos de lograr créditos públicos³³.

4.3 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Ministério Público Federal (MPF) é um órgão “essencial à função jurisdicional do Estado”³⁴. Sua atuação nos casos de escravidão contemporânea ocorre a partir da presença indícios da prática de crimes, coletados nas fiscalizações e presentes nos relatórios do Ministério do Trabalho. O MPF é responsável por requer a instauração de inquérito policial ou procedimento investigatório e oferecer a denúncia penal.

Para determinar a política criminal de combate ao trabalho escravo, em 2012, a 2ª Câmara da Procuradoria instaurou o Grupo de Apoio ao Combate à Escravidão Contemporânea (GACEC), que tem a função de assessorar e direcionar o Ministério Público³⁵.

4.4 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Segundo o artigo 127 da Constituição brasileira, o Ministério Público deve promover “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Pelo seu caráter jurídico especializado, o Ministério Público do Trabalho (MPT), enquanto órgão do Ministério Público da União, exerce esta função direcionada às relações trabalhistas, com ênfase nas áreas de liberdade sindical, do meio ambiente do trabalho, do combate ao trabalho escravo dentre outras.

A atuação deste Ministério contra a redução a condição análoga à de escravo é desenvolvida através da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo “CONAETE”, criada pela Portaria nº 231, em 2002³⁶. A Coordenadoria promove a articulação das Procuradorias Regionais do Trabalho no âmbito nacional, a partir de discussões sobre o tema e da implementação de medidas de combate.

Segundo a Cartilha institucional do Ministério, a atuação deste órgão contra o trabalho escravo contemporâneo tem uma abordagem “multifocal”³⁷, pela atenção direcionada ao trabalhador resgatado na inclusão social, pela penalidade aplicada aos

³² MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 10.

³³ HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Livia M. M. (coords). *Trabalho escravo: entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais*, Tribo da Ilha, 2018, p. 75.

³⁴ Dispõe o artigo 127, Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

³⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “Grupo de Apoio ao Combate à Escravidão Contemporânea – GACEC”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/apresentacao>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

³⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Trabalho escravo*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/trabalho+escravo>. Acesso em: 08 fev. 2018.

³⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Cartilha do Trabalho Escravo*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129/Cartilha%2BAlterada_3-1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129-kQBZvTc>. Acesso em: 08 fev. 2018. p. 11.

empregadores, e, por fim, pelo alerta à sociedade sobre a realidade de exploração do trabalho.

Assim, o Ministério Público do Trabalho é responsável pelo estabelecimento de Termos de Ajustes de Conduta com os empregadores flagrados em situação e irregularidade e pela propositura de ações civis públicas diante da presença de trabalho escravo.

4.5 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário é responsável por garantir os direitos dos cidadãos diante da presença de litígios. Nos casos de escravidão contemporânea, é possível a propositura de ações no âmbito da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho.

Na Justiça Federal, caberá o julgamento do crime de redução a condição análoga à de escravo e dos crimes contra a organização do trabalho, nos termos do Código Penal brasileiro. A ação penal deverá ser proposta pelo Ministério Público Federal e poderá ensejar a condenação criminal do empregador à pena de reclusão, de dois a oito anos, e de multa.

O reconhecimento de sua competência no crime de redução a condição análoga à de escravo é recente. No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal declarou a sua compatibilidade com o artigo 109, IV, da Constituição Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 398041/PA³⁸. Trata-se de decisão de extrema importância sobretudo para os casos de escravidão no meio rural, já que a Justiça Federal se encontra geograficamente distante dos maiores focos de denúncia. Assim, tem-se uma garantia de maior isenção e segurança pessoal dos juízes que se deparam com as denúncias na esfera criminal, em comparação com a atuação dos juízes locais na esfera estadual.

A Justiça do Trabalho, em contrapartida, é responsável pelo julgamento das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho e das ações relacionadas às sanções administrativas impostas aos empregadores pelos agentes fiscalizatórios no exercício da função, conforme o artigo 114 da Constituição³⁹. Neste órgão jurisdicional especializado, o trabalhador reduzido poderá pleitear dano moral coletivo, decorrente da perturbação causada na comunidade em razão da lesividade à dignidade da pessoa humanas e aos valores sociais do trabalho⁴⁰, em ação interposta por legitimado.

5. O CASO DOS TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE

Apesar do empenho de diversos seguimentos do governo e da sociedade brasileira em prol do combate à exploração degradante do trabalho em nosso país, a condenação recente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, em 2016, representa indicativo importante sobre o estágio em que se encontram os mecanismos disponíveis para o combate ao trabalho escravo no Brasil.

Trata-se da primeira condenação de um país perante a Corte pela imposição do trabalho escravo e do tráfico de pessoas, como formas de lesão aos direitos humanos assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

5.1 HISTÓRICO

Desde a primeira denúncia do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1994, a realidade de superexploração e redução dos trabalhadores a condições degradantes segue fortemente presente em diversas fazendas do interior do Brasil, principalmente no estado do Pará.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "Plenário reconhece competência da Justiça Federal para julgar crime de redução à condição análoga à escravidão no Pará". Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68523>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

³⁹ Segundo a Constituição: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (...)".

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, LTr, 2017, p. 745.

No caso da Fazenda Brasil Verde, os crimes contra mais de cem trabalhadores reduzidos a condição análoga à de escravo foram relatados à Comissão, tendo sido remetidos posteriormente à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso envolveu uma sucessão de acontecimentos que demonstraram a existência de trabalho escravo na fazenda e a inaptidão do governo brasileiro para fazer frente a isso, tendo sido todos esses fatos reportados à Comissão a partir de uma denúncia feita em 1998.

As primeiras ocorrências remontam ao ano de 1988, quando houve uma denúncia feita à Polícia Federal relatando a prática de trabalho escravo na fazenda, bem como o desaparecimento de dois jovens que ali trabalhavam. Meses depois, já em 1989, foi realizada uma fiscalização na Fazenda, ocasião em que a Polícia não pode verificar a existência de trabalhos forçados ali, não instaurando qualquer inquérito policial a respeito do caso.

De 1989 a 1996, foram realizadas denúncias de trabalhadores que conseguiram fugir e visitas de fiscalização por parte das autoridades, que não deram ensejo a nenhum procedimento administrativo ou inquérito policial. A Comissão Pastoral da Terra (CPT) permanecia avidamente apresentando os casos que lhe chegavam a autoridades como o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) e a Procuradoria Geral da República. O Ministério do Trabalho fez fiscalizações em 1993 e 1996, atestando apenas irregularidades trabalhistas, sem iniciar a abertura de procedimento criminal para investigar a prática do crime de trabalho escravo.

Em 1997, um trabalhador fugiu da Fazenda Brasil Verde e prestou declarações perante a Polícia Federal. Com base nesse relato, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou uma nova visita fiscalizatória à Fazenda, em que confirmou a presença da prática do crime de redução a condição análoga à de escravo e foram resgatados 43 trabalhadores. Na ocasião, foi interposta uma denúncia penal pelo Ministério Público Federal contra os envolvidos nas atividades da fazenda. Contra os administradores e os intermediadores para a captação dos trabalhadores (“gatos”), as denúncias versavam sobre o crime de redução a condição análoga a de trabalho escravo e coação para o exercício de atividade profissional (arts. 149 e 197, I, do Código Penal⁴¹), ao passo que o proprietário da Fazenda foi denunciado apenas pelo crime de frustração de direito trabalhista (art. 203, CP⁴²), punido com uma pena bastante inferior, de apenas 1 a 2 anos de prisão, que permite a celebração de transação penal com extinção do processo. Deste modo, sem que as investigações pudessem ser aprofundadas, o proprietário da fazenda se beneficiou de acordo que impediu o prosseguimento da ação penal contra ele, que foi extinta em 2002.

Em relação ao processo criminal contra os administradores e os “gatos”, um problema de conflito negativo de competências entre a Justiça Estadual e Federal atrasou o trâmite legal por quase dez anos. Por fim, em 2008, o Juiz Federal da Seção do Pará declarou a prescrição da ação penal contra os demais denunciados, de modo que o processo foi encerrado sem julgamento de mérito.

A mesma fiscalização que ensejou o processo criminal narrado acima deu margens também a um processo administrativo, instaurado em agosto de 1997 na 8ª Procuradoria Regional do Trabalho. Neste ano, a Delegacia Regional do Trabalho informou que, apesar das irregularidades encontradas na Fazenda, era preferível orientar e não autuar. No ano seguinte, o Ministério Público do Trabalho solicitou em mais de uma ocasião a realização de novas visitas, que, no entanto, não foram realizadas.

⁴¹ Segundo o Código Penal: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência (...)” e “Art. 197. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I – a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias: Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência (...)”.

⁴² Segundo o Código Penal: “Art. 203. Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena – detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência (...)”.

No ano de 2000, dois jovens fugiram da Fazenda e denunciaram a situação perante o Ministério do Trabalho, em Marabá. Eles foram instruídos a dirigir-se à Polícia Federal, que não prosseguiu com o caso, e, diante disso, foram à Comissão Pastoral da Terra relatar o ocorrido. Neste ano, uma nova visita de fiscalização na Fazenda concluiu a existência de trabalho escravo pela Delegacia Regional do Trabalho. Desta vez, foram resgatados 85 trabalhadores das condições inumanas em que se encontravam.

Com base no relatório desta fiscalização, o Ministério Público do Trabalho apresentou uma ação civil pública à Justiça do Trabalho contra o proprietário da Fazenda. Diante disso, foi celebrado um acordo de conciliação com pagamento de multa, tendo gerado o arquivamento do procedimento sem que houvesse qualquer indenização das vítimas. Em contrapartida, a fiscalização mencionada ensejou a abertura de um processo criminal no ano de 2001, perante a 2ª Vara de Justiça Federal de Marabá, no estado do Pará. Todavia, após a interposição perante a Justiça Federal de Marabá, o processo foi remetido à Vara Estadual de Xinguara, no Pará, no mesmo ano. Até meados de 2011, não havia qualquer movimentação do processo no sentido de aprofundar a investigação. Depois, a notícia que se teve foi acerca do desaparecimento dos autos.

Conforme demonstram os relatos trazidos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, todas as histórias narradas em torno da Fazenda Brasil Verde se repetem. Primeiro, os trabalhadores foram aliciados por “gatos”, ou seja, intermediadores para a contratação que fazem o deslocamento dos trabalhadores de sua região de origem para o local de trabalho. Geralmente, o aliciamento é feito de forma fraudulenta, quando escondem as reais condições de serviço que as pessoas encontrarão no futuro. No caso da Fazenda Brasil Verde, o próprio transporte constituía parte das lesões aos direitos humanos em razão das condições degradantes em que eram feitas. Ademais, o transporte integrava parte da dívida que comprometia os trabalhadores assim que chegassem no campo. A realidade era pautada em alimentação insuficiente, mas incluída nas altas dívidas; falta de condições mínimas de higiene; ausência de dormitórios adequados; jornada exaustiva de mais de 12 horas de trabalhos braçais com apenas um dia de descanso por semana; ausência de salários; agressões verbais, maltrato físico; vigilância ostensiva amparada pela ameaça contra a integridade física de quem intentasse deixar o local.

Enfim, tratam-se de condições desumanas que puderam se prolongar durante muitos anos em relação a centenas de pessoas, a despeito das denúncias realizadas, do conhecimento das autoridades competentes, do reconhecimento do Estado brasileiro em sede internacional sobre a existência do trabalho escravo e do anúncio de medidas, programas de ação e reforma da legislação penal correspondente.

5.2 A CONDENAÇÃO PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) em 1998, em razão da atuação pouco diligente do Estado em apurar os fatos da Fazenda e do desaparecimento de dois trabalhadores rurais adolescentes. Segundo os peticionários, a situação presente na Fazenda ensejava a configuração de trabalho em condições análogas à de escravo e de impunidade dos empregadores e do proprietário do local. Assim, justificaram que o envolvimento da Comissão era necessário já que os recursos internos do Estado brasileiro não propiciaram aos trabalhadores acesso à justiça. Nestes termos,

“(...) esta situação seria supostamente atribuível ao Estado, pois teve conhecimento da existência destas práticas em geral e, especificamente, na Fazenda Brasil Verde, desde 1989 e, apesar deste conhecimento, não teria adotado as medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem fornecido às supostas vítimas um mecanismo judicial efetivo para a proteção de seus direitos, a punição dos responsáveis e a obtenção de uma reparação”.⁴³

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença de 20 de outubro de 2016*, 2016, p. 4.

A Comissão recebeu a petição inicial em 1998 e proferiu, em 2011, o Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 169/11, referente ao Caso 12.066 (Caso dos trabalhadores da “Fazenda Brasil Verde” vs. Brasil). A Comissão concluiu que o Estado era responsável internacionalmente por violações a direitos contidos na CADH e consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Por conseguinte, foram designadas uma série de recomendações ao Estado brasileiro que deveria informar seu cumprimento. Após dez extensões do prazo, a Comissão atestou que o Estado não havia avançado neste cumprimento.

Assim, em 2015, a Comissão submeteu o caso – fatos e violações de direitos humanos – à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) para julgamento. Foi solicitado à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelas violações presentes no Relatório de Admissibilidade e Mérito.

Em 2016, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte. De acordo com a sentença proferida, o Brasil foi responsável por violar o direito de liberdade de seus cidadãos no que tange o direito de não serem escravizados, nem objeto de tráfico por outras pessoas (art. 6.1, CADH); responsável, ainda, pela discriminação estrutural histórica dos mais pobres (art. 1.1, CADH); pelo desrespeito às garantias devidas aos seus cidadãos no que respeita a devida diligência e o prazo razoável na efetivação de direitos através dos mecanismos judiciais disponíveis (art. 8.1, CADH); por descumprir o dever de proteção judicial que tem perante seus cidadãos (art. 25, CADH).

Para a Corte, a relação estabelecida com os trabalhadores da Fazenda se assemelhou ao exercício do direito de propriedade sobre eles, com a anulação da vontade dos indivíduos em razão de violência, coação e fraude. Assim, a situação vivenciada ultrapassava os limites da servidão por dívida e do trabalho forçado, configurando uma verdadeira situação de escravidão.

Neste sentido, considerou-se que o Estado não foi diligente na prevenção e na punição das formas de escravidão, já que, das 128 vítimas resgatadas nas visitas de fiscalização entre 1997 a 2000, não houve qualquer responsabilização em sede civil ou criminal.

Dentre as reparações estabelecidas pela Corte, foi determinado que o Brasil reiniciasse as investigações e os processos criminais com relação aos últimos fatos atestados na investigação iniciada no ano de 2000, exigindo medidas necessárias para garantir que os crimes correspondentes à proibição de escravização no âmbito do Direito Internacional se tornem imprescritíveis no direito interno, em tempo hábil. Ademais, ordenou a Corte que o Brasil indenizasse as vítimas pelos danos sofridos, segundo os valores mínimos definidos por ela.

6. ANÁLISE CRÍTICA

Nas últimas décadas, o Brasil apresentou importantes avanços para o combate ao trabalho escravo contemporâneo, adotando medidas normativas de modificação da legislação penal, assim como implementações de caráter institucional relativamente à coordenação de atividades entre diversos órgãos e planos de atuação conjunta, incluindo setores da sociedade civil.

Todavia, o otimismo no plano institucional-normativo não ecoa nos resultados práticos do enfrentamento da superexploração do trabalho no país. Estima-se que cerca de 161.000 pessoas continuem sendo escravizadas no Brasil⁴⁴. Os passos existentes foram tímidos e dão sinais de regresso. Segundo levantamento do Ministério Público Federal, entre os anos de 2010 e 2013 foram ajuizadas 469 ações contra o crime de redução da pessoa a condições análogas à de escravo. Contudo, a despeito de relativo aumento das investigações criminais por denúncias, o fato é que no mesmo período não havia notícias de qualquer execução de pena por delitos dessa natureza⁴⁵.

⁴⁴ IMPACTO. “ ‘A escravidão no Brasil’ é tema de reportagem da Exame”. Disponível em: <<http://www.inpacto.org.br/pb/2017/04/english-a-escravidao-no-brasil/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

⁴⁵ EBC. “De 2010 a 2013, ninguém cumpriu pena por trabalho escravo”. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/01/de-2010-a-2013-ninguem-cumpriu-pena-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

De outro lado, entre 2008 e 2016 percebeu-se uma queda expressiva no número de trabalhadores libertados, de aproximadamente 80%. Isso representa, em termos absolutos, uma queda do número inicial, no ano de 2008, de 5.016 trabalhadores resgatados da situação de exploração abusiva para somente 885 trabalhadores em 2016. Longe de inspirarem otimismo, tais números evidenciam uma redução do efetivo destacado para as fiscalizações, que diminuiu em número de auditores empregados – atualmente, por volta da metade da quantia recomendada. Da mesma forma, também se reduziu o número de equipes e as verbas disponíveis para a averiguação das denúncias realizadas⁴⁶.

A narrativa do caso da Fazenda Brasil Verde oferece um rico retrato do lento desenvolvimento da situação no país. Dos anos 80, em que sequer a polícia se dirigia ao local dos fatos, culminou-se em notificações e autuações administrativas entre os anos 90 e 2000, as quais foram determinadas, porém, não por uma investigação proativa das autoridades brasileiras, mas apenas pela provocação das vítimas. Por sua vez, os processos criminais não prosperaram no objetivo de punir os responsáveis pela submissão dos indivíduos ao trabalho escravo.

Na atualidade, o governo brasileiro descortina medidas aparentemente dúbias, mas que, no fundo, parecem confirmar o intuito de sustentar o contexto existente de exploração desumana dos mais pobres. De um lado, o governo parece reconhecer a sua missão institucional ao acatar a decisão da Corte Interamericana ao ter iniciado o processo de indenizações das 128 vítimas tão logo foi proferida a sentença⁴⁷. Da mesma maneira, foi retomada pelo Ministério Público Federal a investigação criminal contra os acusados no caso da Fazenda Brasil Verde⁴⁸. Em janeiro de 2018, a Procuradora Geral da República Raquel Dodge anunciou, durante um evento na Inglaterra, a criação de uma força-tarefa composta por 4 procuradores para ouvir testemunhas e ajudar a coletar material para o novo processo instaurado contra os envolvidos no caso⁴⁹.

De outro lado, há razões para grande desconfiança perante a postura do governo em relação ao trato da questão do trabalho escravo no Brasil. O exemplo mais eloquente foi a edição da Portaria n. 1.129 de 13 de outubro de 2017 pelo Ministério do Trabalho. O objetivo da portaria era estabelecer o conceito de trabalho escravo para fins de concessão do seguro-desemprego ao trabalhador resgatado durante a fiscalização, assim como definir parâmetros para a inclusão do nome de empregadores na “Lista Suja”.

Foi uma maneira de limitar a aplicação trabalhista, com reflexos notórios sobre a interpretação da lei penal, ao oferecer uma definição do conceito de redução a condição análoga à de escravo. Na hipótese, a Portaria restringia a conduta lesiva à coação e ao cerceamento da liberdade de ir e vir, o que dificultaria a efetiva incidência da lei penal, já que a escravidão contemporânea nem sempre depende do uso da violência física.

No que tange à inclusão de empregadores no Cadastro de Empregadores Infratores – a “Lista Suja” –, a Portaria previa a possibilidade de o Ministro do Trabalho vetar a inserção de novos nomes, o que configuraria um óbice relevante à efetividade da lista, vindo a enfraquecer esse instrumento essencial para que a sociedade tenha conhecimento de quem faz uso do trabalho escravo na atualidade e possa destinar os recursos públicos apenas para as empresas que respeitem os direitos humanos.

⁴⁶ IMPACTO. “ ‘A escravidão no Brasil’ é tema de reportagem da Exame”. Disponível em: <<http://www.inpacto.org.br/pb/2017/04/english-a-escravidao-no-brasil/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

⁴⁷ MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. “Cumprindo sentença, MDH convoca vítimas do caso Fazenda Brasil Verde, no Pará, para processo de indenização”. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/noticias/2017/novembro/cumprindo-sentenca-mdh-convoca-vitimas-do-caso-fazenda-brasil-verde-no-para-para-processo-de-indenizacao>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “MPF inicia procedimento para reconstrução de processo penal do caso Fazenda Brasil Verde”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-inicia-procedimento-para-reconstrucao-de-processo-penal-do-caso-fazenda-brasil-verde>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁴⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “PGR anuncia criação de força-tarefa para investigar casos de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-anuncia-criacao-de-forca-tarefa-para-investigar-casos-de-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

Devido à mobilização de diversas entidades, nacionais e internacionais, culminando em repercussão negativa na opinião pública, a referida Portaria foi suspensa alguns dias depois, após ajuizamento de ações perante o Supremo Tribunal Federal questionando a sua constitucionalidade⁵⁰.

Por fim, algumas perguntas não podem deixar de serem feitas em relação ao caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde. A primeira questão que se apresenta diz respeito ao aparente esgotamento de planos de ação do Estado brasileiro para a erradicação de trabalhos forçados ou realizados em condições degradantes. Afinal, após uma condenação no âmbito de um sistema regional de proteção de direitos humanos, a única medida que se oferece é o empenho de quatro procuradores para a investigação do caso na esfera criminal, isto é, esforços para resolver uma denúncia individual cuja solução faz parte das determinações impostas pela Corte Interamericana.

Assim, a segunda pergunta que se coloca versa no sentido de saber por qual razão a Procuradoria somente se dispôs a retomar o caso na esfera criminal após a condenação junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Depois de passados tantos anos, se pretende refazer as provas de um processo criminal que, a esta altura, provavelmente já estará eivado de prescrição segundo as regras ordinárias do Código Penal aplicadas ao crime do art. 149, CP. Por que não continuaram simplesmente com as investigações, aproveitando os relatos das vítimas conforme foram sendo apresentados perante a Comissão Interamericana pelos peticionários, desde o início da década de 2000?

Até o momento, não há maiores perspectivas de que seja aprovada a tempo uma emenda à Constituição Federal a fim de tornar imprescritíveis os crimes de redução a condições de escravidão⁵¹. De todo modo, a dúvida que sobra se refere à aptidão de garantir direitos humanos relativos à liberdade do trabalho através da lesão do direito a um processo hábil a ser garantido também para os potenciais autores de crimes, que necessitam do direito ao esquecimento em algum momento de suas vidas. A relativização deste direito deveria ser limitada a hipóteses muito excepcionais. Tornar o crime de imposição de trabalhos forçados e o tráfico de pessoas crimes imprescritíveis atesta não apenas a incapacidade do Estado brasileiro de processar fatos dessa natureza em um período de, no mínimo, 12 anos, como também o desinteresse em o fazer.

Por fim, cabe lembrar um dado ressaltado pelos peticionários perante a Comissão em relação ao qual há absoluto consenso entre os especialistas: não é suficiente criar mecanismos de cunho repressivo⁵². Antes de tudo, é preciso oferecer condições para que as potenciais vítimas desses crimes deixem a situação de vulnerabilidade em que se encontram, com condições sociais mínimas para o desenvolvimento de sua dignidade humana.

7. CONCLUSÃO

Esse estudo se propôs a analisar os avanços do Brasil no aperfeiçoamento da legislação criminal e mecanismos necessários para identificação e punição dos casos de redução de trabalhadores a condições de escravidão.

Vimos que o exercício do trabalho no Brasil conta com uma proteção normativa ampla em diversas esferas, incrementada nos últimos anos. Neste tocante, a particular dificuldade enfrentada pelo país se localiza na implementação dessas normas de proteção no que se refere à fiscalização e ao processamento penal dos responsáveis por crimes desta natureza.

O caso da Fazenda Brasil Verde na Corte Interamericana de Direitos Humanos oferece indicativos importantes nesse sentido. O período narrado junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação às denúncias feitas contra a Fazenda

⁵⁰ Trata-se das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 489 e 491 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5802.

⁵¹ SENADO. "PEC que torna trabalho escravo imprescritível será analisada na CCJ". Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/05/pec-que-torna-trabalho-escravo-imprescritivel-sera-analisada-na-ccj>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

⁵² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 169/11*, referente ao Caso 12.066 (Caso dos trabalhadores da "Fazenda Brasil Verde" vs. Brasil), 2011, p. 4.

permitiu reconstruir a evolução das instituições brasileiras nas últimas duas décadas. Após a sentença condenatória do Brasil, sua postura em relação à decisão da Corte demonstra que existe pouco empenho em tornar realidade a efetivação dos direitos dos trabalhadores brasileiros no que tange o exercício do trabalho em condições de dignidade.

De qualquer maneira, pode-se concluir o papel fundamental desempenhado pelo sistema internacional de proteção aos direitos humanos, já que as principais transformações do sistema de repressão ao trabalho escravo ganharam impulso através da atuação dos organismos internacionais, acrescidos da pressão exercida pela comunidade internacional contra o estado de violações da liberdade de trabalho e demais direitos humanos no Brasil.

8. REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. *Escravidão: o Caso Fazenda Brasil Verde*. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/08/jota.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

BATISTA, Flavio Roberto. *Crítica da tecnologia dos direitos sociais*, Dobra Editorial, 2013.

BRASIL. [Código Penal (1940)].

BRASIL. "Combate ao trabalho em condições análogas às de escravo". Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/fiscalizacao-combate-trabalho-escravo>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

BRASIL. [Consolidação das Leis do Trabalho (1943)].

BRASIL. [Constituição (1988)].

BRASIL. Decreto n. 678 de 06 de novembro de 2003. En Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.017 de 12 de março de 2004. En Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. *2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de atuação contra a escravidão contemporânea*. Brasília: MPF/2ªCCR, 2012. Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/imagens/rot_atua_trabalho_escravo.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.803 de 11 de dezembro de 2003. En Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.803.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CAMERIERE, Julián R. Lescano; TULA, Diego J. *Derecho Penal del Trabajo: lineamientos básicos para su comprensión*. Disponível em: <http://www.cmfbzas.org.ar/archivos/11_RP4-16-Der%20Penal%20Trabajo.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

CASALDÁLIGA, Pedro. *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*, Carta Pastoral, 1971.

CHAHAD, J.P.; CACCIAMALI, M.C. *Mercado de trabalho no Brasil: novas práticas, negociações coletivas e direitos fundamentais no trabalho*, LTr, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Carta de admissibilidade referente ao caso nº 12.066: trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 169/11, referente ao Caso 12.066 (Caso dos trabalhadores da "Fazenda Brasil Verde" vs. Brasil)*, 2011.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. "Histórico". Disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/sobre-nos/historico>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença de 20 de outubro de 2016*, 2016.

CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho Escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais*, LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, LTr, 2017

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*, Saraiva, 2010.

EBC. “De 2010 a 2013, ninguém cumpriu pena por trabalho escravo”. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2014/01/de-2010-a-2013-ninguem-cumpriu-pena-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

FILHO, José Claudio Monteiro de Brito. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno*, LTr, 2016.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. “Aspectos penais do trabalho escravo”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 157, 2013.

HADDAD, Carlos H. B.; MIRAGLIA, Livia M. M. (coords). *Trabalho escravo: entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais*, Tribo da Ilha, 2018.

IMPACTO. “ ‘A escravidão no Brasil’ é tema de reportagem da Exame”. Disponível em: <<http://www.inpacto.org.br/pb/2017/04/english-a-escravidao-no-brasil/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

LÁZARO, Fernando Guanarteme Sánchez. El concepto de trabajador em el Derecho Penal Español. *UNED Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 13, 2004.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Trabalho digno e direitos humanos em tempos de globalização: perspectivas para a América Latina*, Arraes Editores, 2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. “Cumprindo sentença, MDH convoca vítimas do caso Fazenda Brasil Verde, no Pará, para processo de indenização”. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/noticias/2017/novembro/cumprindo-sentenca-mdh-convoca-vitimas-do-caso-fazenda-brasil-verde-no-para-para-processo-de-indenizacao>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Disponível em: <https://media.wix.com/ugd/830053_3e2d6fba1b254d4e817b2a020396c8b3.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Trabalho escravo*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao/trabalho+escravo>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Cartilha do Trabalho Escravo*. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129/Cartilha%2BAalterada_3-1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129-kQBZvTc>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “Grupo de Apoio ao Combate à Escravidão Contemporânea – GACEC”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/apresentacao>>. Acesso em: 08 fev. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “MPF inicia procedimento para reconstrução de processo penal do caso Fazenda Brasil Verde”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-inicia-procedimento-para-reconstrucao-de-processo-penal-do-caso-fazenda-brasil-verde>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. “PGR anuncia criação de força-tarefa para investigar casos de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-anuncia-criacao-de-forca-tarefa-para>>

investigar-casos-de-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan. Derecho penal del trabajo. *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, n. 19, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal, apresentações esquemáticas da matéria, jurisprudência atualizada*, Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 29*. Genebra, 1930.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 105*. Genebra, 1957.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana dos Direitos Humanos*. San José da Costa Rica, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. ONU, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. ONU, 1966.

OSUNA, Karla Irasema Quintana. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ejecución de sus sentencias en Latinoamérica*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24498.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

PLASSAT, Xavier. “Abolida a Escravidão?”, em COSTA, C.M.L. et al (org.) *Trabalho escravo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia*, Editora UFRJ, Rio de Janeiro, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial* (arts. 121º a 249º), Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Comentários ao art. 149”, em REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Código Penal Comentado*, Saraiva, 2017.

SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. “Estudo do caso José Pereira: o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista Acadêmica Direitos Fundamentais*, ano 4, n.4, 2010.

SENADO. “PEC que torna trabalho escravo imprescritível será analisada na CCJ”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/05/pec-que-torna-trabalho-escravo-imprescritivel-sera-analisada-na-ccj>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Plenário reconhece competência da Justiça Federal para julgar crime de redução à condição análoga à escravidão no Pará”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68523>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Derecho penal del trabajo: un reto para la integración penal supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 92, v. 19, 2011.

VELA, Javier Arévalo. La protección penal del trabajo, *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*, Año 6/7, n° 8 y n° 9, 2012-2013.

El Proceso de consolidación del euroescepticismo británico y el triunfo del Brexit: fuerzas centrípetas para el reforzamiento de la Política Exterior y la Política de Defensa en la Unión Europea

The consolidation process of British Euroscepticism and the triumph of Brexit: centripetal forces for the reinforcement of Foreign Policy and Defense Policy in the European Union

Julio Guinea Bonillo¹

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. Introducción. II. Crisis de la Cooperación Política Europea: Sanciones en Sudáfrica. III. La dimisión de Margaret Thatcher y el avance de la integración. IV. El apoyo de Reino Unido a la Guerra de Irak y el cisma de Europa. V. Auge y caída de la coherencia británica: rechazo y aceptación de un referéndum que rompería más de 40 años de membresía comunitaria. VI. La Integración no se detiene: los líderes siguen avanzando, pese al Brexit y la elección de Donald Trump.

Resumen

El momento en el cual el pueblo británico, a través de un referéndum se pronuncia en favor de abandonar la Unión Europea, es un momento decisivo para la historia de Gran Bretaña y de la Unión Europea. El resultado de dicho referéndum no se produce como consecuencia de una campaña electoral concreta, sino como un proceso de maduración de una situación de desafecto, desilusión y desconocimiento de lo que la Unión Europea simboliza y representa para los ciudadanos británicos. Las élites políticas que han coordinado desde los años 80 este proceso de una manera organizada y metódica son las responsables en último término de su resultado. La Unión Europea después de reaccionar a los acontecimientos ha decidido volver a impulsar el proyecto de integración.

Palabras clave: Brexit, Unión Europea, Reino Unido, Margaret Thatcher, Tony Blair, David Cameron.

Abstract

The moment in which the British people were in favor of leaving the European Union, after voting twice in a referendum, is a decisive moment for the recent history of Great Britain and the European Union. The result of this referendum is not produced as a consequence of an specific electoral campaign, but as a process of maturing itself of disaffection, disillusionment and ignorance of what the European Union symbolizes and represents for British citizens. The political elites that have coordinated this process since the 1980s in an organized and methodical manner are ultimately responsible for its outcome. The European Union after reacting to the events has decided to reinvigorate the integration project.

Key words: Brexit, European Union, United Kingdom, Margaret Thatcher, Tony Blair, David Cameron.

¹ Profesor en el área de Historia del Derecho y las Instituciones en Universidad Rey Juan Carlos. Doctor en Derecho por la Universidad a Distancia de Madrid, Máster en Relaciones Internacionales por la Escuela Diplomática de España, Máster en Unión Europea por la Universidad San Pablo CEU, Graduado en Ciencias Políticas y Licenciado en Historia por la Universidad Complutense de Madrid.

I. Introducción

Reino Unido se había instalado, desde la época de Margaret Thatcher, en una retórica contraria a la integración, no solo con la Política Exterior y su más reciente creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, también en otros ámbitos, como Schengen, el Euro, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, muestras, todas ellas, de un país poco entusiasmado con la construcción europea y, por ende, con la integración.

Su salida de la Unión es una respuesta a décadas acumuladas de antieuropeísmo bien alimentado y promocionado desde las élites políticas más destacadas del país. El debate público que se observaría durante años, así como la opinión pública, asumirían la retórica de constante enfrentamiento con Europa y, este hecho, no ha dado lugar a una generación de ciudadanos en favor de la integración, sino más bien han larvado el propio triunfo del Brexit, que se manifestaría vivamente como uno de los acontecimientos históricos más destacados que tuvo lugar durante el gobierno del Primer Ministro David Cameron.

No obstante, hemos de realizar un ejercicio histórico riguroso para estudiar el proceso y, para ello, debemos comenzar recordando cómo las posturas más alejadas de las tesis federalistas se observaban en la derecha británica, concretamente personificada en una figura, la de la Primer Ministra, Margaret Thatcher quien al final de su mandato se volvería totalmente contraria a la realización de concesiones para construir una mayor unidad entre los pueblos de Europa.

El miércoles 24 de enero de 1990, la líder del Partido Conservador mantendría una reunión con los tories miembros del Parlamento Europeo recordándose entonces que Norman Tebbit atacó duramente a los europarlamentarios conservadores planteándoles la opción entre la lealtad a Thatcher o la expulsión del partido². Los parlamentarios europeos conservadores mantenían una actitud, en cierta medida, proeuropea que disgustaba enormemente a la Dama de Hierro. Margaret Thatcher desde siempre había mantenido la actitud opuesta, era distante con respecto a la cámara democrática de la Unión Europea, escéptica respecto a su trabajo y contraria a que fuese asumiendo competencias paulatinamente que la llevasen a exigir mayor poder de decisión³.

² "Los "torios" y la Europa de Thatcher: se reúnen hoy", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2376, 24.01.1990, p. 3

³ "Las relaciones que el gobierno británico y más especialmente la Primer Ministro en persona mantiene con los parlamentarios británicos pertenecientes al grupo llamado Demócratas Europeos del Parlamento Europeo, son unas relaciones atípicas difieren singularmente de las que existen, en general, entre los gobiernos de los otros Estados miembros y los parlamentarios europeos ciudadanos de los respectivos países.

Existe tal vez una cierta analogía con el tipo de relaciones que prevalecieron durante cierto tiempo entre el grupo parlamentario gaullista (que adoptó diferentes denominaciones y se llama ahora grupo de unión de los demócratas europeos), pero era la época en la que reinaba De Gaulle y cuando la componente gaullista era preponderante en los gobiernos. Entre estos dos casos, existen otras analogías. Los conservadores británicos son, con los gaullistas, los únicos en haber creado grupos autónomos, fuera de las familias políticas tradicionales, -cooptando para alcanzar el umbral cuantitativo necesario- simpatizantes de otros países el hecho se debe a que los gobiernos de sus respectivos países los consideran como "sus propios representantes" en el Parlamento Europeo.

Ahora bien, ningún gobierno nacional se priva, en ciertas circunstancias, de recordar a los parlamentarios "amigos", generalmente por medio de los partidos nacionales, un cierto deber (presunto) de fidelidad. Sea lo que fuere, el caso británico presenta un interés particular porque la actitud "antieuropea" -o considerada como tal por los electores y por la opinión en general, y esto es lo que cuenta- de Thatcher ha originado, sin duda, la derrota electoral sufrida por el partido conservador durante las elecciones europeas de junio pasado. Los conservadores británicos elegidos al parlamento europeo estimaron, con razón o sin ella, que la campaña electoral (es notorio que fue supervisada por Thatcher) iba totalmente en sentido contrario, llegando incluso a diezmar la representación de su partido en el Parlamento Europeo, a destruir la confianza de los electores y situar a los diputados en una situación delicada desde el punto de vista ideológico y cuantitativo, en relación con el conjunto del parlamento. Recordemos que los conservadores, que eran 60 en 1979 y 45 en 1984, alcanzan únicamente el número de 32 en el parlamento elegido durante las pasadas elecciones de junio.

La reunión que mantuvo permitiría crear un mejor clima, pero las divergencias de puntos de vista no habían cambiado. Sir Christopher Prout insistió en que el gobierno británico aceptase la creación de un Banco Central Europeo, pero la Primer Ministra (estaba acompañada de Douglas Hurd y Kenneth Baker) confirmó su rechazo a las fases 2 y 3 del proyecto de la Unión Económica y Monetaria manifestando que “el gobierno de Londres no estima que el Parlamento Europeo debería tener mayores poderes.”⁴

Estas posiciones enfrentadas de los conservadores británicos no impedirían a Jacques Delors continuar insistiendo en que los Doce debían formar una verdadera Federación. En la entrevista mantenida para el programa “*La hora de la verdad*”, de Antenne 2, subrayaría que la Comunidad arriesgaba mucho si no cambiaba su ritmo de integración pues el mero hecho de añadir al proyecto comunitario una Unión Económica y Monetaria no resultaba suficiente, sería necesario fortalecer las instituciones políticas de Europa, alcanzando el fin deseado de un Ejecutivo fuerte y responsable ante el Parlamento Europeo y los Estados nacionales.⁵

II. Crisis de la Cooperación Política Europea: Sanciones en Sudáfrica

La tensión crecería hasta desbordarse en una de las primeras crisis entre los británicos y los miembros de las Comunidades, a propósito de la Cooperación Política y suscitada a principios de 1990, por una decisión adoptada por la Primer Ministro, Margaret Thatcher, en materia de Política Exterior respecto al no alineamiento con sus socios europeos a la hora de mantener las sanciones contra Sudáfrica y su régimen de apartheid. Este hecho despertó nuevamente el *unsplendid isolation* entre los británicos y sus socios europeos.

Los Ministros de Asuntos Exteriores de los países de la Comunidad Europea finalmente se dividieron en torno al asunto referente de las sanciones con Sudáfrica. Al finalizar su reunión de Cooperación Política en el Dublín Castle, la Presidencia irlandesa se vio obligada a constatar que existía un consenso generalizado favorable a congratularse por los últimos cambios realizados en Sudáfrica y para permitir una reactivación de las relaciones culturales y científicas con Pretoria, pero dicho consenso no existía en el tema de las sanciones y de su progresiva eliminación, reclamada por Reino Unido. En el curso de la reunión, el Secretario del Foreign Office, Douglas Hurd, sugirió a sus socios que se adoptara el compromiso de autorizar nuevamente a las empresas europeas el invertir en Sudáfrica, una vez que las autoridades de Pretoria hubiesen cumplido con su promesa de levantar el estado de excepción y, de otra parte, examinar

Al mismo tiempo, los 15 laboristas de 1979 se convirtieron en 45,10 años más tarde. Esto produjo un malestar que se instaló permanentemente en los bancos del grupo de los demócratas europeos, malestar que los dirigentes del partido conservador intentaron remediar, aparentemente sin mucho éxito. En efecto, estos dirigentes quisieron organizar una reunión entre las 32 ovejas descarriadas y la primer Ministro (no sin haberles adoctrinado antes).

Esta reunión estuvo precedida, sin embargo, por intimaciones públicas. Por un lado el Presidente del partido, Kenneth Baker, utilizó la palabra federal en forma de epíteto injurioso precisando que no existía mayoría federal ni en el partido, ni en la Cámara de los Comunes, ni en el país, y excluyó a priori la hipótesis de un Banco Central Europeo. Por otro lado, Norman Tebbit, en un violento artículo publicado en *The Times*, acusó a los parlamentarios de liquidar la independencia de su país y les planteaba la siguiente alternativa: someterse o dimitir (del partido).

Ahora bien, los 32 parlamentarios nunca demostraron ni el valor ni el deseo de solicitar a la Primer Ministro un cambio de su política. Se contentaría con una mejor comprensión de los problemas de una comunidad incluye necesariamente el ejercicio compartido de ciertos atributos de la soberanía. Probablemente, se trata de una ambigüedad que acaba por crear una situación bloqueada.

George Brock tuvo razón cuando escribe que Thatcher se encuentra ahora encerrada en una triple trampa: por su prudencia pragmática acerca de la Comunidad, profundo recelo frente a Alemania y la ausencia de limitaciones al derecho de los alemanes de decidir su propio futuro.” En “Malestar en los miembros conservadores del PE”, *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2381, 31.01.1990, p. 1

⁴ “Reino Unido y Europa: reunión parlamentarios europeos”, *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2379, 27.01.1990, p. 3

⁵ “Jacques Delors y la Europa de mañana: entrevistado por Antenne 2, el Presidente de la Comisión confirma que los 12 deben formar una verdadera federación”, *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2377, 25.01.1990, p. 3

seguidamente el embargo de las piezas de oro, del hierro y del acero sudafricanos una vez instaurado el diálogo entre el régimen presidido por de Klerk y ANC.

La idea suscitó un cierto interés en algunas delegaciones, particularmente en el Comisario europeo, Frans Andriessen, pero Gerard Collins, Ministro irlandés de Asuntos Exteriores y Presidente en ejercicio de la Cooperación Política, intervino para reiterar que el objetivo final perseguido por los Doce mediante las sanciones que habían sido decididas en 1985 y 1986, era la abolición pura y simple del apartheid. Por consiguiente, el jefe de la diplomacia irlandesa propuso a sus colegas no suavizar la presión prematuramente, y este hecho motivó que Reino Unido no se sometería a dicha decisión y unilateralmente se desvincularía de la prohibición de proceder a invertir en Sudáfrica. Gerard Collins intentó disuadirle subrayando esencialmente que Gran Bretaña crearía un peligroso precedente que perjudicaría la credibilidad de la Cooperación Política basado en la regla del consenso. Su llamamiento no fue escuchado y casi al mismo momento que Hulk intentaba encontrar un compromiso en Dublín, Thatcher estaba anunciando en la Cámara de los Comunes que Londres nuevamente autorizaba las inversiones en Sudáfrica.⁶

El *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa* dedicaría un editorial, ese mismo día, al doble error político de Margaret Thatcher, subrayando que la decisión de la Primera Ministra de quedarse aislada constituía, sin duda, un doble error político. Por un lado se comprendía que el Reino Unido había roto con la solidaridad comunitaria al manifestarse contraria a mantener las medidas adoptadas en una postura común y determinaba que la voluntad británica prevalecería por encima de los intereses del resto de sus socios comunitarios, sin tener en cuenta el contexto en el que fue adoptada la decisión. Se rechazaba también cualquier manifestación de solidaridad comunitaria, frente a la exacerbación del principio de la libertad de acción nacional y soberano⁷.

En esta ocasión, Margaret Thatcher, olvidaría el apoyo que había recibido por parte del resto de Estados comunitarios cuando se enfrentó a Argentina en la guerra de las Malvinas o cuando decidió aplicar sanciones contra Libia y Siria porque presuntamente éstos habían ejercido actos de terrorismo contra el Reino Unido. Como Primer Ministra se mostraba inflexible y contraria a mantener la presión sobre Sudáfrica cuando estaba manteniendo una segregación racial gravísima. Este hecho ejemplificó un duro golpe para la Cooperación Política, que funcionaba en base al consenso y la voluntad de los gobernantes, creando un peligroso precedente⁸.

Recordemos que los Doce habían asumido una serie de medidas contra Sudáfrica porque el Estado mantenía un régimen brutal de apartheid y aunque habían liberado a Nelson Mandela⁹, los países comunitarios, en su conjunto, estaban decididos a

⁶ "Cooperación Política: el gobierno británico rompe la cohesión europea en torno a las sanciones contra Sudáfrica- la presidencia irlandesa condena este "peligroso precedente"", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2397, 22.02.1990, p. 3

⁷ "Sudáfrica el doble error político de Margaret Thatcher", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2397, 22.02.1990, p. 1

⁸ "Sudáfrica el doble error político de Margaret Thatcher", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2397, 22.02.1990, p. 1

⁹ A propósito de las tensiones que experimentaba Sudáfrica, tenemos constancia de que Nelson Mandela acudiría al Parlamento Europeo en junio de 1990 para describir las clamorosas situaciones de injusticia que se vivían en el país y debemos resaltar que el miércoles 13 de junio de 1990 "se produjo un incidente entre algunos europarlamentarios y miembros del frente nacional. Un socialista luxemburgués, Krieps, al observar a miembros de dicho grupo sentados en una mesa, hizo la observación de que podrían estar presentes en la sesión durante el discurso de Mandela. Entonces, Le Pen exclamó "¿quién es ese perro? perro sarnoso" suscitando una reacción bastante dura por parte de José Happart, socialista belga a quien Le Pen le escupió dos veces en la cara y recibió una bofetada de Antony. Unos ujieres intervinieron para apaciguar la tensa situación" "Sesión plenaria del Parlamento Europeo", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2469, 15.06.1990, p. 3.

A pesar de lo anecdótico que pudiera parecer este choque, entre dos visiones ideológicas contrapuestas, el sentimiento general que prevalecería en el Parlamento Europeo sería de apoyo a una resolución de compromiso firmada por socialistas, verdes, izquierda unitaria, coalición de izquierdas y el grupo arcoiris, aprobada por 177 votos a favor, 47 en contra y 5 abstenciones. El documento se congratulaba de la liberación de Mandela e insistía en que el régimen de sanciones no debía modificarse "antes de la conclusión de un acuerdo en torno a la instauración de un nuevo

mantenerse unidos en su lucha contra esta lacra. Sin embargo, el Reino Unido actuaría de forma contraria, siendo la *Premier* la responsable de no seguir aplicando la prohibición de nuevas inversiones y llevando la contraria a su propio jefe del Foreign Office, Douglas Hurd, que había alcanzado un compromiso que ni siquiera se llegaría a tomar en consideración. Aquel hecho manifiesta no solo la deriva de la propia Margaret con su exacerbada autoridad, ego y liderazgo en un país de gran importancia cualitativa dentro del conjunto de las Comunidades, sino también que ante su voluntad y falta de solidaridad saldría indemne del lance.

La crisis que generó Margaret Thatcher puso de manifiesto la debilidad que existía en la propia Cooperación Política, precisamente cuando las Comunidades se encontraban próximas a convocar una Conferencia Intergubernamental que mejorase los procedimientos en la adopción de decisiones en Política Exterior. Era necesario revisar el método vigente puesto que si un Estado consideraba que la decisión adoptada por el conjunto de los Estados, dañaba o lesionaba sus intereses, en último término prevalecerían esos intereses nacionales en Política Exterior, por encima de las decisiones adoptadas sobre la base del consenso entre todos los Estados miembros.¹⁰

A pesar de estos incidentes, el presidente de la Comisión Europea no dejaría de insistir en la necesidad de realizar importantes cambios en materia de Cooperación Política europea ya que tras la actuación de Margaret Thatcher era "necesario definir previamente una estrategia común en materia de Política Exterior, en lugar de reaccionar a golpes, con el peligro de ver a la Comunidad como tal excluida de las grandes decisiones, una reforma de la CPE debía igualmente tener en cuenta la política de Seguridad."¹¹ Margaret Thatcher defendería a ultranza que Reino Unido no aceptaría jamás una Unión Política que se tradujera en una Política Exterior y en una Política de Seguridad Comunes¹².

III. La dimisión de Margaret Thatcher y el avance de la integración

Entre el primer Consejo Europeo de Roma, en octubre de 1990¹³, y el segundo Consejo Europeo de Roma, en diciembre de 1990, tendría lugar un acontecimiento muy importante que afectaría a la posterior redacción y discusión del articulado del Tratado de Maastricht. En concreto, nos referimos a la dimisión de la Primer Ministra británica, Margaret Thatcher, tras perder el apoyo de su partido. El 22 de noviembre de 1990, cuando la noticia se extendió a lo largo de Europa, las reacciones que se generaron fueron muy diversas pero en general positivas. El Presidente de la Comisión, Jacques Delors, manifestaría su gran estima por Margaret Thatcher, a pesar de las diferencias¹⁴. En opinión de Leon Brittan, vicepresidente británico de la Comisión Europea, Thatcher había supuesto el motor de la solución de problemas presupuestarios y de la reforma de la PAC, y la inspiradora del proceso de desreglamentación¹⁵. El 27 de noviembre ganaría las elecciones internas del Partido Conservador, el hasta entonces Canciller del Exchequer, John Major, y ese mismo día la Reina Isabel le encargaría la formación de un nuevo gobierno, tras haber presentado Margaret Thatcher su dimisión¹⁶.

orden constitucional." Asimismo el Parlamento Europeo exigiría mayor reflexión aquellos estados que proponen una flexibilización parcial o progresiva en el régimen de sanciones impuesto a Sudáfrica. "Sudáfrica: el PE confirma su posición favorable al mantenimiento de sanciones", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2469, 15.06.1990, p. 3

¹⁰ "Sudáfrica el doble error político de Margaret Thatcher", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2397, 22.02.1990, p. 1

¹¹ "Futuro institucional de Europa: ante la Comisión Institucional, una estrategia ofensiva", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2398, 23.02.1990, p. 3

¹² "Consejo Europeo y Unión Política: las dos Conferencias Intergubernamentales convocadas", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2476, 25 y 26.06.1990, pp. 3 y 4

¹³ PÉREZ Bustamante, R. P y Palacio, A. *Los Consejos Europeos*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, 1998. pp. 354-360

¹⁴ "Dimisión de Margaret Thatcher: Douglas Hurd y John Major candidatos a la segunda vuelta del 27 de noviembre", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2555, 23.11.1990, p. 3

¹⁵ "Dimisión de Margaret Thatcher: Douglas Hurd y John Major candidatos a la segunda vuelta del 27 de noviembre", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2555, 23.11.1990, p. 3

¹⁶ "Reino Unido: el Canciller del Exchequer nuevo Primer Ministro", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2559, 29.11.1990, p. 4

La Primer Ministra británica nunca había sido una ferviente defensora de la integración de Europa. No apoyaba la integración política de Europa, no quería avanzar en una comunitarización de la Política Exterior y mucho menos en el ámbito de la Defensa. Margaret Thatcher apostaba por una Europa liberalizada pero manteniendo cada Estado su plena soberanía. Una vez que la líder británica se retiró del primer plano político, tras más de 11 años al frente del gobierno, las Comunidades Europeas entonces pudieron avanzar un poco más.

La primera evidencia la encontramos en la reunión de los 18 Ministros, tanto de Asuntos Exteriores como de defensa, de la Unión Europea Occidental. Tras dos horas de debate entre los nueve países miembros, llegarían a la conclusión de que era necesario intensificar la cooperación militar para darle un decidido nuevo impulso a la Organización. En el comunicado posterior a la reunión se subrayaba que la Unión Europea Occidental debería jugar un papel relevante en la futura arquitectura de seguridad europea y que los progresos de la construcción debiesen permitir Europa dotarse de una dimensión de Defensa.¹⁷

El Presidente francés François Mitterrand y el Canciller de Alemania, Helmut Kohl, volverían a reunirse el miércoles 5 de diciembre de 1990 y al día siguiente enviarían una carta al Presidente rotatorio del Consejo, Giulio Andreotti, transmitiéndole los deseos conjuntos para que el resto de socios europeos supiesen que las Conferencias Intergubernamentales deberían definir las bases y la estructura de una Unión Política fuerte y solidaria, próxima al ciudadano, comprometida en la vía marcada por su vocación Federal.

En cuanto a la Política Exterior y de Seguridad Común, debería ampliarse a todos los ámbitos y tendría como objetivo defender los intereses esenciales y los valores comunes de la Unión y de sus Estados miembros, fortalecer su seguridad, promover la cooperación con los otros estados, contribuir a la paz y el desarrollo en el mundo¹⁸. En este mismo campo de acción en plena exploración, Francia y Alemania sugerían que el Consejo Europeo definiese los sectores prioritarios de la acción común: por ejemplo, las relaciones con URSS y los países de Centroeuropa y Europa Oriental, la aplicación de las conclusiones de la Cumbre de los 34 y de los resultados del proceso CSCE, las negociaciones de desarme, las relaciones con los países ribereños del Mediterráneo. La Política Exterior podría así evolucionar hacia una verdadera Política Exterior Común.¹⁹

A las puertas del Consejo Europeo de Roma de diciembre de 1990, las dos Conferencias Intergubernamentales convocadas (UEM y UP) necesitaban una inauguración solemne, por los Jefes de Estado y de Gobierno, así como por un representante del Parlamento Europeo. En principio, no existía una fecha fija para concluir el trabajo de ambas Conferencias pero el objetivo era terminar en otoño de 1990, contando cada delegación gubernamental con la oportunidad de presentar nuevos documentos que aportasen ideas. Las primeras convocatorias de reunión se efectuarían a partir de febrero bajo la presidencia luxemburguesa, reuniéndose en la medida de lo posible en concomitancia con las sesiones Asuntos Generales y Economía/ Hacienda²⁰.

En este proceso de reforma de los Tratados, se produjeron las declaraciones de Margaret Thatcher en diferentes medios de comunicación, manifestando que la Comunidad quería forjar un superEstado europeo, dotándose de competencias soberanas como en el ámbito de la Política Exterior, absorbiendo a los propios Estados. Su inmediato predecesor en el liderazgo del partido conservador, y el Primer Ministro que firmaría la adhesión de Reino Unido a las Comunidades, Edward Heath, se vería obligado a contestarle y acusarle de mentirosa porque, precisamente, Thatcher defendía que era imposible tener una moneda única. Pero existía el caso de Estados Unidos con 300 millones de habitantes, y tenían una moneda única. Margaret Thatcher afirmaba también

¹⁷ "UEO-Consejo de Ministros en París: los Ministros quieren dar un nuevo impulso a su Cooperación", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2567, 10 y 11.12.1990, p. 3

¹⁸ "Consejo Europeo: texto de la carta dirigida a Andreotti por Kohl y Mitterrand", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2567, 11.12.1990, pp. 3 y 4.

¹⁹ "Consejo Europeo: texto de la carta dirigida a Andreotti por Kohl y Mitterrand", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2567, 11.12.1990, p. 4

²⁰ "Las dos Conferencias Intergubernamentales organizarán sus trabajos", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2567, 10 y 11.12.1990, p. 5

que la Comisión Europea era autocrática en su proceso de decisión. Y no lo era en absoluto. Solo podía adoptar decisiones si los Ministros estaban de acuerdo acerca de estas decisiones. "Son flagrantes mentiras [...] Thatcher no se da cuenta de que fue expulsada del 10 Downing Street con tan poca ceremonia a causa de lo que decía en cuanto a Europa"²¹.

El Parlamento británico, en vísperas al Consejo Europeo de junio de 1991, desarrollaría un debate en la Cámara de los Comunes en la que participaría Margaret Thatcher, expresando su apoyo a la política de su sucesor John Major y mostrándose reacia a asumir todo compromiso en torno al Tratado de Unión Política, Económica y Monetaria²², advirtiendo contra los peligros del federalismo, la moneda única y los compromisos de Delors. El Gobierno, por su parte, se mostraría menos tajante y más dispuesto a admitir concesiones, sin excluir la existencia de una moneda única europea, asumiendo además ventajas que para el Reino Unido supondría aceptar un paquete que fomenta la convergencia respecto a una inflación baja y finanzas públicas sanas en toda la Comunidad²³ pero, ciertamente, negando toda comunitarización sobre la Política Exterior.

El Consejo Europeo de finales de junio no lograría avances significativos en sus conclusiones²⁴, pero reafirmaría la voluntad de que el texto alcanzado al final de la Presidencia luxemburguesa continuaría siendo la base de los futuros Tratados²⁵ y que traslucía la voluntad unánime de fortalecer la identidad y el papel de la Unión como entidad política en el panorama internacional, así como del deseo de asegurar la coherencia del conjunto de sus acciones exteriores²⁶.

Ante las muestras de presión ejercidas por los Estados miembros en la recta final de las negociaciones, el Reino Unido decidiría celebrar un debate en la Cámara de los Comunes, el 20 y 21 de noviembre de 1991, para discutir y analizar los principales progresos de la integración comunitaria. A lo largo del debate, podemos destacar la intervención de la ex Primera Ministra británica, Margaret Thatcher, apelando al gobierno a permitir la celebración de un referéndum para aceptar los cambios introducidos en los Tratados comunitarios, y entendiendo que se debía permitir "que el pueblo se exprese"²⁷. El gobierno británico no aceptaría dicha solicitud, ya que según su portavoz: la visión del Primer Ministro seguía entendiendo que somos una democracia parlamentaria y no vislumbra aquella necesidad²⁸.

A pesar de sus resistencias a la cesión de soberanía, según el propio Primer Ministro, Reino Unido, deseaba permanecer en el corazón de Europa. Al finalizar la sesión, los Diputados de la Cámara de los Comunes votarían la moción del gobierno sobre Europa, que reiteraba la voluntad de Londres de una Comunidad basada en la cooperación intergubernamental más no en el federalismo²⁹.

La aprobación de la moción por el Parlamento Británico evidenciaría el distanciamiento *de facto* que existía entre las posturas que mantenía la Comisión, los Estados miembros y la presidencia del Consejo. A pocas semanas de la Cumbre de Maastricht se pondría de manifiesto que aún existían importantes diferencias respecto al

²¹ "Edward Heath contraataca las mentiras de Thatcher", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2689, 20.06.1991, p. 5.

²² "Reino Unido: debate acerca de Europa en vísperas de la Cumbre de Luxemburgo", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2695, 28.06.1991, p. 4

²³ *ibíd.*

²⁴ PÉREZ BUSTAMANTE, R. P y PALACIO, A. op. cit. pp. 373-387

²⁵ "Consejo Europeo: Conclusiones de la presidencia - decisión y acción relámpago de la Comunidad en Yugoslavia- el proyecto de la presidencia luxemburguesa sigue siendo la base de los tratados de la CIG pero no se avanza- no se producen verdaderos impulsos en la perspectiva de la conclusión en la Cumbre de Maastricht (9- 10 de diciembre)", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2697, 30.06.1991, p. 1

²⁶ PÉREZ BUSTAMANTE, R. P y PALACIO, A. op. cit. pp. 373 y 374

²⁷ "Unión Política: John Major rechaza la petición de Margaret Thatcher de organizar un referéndum acerca de la Unión Política- junto a España Irlanda incrementa también la presión en la cohesión", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2774, 22.11.1991, p. 6

²⁸ *ibíd.*

²⁹ "Unión Política: la Cámara de los Comunes adopta la moción del gobierno sobre Europa", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2775, 23.11.1991, p. 6

fondo del Tratado, fundamentalmente, en seis problemas importantes³⁰: la estructura y vocación federal, la Política Exterior y de Seguridad Común, la Defensa, las nuevas competencias, el ámbito social y la cohesión.

Tras largos lustros de gobierno thatcherista, el euroescepticismo era algo normal y la valoración de la actividad comunitaria muy escasa. Ya entonces se tenía constancia de que las prioridades británicas se circunscribían básicamente a realizar el Mercado Único, pero de ahí a continuar integrándose, revisar los Tratados más allá del ámbito económico y transferir competencias, eso sencillamente no entraba en los esquemas del gobierno británico.

Una vez finalizada la Conferencia Intergubernamental que negociaría la reforma del derecho originario de las Comunidades, en diciembre de 1991, Reino Unido se mostraría exultante por el éxito cosechado al haber podido mantener y preservar la idea de unanimidad³¹ en la Política Exterior y en la Política de Defensa, que lo considerarían bueno tanto para la Alianza como para sus intereses nacionales nosotros³². El Primer Ministro John Major, tras retornar de la Cumbre de Maastricht, sería recibido triunfalmente en la Cámara de los Comunes por los diputados conservadores. El Premier aseguraría que el Tratado acordado "lleva claramente la huella de nuestros puntos de vista [...] salvaguarda y representa nuestros intereses nacionales"³³.

Según el *Boletín de la Agencia Europa*: los resultados de Maastricht son insuficientes y dejan a veces, entrever peligrosas tendencias centrífugas, con el retorno a unos comportamientos en contradicción con el espíritu de la Unión³⁴. El editorial reflejaría, con un ejemplo, que la actitud asumida por el Reino Unido al final de una época marcada por la Cooperación Política y en ciernes a iniciarse la Política Exterior Común, realmente, no existía una disposición realista a conciliar su agenda y su posicionamiento internacional con sus socios europeos porque "Major, aprovechando su presidencia (un mes) del Consejo de Seguridad de ONU, convoca una Cumbre de ese Consejo, evitando cuidadosamente debatirla previamente (en una reunión colegiada) con sus socios de la Comunidad"³⁵. Los británicos no estaban acostumbrados a plantear en común asuntos que tuvieran especial interés nacional y que se manifestasen en el marco de las Naciones Unidas.

La propia ratificación del Tratado de Maastricht fue compleja de por sí, por lo menos en lo que respecta al Reino Unido donde la situación fue bastante tensa. El primer Ministro John Major se enfrentaba en la Cámara de los Comunes al ala más radical del Partido Conservador, alentados por el discurso de Margaret Thatcher, que desde el Parlamento exigía abiertamente un referéndum. El *premier* insistía en que Maastricht no suponía una centralización mayor y que constituía el punto donde, por primera vez, se había empezado a invertir la tendencia centralista³⁶. Nada más alejada de la realidad, dado la atribución de competencias que se desprende del nuevo Tratado.

La ratificación en el resto de los Estados se realizaría a lo largo de los meses de octubre³⁷, Italia³⁸ y España³⁹, noviembre⁴⁰ y diciembre de 1992, Portugal⁴¹, Países

³⁰ "CIG-Unión Política: estructura del tratado, Política Exterior y Defensa, y Cohesión fueron en el "cónclave" los asuntos más difíciles", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2782, 04.12.1991, p. 3

³¹ "Las reacciones de otras delegaciones nacionales", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2788, 12.12.1991, p. 8

³² *ibíd.* p. 9.

³³ "Cumbre de Maastricht: primeros comentarios en la Cámara de los Comunes- para Kinnock, Maastricht ha sido una abdicación y no una negociación para- el liberal Ashdown, Reino Unido lo pagará caro", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2789, 13.12.1991, p. 7

³⁴ "Un tratado insatisfactorio, pero que deberá ratificarse", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2802, 15.01.1992, p. 1

³⁵ *ibíd.*

³⁶ "Maastricht/Reino Unido: ante la Cámara de los Comunes, Major afirma que el tratado significa una centralización menor", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2887, 22.05.1992, p. 3

³⁷ "Maastricht: el debate de ratificación comienza el 1 de octubre en España, el 8 de octubre en Alemania- reacciones al "sí" de los franceses en Europa y en otras partes", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, nº 2950, 23.09.1992, p. 3

Bajos⁴² y Alemania⁴³, porque a finales de año diez Estados miembros habían cumplido su compromiso de ratificación del Tratado. Solo los Estados de Dinamarca, pendiente de efectuar su referéndum el 18 de mayo de 1993⁴⁴ y el Reino Unido continuarían inmersos en amplios debates públicos, con perspectivas a obtener la ratificación.

Una de las protagonistas más fervientes en contra de la integración sería la ex Primera Ministra, Margaret Thatcher, que llegaría a ponerse al frente de una manifestación de 3.000 personas, demandando un referéndum popular para ratificar el Tratado de Maastricht⁴⁵ y orquestaría una consulta popular telefónica como medida de reivindicación política⁴⁶. Sin embargo, habría numerosos llamamientos a favorecer la unidad y mantener el apoyo sobre el proyecto de integración europea que conciliaba Maastricht. El arzobispo de Canterbury, Dr. George Carey, afirmaría ante el Parlamento Europeo que "a través de la dimensión europea... podemos hacer más para realizar nuestros valores compartidos que lo que podríamos como Estados-naciones en competencia entre sí. El nacionalismo [...] solo significa sufrimientos y conflictos sin fin en Irlanda, Israel, Palestina, ex Yugoslavia y en todo el mundo"⁴⁷.

Transcurrido un año desde la firma del Tratado de Maastricht, en una gira por los países asiáticos, Helmut Kohl efectuaría una advertencia desde Nueva Delhi⁴⁸ a aquellos que todavía no habían ratificado el Tratado: "En caso que Dinamarca o Reino Unido no lo ratificarán, la Comunidad Europea, entonces, pondría en marcha inmediatamente el tren europeo con Once o con Diez países y continuaría su curso. Esto implicaría algunas consecuencias, incluidas las jurídicas; pero estoy firmemente decidido, juntamente con mis colegas, a no pararme ni un solo día, por el contrario, en caso de que eso sucediera, aceleraríamos el ritmo"⁴⁹.

En la mitad del 1993, a pesar de la resistencia efectuada por Margaret Thatcher⁵⁰, Reino Unido ratificaría el Tratado⁵¹. En septiembre de 1993 todos los Estados habían depositado los instrumentos de ratificación, menos Alemania que se encontraba a la

³⁸ "Italia-Maastricht: Italia ratificó el tratado por amplia mayoría", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2950, 30.10.1992, p. 3

³⁹ "España-Maastricht: el Congreso de los Diputados aprueba el Tratado de Maastricht" p. 3 y en noviembre lo aprobaría el senado, visto en ,27.11.1992, n° 2995, "CE-Maastricht: España ratifica el Tratado sobre Unión Europea", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2950, 23.10.1992, p. 3

⁴⁰ "Maastricht: los Comunes aprueban por escaso margen la moción del Gobierno- el Senado belga ratifica el tratado por amplia mayoría", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 2950, 06.11.1992, p. 4

⁴¹ "Portugal- Maastricht: el Tratado ratificado por muy amplia mayoría", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3006, 12.12.1992, p. 3

⁴² "Maastricht- Holanda: la Cámara Alta holandesa ratifica, por aclamación, el Tratado- la última votación de este año, la del Bundesrat alemán", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3010, 17.12.1992, p. 3

⁴³ "Maastricht- Alemania: el Bundesrat Ratifica el Tratado por unanimidad", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3010, 19.12.1992, p. 3

⁴⁴ " Maastricht/Dinamarca: referéndum el 18 de mayo", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3036, 05.02.1993, p. 3

⁴⁵ "Maastricht/Reino Unido: los protagonistas a favor de la celebración de un referéndum se movilizan- Thatcher forma parte de ellos", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3023, 19.01.1993, p. 3

⁴⁶ "Maastricht/Reino Unido: Thatcher organiza un referéndum telefónico", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3035, 04.02.1993, p. 3

⁴⁷ "PE/Reino Unido: llamamiento del arzobispo de Canterbury en favor de la unidad de europea y contra el nacionalismo", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3043, 16.02.1993, p. 5

⁴⁸ "Maastricht: el Canciller Kohl determinado a ir hacia delante, incluso a Diez ", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3048, 23.02.1993, p. 3

⁴⁹ "Maastricht/RFA: las palabras del canciller Kohl sobre la "aceleración del tren europeo" en caso de no ratificación por los Doce", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3049, 24.02.1993, p. 3

⁵⁰ "RU/Maastricht: fiasco de Lady Thatcher: los Lores rechazan la enmienda", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3141, 16.07.1993, p. 3

⁵¹ "CE-Reino Unido: el gobierno de Mayor obtiene la confianza de los Comunes respecto a la ratificación de Maastricht", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3146, 24.07.1993, p. 2

espera de la decisión que adoptaría el Dictamen del Tribunal Constitucional alemán de Karlsruhe⁵² el 12 de octubre de 1993 y que finalmente aprobaría, destacándose las reacciones positivas⁵³ a la sentencia que invitaba a la Comunidad a que subsanase su déficit democrático.

El Ministro de Asuntos Exteriores italiano, Beniamino Andreatta, remitiría un telegrama al secretario general del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea, el 13 de octubre de 1993, notificándole que todos los instrumentos de ratificación del Tratado de Maastricht estaban depositados en Roma⁵⁴, el Tratado ya podía entrar en vigor. La última reunión que abordaría los temas de Política Exterior en el marco de la Cooperación Política europea se produciría el lunes 25 de octubre de 1993⁵⁵, a partir de entonces, comenzarían las nuevas reuniones en el Consejo pero ya en el nuevo marco jurídico de la Política Exterior y de Seguridad Común.

La primera acción común que el Consejo de la Unión Europea asumió, tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, tendría lugar el 8 de noviembre, mediante el envío de una misión de observación a las elecciones parlamentarias del 12 de diciembre en la Federación de Rusia⁵⁶ y con previsión de crear una unidad especial de coordinación en Moscú⁵⁷. Esta acción, que en un principio se olvidó de contar con el Parlamento Europeo⁵⁸, daba cumplimiento a las acciones prioritarias marcadas por los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre informal celebrada a finales de octubre de 1993⁵⁹ y provocaría, meses más tarde, la solicitud de Enrique Barón en favor de un acuerdo interinstitucional sobre la PESC que evitase olvidar al Parlamento en su papel como institución consultiva⁶⁰. A su vez, las primeras acciones comunes coincidían en el tiempo con el discurso que pronunciaría la Reina Isabel II de Inglaterra en el inicio del curso político, presentando el programa de trabajo del gobierno conservador de John Major, apelando a desarrollar la cooperación en el sector de la Política Exterior y de Seguridad⁶¹ con las Comunidades.

No obstante, estas palabras contrastan con las hechos y las declaraciones contrarias del Primer Ministro, en las cuales, el propio John Major, en una entrevista para el periódico francés *Le Figaro*, se posicionaría contrario, en cualquier área comunitaria, a asumir una mayor integración: “el hecho que no sigamos el camino de la integración imbécil y de la centralización excesiva no significa que seamos antieuropeos. Tenemos el sentimiento de ser unos buenos europeos que hablan por el bien de Europa”⁶². Estas declaraciones se suman a las corrientes de opinión que generaba la prensa británica más sensacionalista, destacando el *Daily Mail*, invitando a festejar el Día de Europa en 1996

⁵² "Maastricht: todos los Estados miembros, excepto Alemania, han presentado los instrumentos de ratificación en Roma", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3151, 03.09.1993, p. 3

⁵³ "Maastricht: reacciones positivas de las instituciones europeas y de las capitales al fallo del tribunal de Karlsruhe", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3179, 14.10.1993, p. 3

⁵⁴ "Maastricht: presentados todos los instrumentos de ratificación, el Tratado puede entrar en vigor", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3180, 15.10.1993, p. 3

⁵⁵ "CE/Cooperación Política: la cumbre se pronunciara sobre ex Yugoslavia- intercambios de puntos de vista ministeriales respecto a Rusia y Sudáfrica", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3188, 27.10.1993, p. 3

⁵⁶ "Unión/ Rusia: acción común para el envío de observadores", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3198, 10.11.1993, p. 3

⁵⁷ "Unión/ Rusia: la acción como un adoptada por el Consejo (envío de observadores a las elecciones) prevé la creación de una unidad especial de coordinación en Moscú", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3199, 11.11.1993, p. 4

⁵⁸ "PE/PESC: Claes da precisiones a los parlamentarios acerca del envío de observadores a las elecciones rusas- Los parlamentarios piden la exclusión de Sudán del Convenio de Lomé", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3208, 25.11.1993, p. 4

⁵⁹ "UE/PESC: Declaración sobre las elecciones rusas", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3225, 17.11.1993, p. 3

⁶⁰ "PE/PESC: Baron desea un acuerdo interinstitucional", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3234, 11.01.1994, p. 5

⁶¹ "UK/Unión Europea: discurso de la Reina", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3204, 19.11.1993, p. 6

⁶² "John Major reafirma con rotundidad las posiciones británicas acerca de la integración europea", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3747, 18.05.1996, p. 3.

con caricaturas grotescas donde aparece un "gentleman" británico lanzando una bomba contra Bruselas⁶³. Reino Unido era consciente que un avance político más allá del librecambio era motivo suficiente para verse obligados a contemplar un futuro fuera de Europa⁶⁴ porque desechaban la idea de formar parte de un proyecto federal europeo.

Esta involución en el proceso de integración comunitario duraría hasta el final del mandato de Major. Hemos de destacar un acontecimiento político que cambiaría el rumbo de la Construcción de la Unión Europea, precisamente en el momento en el cual se comenzaba a negociar la reforma de los Tratados en una nueva conferencia Intergubernamental. La aplastante victoria Laborista⁶⁵ de Tony Blair, en las elecciones celebradas el 1 de mayo de 1997 en Reino Unido, supuso un momento clave para su historia en particular y para Europa en general. Los resultados que tuvieron los laboristas serían históricos, 419 diputados, frente a los 165 conservadores, 46 de los liberales demócratas, 10 de los unionistas del Ulster, seis de los nacionalistas escoceses, cuatro de los galeses, dos del Sinn Féin, 2 unionistas democráticos, uno independiente y uno UKU.

Esta elección representaba, no solo una fuerte mayoría laborista en el Parlamento, también, en palabras del Ministro Asuntos Exteriores francés, Hervé de Charette un retroceso del euroescepticismo británico⁶⁶, y en nuestra opinión, un verdadero empujón para la culminación de las decisivas reformas del Tratado de Ámsterdam, que se habrían vetado de haber continuado John Major en el gobierno. El triunfo laborista, no solo representaba una nueva etapa de relaciones con Europa⁶⁷, también favorecería la convocatoria de una Cumbre informal entre los Quince, el 23 de mayo, en la ciudad de Noordwijk, que permitiría a los demás Estados miembros conocer los puntos de vista de Tony Blair⁶⁸, con su nueva orientación⁶⁹ respecto a los avances emprendidos en la CIG.

La nueva línea marcada por el laborista británico Tony Blair, reflejada en la Cumbre europea de mayo de 1997, se centraba por mantener una auténtica cooperación en Política Exterior⁷⁰, donde el Reino Unido conservaría el control soberano en la Política Exterior y la Defensa. Los líderes europeos manifestaron una voluntad común⁷¹: finalizar en el Consejo Europeo de Ámsterdam la labor emprendida por la Conferencia Intergubernamental y ultimar un Tratado reformado, con suficiente substancia⁷².

A pesar del nuevo laborismo de Blair, el país seguía arrastrando una herencia notable de antieuropeísmo procedente de los anteriores gobiernos conservadores. Este hecho motivaría una campaña mediática en el país, bautizada como *Britain in Europe*⁷³, para contrarrestar los perniciosos efectos más perniciosos del antieuropeísmo declarado que se observaba en el país. El Primer Ministro de Reino Unido, Tony Blair,

⁶³ "Como Reino Unido debería celebrar el día de Europa, según el "Daily Mail", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3747, 18.05.1996, p 3.

⁶⁴ "UE/Reino Unido: un experto del gobierno estima que Reino Unido podría tranquilamente abandonar la Unión", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3766, 15.06.1996, p 3.

⁶⁵ "UE/Reino Unido: aplastante victoria laborista - reacciones positivas de los miembros de UE", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3956, 03.05.1997, p 3.

⁶⁶ *ibíd.*

⁶⁷ "UE/Reino Unido: Robin Cook anuncia una nueva etapa en las relaciones con Europa - Doug Henderson Secretario de Estado para Europa", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3957, 06.05.1997, p 4.

⁶⁸ "UE/CIG: Cumbre informal de los 15 el 23 de mayo en Noordwijk", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3956, 03.05.1997, p 4.

⁶⁹ "UE/Reino Unido: Robin Cook confirma la nueva orientación británica pero estoy más improbable la participación en el euro en 1999", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3961, 13.05.1997, p 4.

⁷⁰ "UE/Consejo Europeo: Tony Blair confirma que Reino Unido no renunciará a los controles en las fronteras y aboga por una Unión próxima al ciudadano, pero contra la utilización abusiva del capítulo social", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3969, 24.05.1997, p 3.

⁷¹ "Consejo Europeo: en Noordwijk, la cumbre reafirmará la voluntad de concluir CIG el mes próximo en Ámsterdam - los Quince parecen orientarse hacia el mantenimiento del statu quo respecto importantes temas institucionales, aunque reforzando la función del Presidente de la Comisión", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 3970, 27.05.1997, p 4.

⁷² *ibíd.*

⁷³ "UE/Reino Unido: Tony Blair y Gordon Brown, Michael Heseltine, Kenneth Clarke y Charles Kennedy inauguran la campaña "Britain in Europe", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 4476, 16.10.1999, p.8.

declararía que este nuevo antieuropeísmo no tenía ninguna lógica económica y “siempre volvemos al mismo dilema: dentro de Europa o fuera (...) al final siempre hemos elegido estar dentro”⁷⁴ porque “ningún otro país europeo pensaría echar por la borda las ventajas de un Mercado Único y las instituciones que lo hacen funcionar, y renunciar a la fuerza que nos ofrece un espacio comercial de 380 millones de personas en las negociaciones comerciales”⁷⁵.

IV. El apoyo de Reino Unido a la Guerra de Irak y el cisma de Europa:

Un mandato que no se caracterizaría por exigir demandas ambiciosas en las restantes reformas de los Tratados, ni en Niza, ni con el Tratado Constitucional, en un momento además de enorme tensión porque en materia de Política Exterior decidiría posicionarse en favor de una intervención en Oriente Medio y ocasionando un cisma ante la Comunidad Internacional en el marco de Naciones Unidas.

La disparidad de criterios entre los diferentes Estados, en asuntos vitales como la crisis de Irak⁷⁶, llevaría al Secretario general de las Naciones Unidas, Koffi Annan, a lamentarse de que la Unión Europea no hablase con una sola voz⁷⁷. Valéry Giscard d'Estaing iría más lejos, y se declararía escéptico y melancólico⁷⁸ por la capacidad de actuación que mantenía la PESC⁷⁹, inclusive después de haber entrado en vigor el Tratado de Niza, pues poco o casi nada había servido para evolucionar su articulado en el ámbito de la Política Exterior. Los eurodiputados que viajaron a Estados Unidos en febrero de 2003 criticaron abiertamente a Londres y Madrid por su actitud de ruptura de consenso en el tema de Irak con respecto del resto de los Estados miembros⁸⁰.

La crisis de Irak, que dividió a los europeos en el trabajo de la Convención⁸¹ y puso de relevancia la falta de coordinación entre los Estados miembros⁸², debería haber operado como acicate en el proceso de integración de la Política Exterior⁸³, para relanzar la Europa política⁸⁴ y evitar profundizar su inoperancia y escasez de capacidad militar⁸⁵ a

⁷⁴ "UE/Reino Unido: Tony Blair desea una asociación estratégica y con la Comisión", *Boletín Cotidiano de la Agencia Europa*, n° 4445, 29.07.1999, p.4.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ "UE/ Irak: pas de réaction unanime au discours de Colin Powell", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8395, 07.02.2003, p. 7.

⁷⁷ "PE/Irak: la Délégation du PE qui s'est rendue aux Nations Unies craint «le pire» et condamne la visite des députés européens à Bagdad", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8394, 06.02.2003, p. 4.

⁷⁸ "UE/Convention: les premiers articles proposés par le Présidium ouvrent la voie à une Union consolidée – les conventionnels peuvent déposer des amendements jusqu' au 17 février", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8395, 07.02.2003, p. 6.

⁷⁹ "UE/Défense: les Ministres de la Défense adoptent leur déclaration sur les capacités militaires de l'UE et annoncent que l'UE peut mener toutes les missions de Petersberg – mise en place des dix premiers groupes de projets charges de combler les lacunes de l'UE en matière de capacités militaires", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8465, 20.05.2003, p. 4 y 5.

⁸⁰ "PE/Irak: visite de députés européens aux Etats-Unis – MM. Baron et Sakellariou critiquent Londres et Madrid", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8409, 27.02.2003, p. 5.

⁸¹ "UE/Convention: Giscard d'Estaing proposera d'intégrer une référence aux valeurs religieuses dans le préambule de la Constitution – perspective pour la PESC", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8411, 01.03.2003, p. 6.

⁸² "Pour Valéry Giscard d'Estaing, ni l'Europe de la défense ni, très probablement, la politique étrangère commune ne seront réalisées a 25", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8409, 04.03.2003, p. 3.

⁸³ "UE/ Irak/Convention: selon plusieurs conventionnels, la crise irakienne doit inciter la Convention a plus de courage en politique étrangère – M. Abitbol : la Convention devrait interrompre ses travaux pendant la guerre – VGE demande à M. Prodi d'utiliser l'Eurobaromètre pour sonder les européens", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8396, 08.02.2003, p. 3.

⁸⁴ "La prolongation de la Convention a, dans l'esprit de Valéry Giscard d'Estaing, un rapport direct avec la relancé de l'Europe politique et la défense", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8425, 21.03.2003, p. 3.

⁸⁵ "UE/PESD: réunion informelle sur les capacités militaires de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8398, 12.02.2003, p. 5.

la que se enfrentaba, con sus demoras constantes en las respuestas de capacidad previstas⁸⁶.

El resultado en esta nueva guerra, que estallaba frente a los ojos de una Europa pesimista⁸⁷ y dividida⁸⁸ hasta en el seno del Parlamento Europeo⁸⁹, representaba una evidencia adicional del escaso poder diplomático o "blando" que la Unión tenía para convencer a otros Estados de evitar recurrir a la guerra como medio para solucionar los conflictos. Ya que el poder de persuasión de la Unión, en el caso de la guerra de Irak, fue muy escaso.

Lo único que pudo hacer, una vez estallado el conflicto el 20 de marzo de 2003, fue preparar planes de urgencia y de contingencia para la catástrofe humanitaria que se cernía sobre Irak⁹⁰; efectuar, en un debate plenario en el Parlamento Europeo, llamadas a reforzar las capacidades militares de la Unión⁹¹, asumir mayor coherencia, reflexionar sobre la voluntad de real de los Estados de mantener una Política Exterior Común⁹², relanzar el proceso de paz en Oriente Próximo⁹³, tratar de ponerse de acuerdo sobre el papel de la Unión tras la guerra⁹⁴ o meditar las consecuencias de la guerra para la seguridad y defensa global⁹⁵.

Además, la división estaba servida, desde el mismo instante en que se formó una fuerza internacional de estabilización en Irak. De los 16 miembros de dicha fuerza, ocho países fueron europeos (Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos, Italia, España, Polonia, Bulgaria y Ucrania), de los cuales 5 eran miembros de pleno derecho de la Unión Europea⁹⁶. Por lo tanto, el hecho de que los Ejércitos de algunos Estados miembros participasen en la misión y otros no, desprende que fueron los propios Estados con sus intereses particulares, los que se manifestaron cuando sus tropas participaron en la guerra.

⁸⁶ "PE/OTAN: M. Papantoniou admet qu'il faudra peut-être deux ans de plus que prévu pour que la Force de Réaction Rapide atteigne 60.000 hommes", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8405, 21.02.2003, p. 5.

⁸⁷ "UE/Défense: pessimisme sur l'issue de la crise en Irak – mise en place de groupes projets pour combler les lacunes de l'UE en matière de capacités militaires – l'UE pourrait prendre la relève de l'OTAN en ARYM le 31 mars", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8420, 18.03.2003, p. 3.

⁸⁸ "UE/Irak: MM. Papandreou et Patten évoquent les leçons à tirer de la crise – au Sommet, un débat sur l'Irak remplacera celui sur la Convention", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8423, 19.03.2003, p. 5.

⁸⁹ "L'incapacité du Parlement Européen à prendre position sur l'Irak prouve que Giscard d'Estaing a raison de demander un délai supplémentaire pour que la Convention s'exprime sur la politique étrangère et de défense", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8433, 01.04.2003, p. 3.

⁹⁰ "UE/Conseil Relations Extérieures: l'UE a déjà préparé des plans d'urgence en cas de catastrophe humanitaire en Irak, mais refuse de parler de reconstruction – conclusions sur le Proche-Orient, les Balkans et la situation des droits de l'homme en Chine et en Iran ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, 20.03.2003, n° 8424, p. 3.

⁹¹ "PE/PESD: pour un renforcement des capacités militaires de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8431, 28.03.2003, p. 7.

⁹² "PE/ONU: le rapport Laschet pour le renforcement et la politisation des relations UE/ONU – doter l'Union Européenne de la personnalité juridique et d'un siège au Conseil de Sécurité", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8632, 28.01.2004, p. 7.

⁹³ "PE/Irak: Pat Cox: cette crise doit nous inciter à plus cohérence – George Papandreou : réfléchissons sur notre volonté réelle d'avoir une politique extérieure commune – Chris Patten: le monde fonctionne mieux si les américains et les européens «travaillent ensemble» - Conseil et Commission insistent sur la relance du processus de paix au Proche Orient", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8425, 21.03.2003, pp. 4 y ss.

⁹⁴ "UE/Conseil Affaires Générales: les Ministres devraient essayer de s'entendre sur le rôle de l'UE en Irak dans l'après – guerre – Sixième Conseil de Coopération entre l'UE et la Russie", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8441, 11.04.2003, p. 6.

⁹⁵ "UE/Défense: réflexions sur les conséquences de la crise irakienne pour la sécurité et la défense globale", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8484, 18.06.2003, p. 6.

⁹⁶ "UE/Irak: le Conseil Gymnich a tenté de préciser le rôle de l'UE dans l'après-guerre, au moment où la coalition américaine prépare l'administration de l'Irak sans mandat de l'ONU", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8455, 06.05.2003, p. 7.

Si la Defensa hubiera sido competencia exclusiva de la Unión, la intervención militar de soldados europeos no se hubiera producido, pues de los 15 Estados miembros, 10 Estados estuvieron en contra de la intervención y 5 Estados a favor. La intervención de los Estados miembros de la Unión en Irak se habría evitado, sencillamente, si hubiese existido un grado de compromiso federal mayor, como el exigido por Bélgica⁹⁷, mientras que otros como el Reino Unido⁹⁸ no quisieron ni que constase por escrito en el derecho originario⁹⁹.

Como la PESD se encontraba en una fase pionera¹⁰⁰, y los Ejércitos son el cuerpo armado a disposición de sus respectivos gobiernos, hubo Estados que decidieron acudir a Irak, e inclusive apoyar la intervención de la OTAN¹⁰¹, mientras que otros hicieron lo contrario. Los Estados grandes intentaron aproximar sus perspectivas y conciliar una aproximación común al tema de Irak, pero por más encuentros multilaterales que se hicieran¹⁰², o visitas de Comisarios Europeos a Irak¹⁰³ que se produjesen, en realidad, no se conseguirían acuerdos en este ámbito¹⁰⁴ y tanto Francia como Alemania se negarían a aportar ayuda militar en la contienda¹⁰⁵.

Tras el cisma de la guerra de Irak y el fracaso de la ratificación del Tratado Constitucional, la Unión se sumió en una nueva crisis existencial y en la cual Reino Unido destacaría como un Estado grantista tratando de alcanzar los consensos rotos. El 20 de octubre de 2005, el Primer Ministro de Reino Unido, Tony Blair, explicaría las razones por las cuales convocaba a sus socios europeos a una cumbre informal en el Hampton Court. El principal motivo radicaba en analizar cuestiones estratégicas para el futuro de Europa, pues se hacía necesario preservar, en el mundo moderno, los ideales europeos y, en consecuencia, Europa requería de un renovado entorno de reflexión para abordar los efectos de la globalización en los numerosos retos que planteaba y a los cuales debían otorgar una respuesta conjunta y coherente. Asimismo insistiría en la idea de que el proyecto europeo necesitaba avanzar pero requería identificar el terreno común sobre el cual se podía construir un proyecto¹⁰⁶.

La reunión, según rezaba en la invitación, comenzaría a las 10 de la una breve presentación por parte del presidente de la Comisión, José Manuel Barroso, efectuando una breve introducción sobre Europa en el mundo continuación Javier Solana sería invitado a tomar la palabra para explicar cómo

⁹⁷ "UE/CIG: mise en garde de M. Verhofstadt qui évoque une «fédération» M. Solana insiste sur les aspects «politique étrangère et de défense», *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8593, 27.11.2003, p. 5.

⁹⁸ "UE/Convention/Défense: levée de boucliers britannique contre une défense européenne commune", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8466, 21.05.2003, p. 7.

⁹⁹ "UE/Convention/Royaume-Uni: Tony Blair demande a Valéry Giscard d'Estaing de rayer le mot «fédéral» de la future Constitution", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8466, 21.05.2003, p. 5.

¹⁰⁰ "UE/PESD: la Présidence italienne devra faire passer la PESD «de la phase pionnière a un stade plus avancé de maturité», affirme le programme de ce semestre –pour des relations avec la Russie «aussi intenses» qu'avec l'OTAN ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8519, 06.08.2003, p. 6.

¹⁰¹ "UE/Irak: le gouvernement italien est favorable à une intervention de l'OTAN en Irak", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8504, 15.04.2003, p. 6.

¹⁰² "UE/Irak: l'Allemagne, la France, et le Royaume-Uni se réunissent en sommet samedi à Berlin pour tenter de rapprocher leurs positions sur l'Irak", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8544, 18.09.2003, p. 6.

¹⁰³ "UE/Irak: le commissaire Patten est actuellement à Bagdad", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8544, 18.09.2003, p. 6.

¹⁰⁴ "UE/PESD/Irak: Jacques Chirac, Gerhard Schroeder et Tony Blair se mettent d'accord sur la défense européenne, la CIG et le pacte de stabilité mais achoppent, une fois de plus, sur le dossier irakien", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8547, 23.09.2003, p. 4.

¹⁰⁵ "UE/Irak: France, Allemagne et Russie voteront pour la résolution américaine sur l'Irak mais n'apporteront pas de contribution militaire", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 8565, 17.10.2003, p. 6.

¹⁰⁶ "M. Blair met l'accent sur la nature informelle et stratégique des discussions à Hampton Court et espère qu'on ne parlera pas trop de perspectives financières, même s'il exposera brièvement ses intentions, en vue de parvenir à un accord en décembre", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9053, 21.10.2005, p. 6

contribuir Europa a construir un mundo más seguro. Tras estas dos intervenciones, se sucedería un intercambio de opiniones entre los Jefes de Estado y de Gobierno sobre temas de relevancia, que incluirían aumentar la solidaridad social entre los miembros, la búsqueda de respuestas sobre cómo lograr una modernización europea, acrecentar la seguridad de los ciudadanos, hacerles entender a los electores la necesidad de la modernización. Tras el almuerzo habría espacio para reunirse con el Primer Ministro croata, Ivo Sanader, y con el Primer Ministro turco, Recep Tayyip Erdoğan. Horas más tarde, al filo de las seis, se publicaron las conclusiones del encuentro¹⁰⁷.

La cumbre informal daría como resultado un gran acuerdo entre los Jefes de Estado y de Gobierno sobre las prioridades de acción, en línea a las propuestas de la Comisión. Una de las más importantes sería la de explicar mejor a los ciudadanos europeos, la forma en que la Unión dialoga institucionalmente sobre cosas concretas que les afecta. Barroso afirmaría que Europa solo podría ganar la lucha a la globalización si Europa se modernizaba lo suficiente, y para ello fue bien recibida la creación de fondos para la adaptación a la globalización.

Las respuestas de los diferentes líderes fueron positivas. El Presidente de Francia, Jacques Chirac, calificó el encuentro como muy útil. El canciller alemán, Gerhard Schröder, se manifestaría, en la última Cumbre a la que asistía, con una postura escéptica sobre la financiación de un fondo de ajuste para la globalización. Por su parte, el Presidente español, José Luis Rodríguez Zapatero, se alinearía con el Canciller austriaco, Wolfgang Schüssel, en aceptar que Europa representaba el buen camino y en su satisfacción con el positivo encuentro¹⁰⁸.

Una de las voces más ambiciosas y que mejor trasladaría a la opinión pública los logros alcanzados por la cumbre de Hampton Court, sería la del Primer Ministro belga, Guy Verhofstadt, quién valoraría que la Unión Europea debía adquirir un papel más relevante en el escenario internacional, pues tras la caída del muro del muro de Berlín, Europa se encontraba sumida en un mundo bipolar donde los Estados Unidos desde un punto de vista político y militar han sido la cabeza y después evolucionaba a un mundo multipolar donde llegaba China, la India, Japón, Asia. En unos años era fácilmente previsible que China fuese la economía más grande del mundo y este hecho tendría consecuencias también a nivel político y militar.¹⁰⁹

Por otra parte, el Primer Ministro Tony Blair también perseguiría en ese encuentro, y en otros posteriores, alcanzar una alianza de Estados favorables a una simple modificación de los Tratados, muy superficial, que no incluyese las reformas de calado que el Tratado constitucional había alcanzado. Entre sus entrevistas podemos destacar la que mantuvo con el Presidente neerlandés, Jan Peter Balkenende, con el Primer Ministro polaco Jaroslaw Kaczynski y sus exigencias más notables como las de la República Checa¹¹⁰, basada en omitir en el futuro Tratado la Carta de Derechos Fundamentales. En vista a la posibilidad de que este grupo de Estados se organizase y pudiera convencer a otros Estados para oponerse a la reforma que se cernía, Alemania remitiría un cuestionario a todos los Estados miembros para redactar lo más rápidamente un posible

¹⁰⁷ *ibid.*

¹⁰⁸ "Large accord des Chefs d'Etat et de Gouvernement sur les priorités d'action proposées par la Commission sur la mondialisation-des décisions concrètes sont attendues sous Présidence autrichienne en 2006-trouver un accord sur le budget sera beaucoup plus facile avec les orientations fixées à Hampton Court, estime M. Blair", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9059, 29.10.2005, pp. 4 y ss.

¹⁰⁹ *ibid.*, p. 6

¹¹⁰ "UE/Constitution: la République Tchèque ne veut pas de «Ministre Européen des Affaires Etrangères»- refus de tout «symbolisme quasi constitutionnel» ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9401, 05.04.2007, p. 3

un texto inicial sobre el que negociar la reforma de los Tratados¹¹¹, que previsiblemente se discutiría en el Consejo Europeo de junio de 2007¹¹².

A pocas semanas de conmemorar la Unión Europea los 50 años de la firma Tratados de Roma, la plataforma europea de personas de edad avanzada, que asociaciones de personas de más de 50 años en toda Europa, presentaría una abierta a los dirigentes de la Unión, antes de hacerse pública la Declaración de Presidencia alemana había asumido el compromiso de elaborar una declaración presentada el 25 de marzo de 2007. Las personas mayores solicitaban que los miembros de la Unión Europea suscribiesen como principales objetivos: la prosperidad, el respeto de la diversidad, una economía duradera, una democracia participativa, mayor seguridad, un papel positivo para la Unión Europea en el

Esta atmósfera de reflexiones permitían tomar el pulso del proceso de construcción europeo donde no todos los políticos de los Estados miembros favor de asumir los logros alcanzados en el Tratado Constitucional. Algunos oponían a avanzar más allá. El paradigma político que mejor ilustra esta oposición figura de del futurible Primer Ministro británico, David Cameron, junto al Primer checo Mirek Topolánek. En marzo del 2007, afirmarían que el Tratado estaba muerto, siendo mejor para los 27 olvidarse de él y dedicarse a otros menesteres. En dicha ocasión, ambos políticos demostrarían su sintonía, presentando a los medios de comunicación el anuncio de que abandonarían el grupo político del Partido Popular Europeo en la Eurocámara y formarían un nuevo grupo político llamado Movimiento para la Reforma Europea¹¹⁴.

A pesar de estas voces críticas¹¹⁵, entre los miembros del Consejo Europeo existía un amplio consenso para avanzar juntos hacia el éxito. Los Jefes de Estado y de Gobierno recordarían, en las conclusiones de la reunión de marzo de 2007, que la evolución en la integración europea había sido positiva y su impulso debería aprovecharse para acelerar el ritmo de modernización de Europa. La Unión estaba decidida a modelar tanto su Política Interior como Exterior de acuerdo con sus valores en un mundo globalizado en beneficio de los ciudadanos de la Unión¹¹⁶ o, en palabras de la propia declaración de Berlín de 2007, dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009.

La Declaración de Berlín fue el instrumento jurídico utilizado para celebrar el 50º aniversario de la firma de los Tratados en Roma¹¹⁷ y estaría firmada por el Presidente del Parlamento Europeo, Hans-Gert Pottering, la Presidenta del Consejo de la Unión Europea, Angela Merkel y el Presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas José Manuel Durao Barroso. El documento adelantaba que Europa se enfrentaba a grandes desafíos que no se detienen en las fronteras nacionales. La Unión Europea es la mejor respuesta a

¹¹¹ "UE/Reforme de l'UE: l'alliance des états favorables à un simple «traité modifié» se met en place – les douze questionnaires de la Présidence allemande ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, nº 9416, 28.04.2007, p. 3

¹¹² "Progrès dans la définition des principes et des éléments – clés du nouveau Traité européen – orientations qui se précisent – le calendrier des travaux est acquis", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, nº 9417, 01.05.2007, p. 3 y 4

¹¹³ "UE/Traité de Rome : lettre ouverte du Réseau Européen des Personnes Agées aux dirigeants de l'Union avant la déclaration de Berlin", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, nº 9371, 22.02.2007, p. 4

¹¹⁴ "UE/Royaume-Uni/Constitution: David Cameron demande d'« oublier » la Constitution «morte» - création d'un nouveau groupe au PE en 2009", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, nº 9381, 08.03.2007, p. 5

¹¹⁵ "UE/50 Anniversaire des Traités de Rome: la déclaration de Berlin est prête à être signée dimanche, Prague ayant levé ses réserves vendredi – l'objectif des trois institutions est de « rénover la fondation commune » de l'Union d'ici 2009 ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, nº 9393, 24.03.2007, p. 3

¹¹⁶ *Conclusiones del Consejo Europeo, 8 y 9 de marzo de 2007*. Bruselas, 02. 05. 2007. 7224/1/07 REV 1. p.1

¹¹⁷ MORÁN ROSADO, MJ. "La Declaración de Berlín: un instrumento para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma", *Anuario de la Facultad de Derecho*, no 25, 2007, pp. 61-78.

ellos. Sólo unidos podemos preservar en el futuro nuestro ideal europeo de sociedad, en beneficio de todos los ciudadanos y las ciudadanas de la Unión Europea.¹¹⁸

La declaración anunciaba sus propósitos futuros en el ámbito de la Política Exterior: La Unión Europea quiere promover en el mundo la libertad y el desarrollo. Queremos hacer retroceder la pobreza, el hambre y las enfermedades. Para ello vamos a seguir ejerciendo nuestro liderazgo¹¹⁹. Por tanto, sus propósitos, aunque pudieron parecer vagos¹²⁰, aportaban importantes elementos para ser trasplantados al campo de la acción, y ser ejecutados a través de un renovado esfuerzo por reformar la letra de los Tratados.

El Tratado de Lisboa sin embargo supondría otro nuevo avance en la integración, gracias al final del mandato de Blair y el comienzo de Gordon Brown, la Unión pudo disponer de un marco jurídico que contenía los principales avances que el Tratado Constitucional había tratado de aprobar. El proceso de ratificaciones no fue muy problemático especialmente con Reino Unido, aunque sí lo fue con otros. Recordemos que se contaba con la existencia de líderes políticos, como el euroescéptico checo Vaclav Klaus¹²¹, renuente a la ratificación del Tratado de Lisboa¹²² y a la integración europea¹²³, junto al Presidente de Polonia, Lech Kaczynski¹²⁴ que se negaba a firmar el instrumento de ratificación, pero también de algunos Estados no muy favorables a la integración¹²⁵.

En concreto, el Reino Unido, que con su pragmatismo exacerbado por pertenecer a la Unión Europea¹²⁶, era uno de los Estados que más minimizaba los cambios que el Tratado de Lisboa asumía¹²⁷ y todo por no soliviantar a los conservadores y su crítica opinión pública con Europa, pues además conseguía con la nueva reforma mantener vivas todo un conjunto de reservas, o comúnmente denominadas cláusulas opt-out, a la postre las justificaba en un ejercicio de brillante hipocresía como elementos que facilitaban su espíritu integrador¹²⁸ del cual, en realidad, carecían en grado sumo. Cuando los británicos terminaron su debate sobre la posibilidad de realizar un referéndum respecto a la ratificación, decidieron rechazar la propuesta de los conservadores¹²⁹ y ratificar definitivamente el Tratado de Lisboa, aunque según Jean Claude Juncker, existiese una "débil probabilidad"¹³⁰ de que entrase en vigor en junio de 2009.

¹¹⁸ Declaración con ocasión del Quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma, 25 de marzo de 2007. http://europa.eu/50/docs/berlin_declaration_es.pdf

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ "De la Déclaration de Berlin (trop vague pour être efficace) à l'évolution de la position catholique sur la dimension éthique de l'Europe", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9394, 27.03.2007, p. 3

¹²¹ "UE/Présidence tchèque : Vaclav Klaus confirme son euroscepticisme", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9780, 12.11.2008, p. 7.

¹²² "UE/Traité de Lisbonne: le «oui» en Irlande progresse – le président tchèque Vaclav Klaus redit son hostilité vis-à-vis du nouveau Traité", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9663, 20.05.2008, p. 5.

¹²³ "UE/Traité de Lisbonne: les Présidents tchèque et polonais réitèrent leurs positions sur le nouveau Traité", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9711, 26.07.2008, p. 5.

¹²⁴ "Trois présidents entravent les ratifications du Traité de Lisbonne", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9699, 09.07.2008, p. 3.

¹²⁵ "Si l'objectif du Royaume-Uni est d'éliminer l'intégration européenne, il l'obtiendra en restant dehors", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9574, 08.01.2008, p. 3.

¹²⁶ "UE/Royaume-Uni: Gordon Brown veut que son pays reste «pleinement engagé» dans l'UE pour reformer l'Europe et en faire un acteur «global» ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9579, 15.01.2008, p. 4.

¹²⁷ "UE/Traité de Lisbonne: Gordon Brown «sous-estime» et «minimise» les nouvelles structures de politique étrangère, selon un rapport parlementaire", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9584, 22.01.2008, p. 5.

¹²⁸ "UE/Royaume-Uni: Gordon Brown estime que son pays est toujours «au centre» de l'Europe, malgré ses «opt-out»-les priorités européennes de Londres", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9607, 22.02.2008, p. 3.

¹²⁹ "UE/Traité de Lisbonne: fin du débat britannique sur le referendum", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9617, 07.03.2008, p. 4.

¹³⁰ "UE/Traité de Lisbonne: «faible probabilité» que le Traité soit en vigueur pour les élections européennes de juin 2009, selon Jean-Claude Juncker", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 9692, 28.06.2008, p. 6.

V. Auge y caída de la coherencia británica: rechazo y aceptación de un referéndum que rompería más de 40 años de membresía comunitaria

En efecto, tras lograr la victoria en mayo de 2010, el partido conservador en las elecciones generales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, pocos meses los ciudadanos británicos había recogido 100.000 firmas en favor a organización de un Referéndum sobre la permanencia británica en la Unión¹³¹.

El proyecto que exigía crear una nueva relación con la Unión Europea sobre el comercio y la cooperación, sería profundamente debatido por el británico a finales de octubre de 2011 y rechazado por los diputados, por 483 contra la posibilidad de convocar un referéndum y 111 a favor¹³², de los cuales, el por ciento de dichos votos, eran del propio partido conservador, el mismo partido ostentaba el gobierno. En las declaraciones del Primer Ministro británico, David ante los diputados de la Cámara de los Comunes para defender un no al comentó que “el interés nacional del Reino Unido es el mantenerse dentro de la Europea ayudar a determinar las reglas que rigen el mercado único, nuestro más amplio para la exportación porque absorbe el 50% de nuestras exportaciones no es un argumento abstracto, teórico sino que importa para millones de

En menos de un año, y por intereses partidistas, el propio David Cameron manifestaría, en el diario conservador *The Daily Telegraph*, una opinión opuesta a la que había mantenido en octubre ante el mismo Parlamento. En julio de 2012 valoraría más favorablemente la posible realización de un referéndum¹³⁴ pues afirmaría que: “No estoy en contra de los referendos en nuestra democracia parlamentaria [...] yo tampoco estoy en contra de los referendos sobre Europa. El último gobierno debería haber celebrado un referéndum sobre el Tratado de Lisboa. No lo hicieron...”¹³⁵. Por ello, recordaría que, a falta de dicho referéndum sobre el Tratado de Lisboa, “el hecho es que los británicos no están contentos con lo que tienen, y yo tampoco. [...] un referéndum de entrada/salida ofrece una sola opción, mientras que lo que yo quiero - y lo que yo creo que quiere una gran mayoría del pueblo británico- es hacer cambios en nuestra relación.”¹³⁶

El Primer ministro al afirmar que deseaba una nueva relación, en el mismo marco de la Unión Europea, implícitamente rechazaba la Unión cada vez más estrecha de los pueblos de Europa, porque no deseaba la integración: “tenemos que reconocer que Europa está cambiando - y rápido. La moneda única está impulsando un proceso que verá a sus miembros tomar más y más pasos hacia una integración más completa. Son necesarios para que el euro pueda sobrevivir, pero significan que la UE y sus relaciones cambiarán. Hemos demostrado no solo que podemos permanecer fuera de esa integración, sino que también podemos salir de cosas - como los fondos de rescate - que no nos gustan.”¹³⁷

¹³¹ "UE/Royaume-Uni: le Royaume-Uni pourrait organiser un référendum sur son maintien dans l'UE ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10477, 20.10.2011, p.5.

¹³² "UE/Royaume-Uni: refus d'un référendum sur le maintien dans l'UE ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10482, 26.10.2011, p.6.

¹³³ "UE/Royaume-Uni: «l'intérêt national» est de rester dans l'UE, répété Cameron", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10481, 25.10.2011, p.6.

¹³⁴ "Royaume-Uni: le premier ministre prêt a un référendum sur l'UE ", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10646, 03.07.2012, p.8.

¹³⁵ "I am not against referendums in our Parliamentary Democracy [...] I am also not against referendums on Europe. The last government should have held a referendum on the Lisbon Treaty. They didn't..." en CAMERON, D. "We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain" *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹³⁶ "The fact is the British people are not happy with what they have, and neither am I. [...] the problem with an in/out referendum is that it offers a single choice, whereas what I want — and what I believe the vast majority of the British people want — is to make changes to our relationship." en CAMERON, D. "We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain" *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹³⁷ "We need to recognize that Europe is changing — and fast. The single currency is driving a process that will see its members take more and more steps towards fuller integration. They are necessary if the euro is to survive, but mean that the EU and relationships within it will change. We have shown not only that we can stay out of that integration, but that we can also get out of things — such as bail-out funds — that we don't like." en CAMERON, D. "We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain" *The Telegraph*, 30.06.2012.

La integración en Política Exterior y en la Política de Defensa resultaba fundamental para que la Unión Europea hubiese dispuesto de las competencias necesarias para mantener una voz común en los asuntos internacionales y disponer de un Ejército Europeo, con un mando común. Sin embargo, el reconocimiento de la férrea oposición ejercida por el Gobierno británico, a lo largo de los diferentes gobiernos, había resultado en perjuicio del potencial político de la propia Unión.

La Unión no llegaba a ser una verdadera Unión, en parte por la negativa de distintos Estados a integrarse más. Los británicos reconocían, por las palabras de su Primer Ministro, que habían permanecido en el seno de la Unión intentando obtener de ella el máximo beneficio nacional, y así lo expresó: “¿cómo maximizamos las posibilidades de conseguir realmente lo que queremos?”¹³⁸.

La respuesta que dio fue, en primer lugar, “hay más por venir donde podamos hacer avanzar nuestros intereses, salvaguardar el mercado único y permanecer fuera de una Europa federal [...] Dos de las últimas grandes decisiones sobre las instituciones europeas han seguido nuestra dirección: tenemos un jefe británico del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo y una sede en Londres para partes importantes del nuevo tribunal de patentes de la UE.”¹³⁹ y poco tiempo después los británicos paralizarían la integración en el área de la defensa, congelando el presupuesto de la Agencia Europea de Defensa, por tercer año consecutivo ¹⁴⁰.

David Cameron subrayaría, en segundo lugar, la necesidad de explicar con más detalle las partes de nuestro compromiso europeo que queremos y las que queremos acabar. Aunque necesitamos definir con más claridad a dónde nos gustaría llegar, necesitamos mostrar paciencia táctica y estratégica.¹⁴¹, comprometiéndose a continuar trabajando por una posición diferente, más flexible y menos onerosa para Gran Bretaña dentro de la UE¹⁴²

En este contexto, el nacimiento de una Unión Europea a varias velocidades se hacía inevitable¹⁴³, porque los esfuerzos contra-integradores del Primer Ministro Británico, David Cameron, comenzaban a dar sus frutos. En primer lugar, optarían por lanzar un estudio sobre la relación de su país con la Unión Europea¹⁴⁴ y reexaminar la situación a fondo después de 2015¹⁴⁵, esto es, tras las elecciones Generales del Reino Unido del 7 mayo del mismo año, donde David Cameron aumentó en 25 escaños el número de diputados, suponiendo un notable aumento de la presión ejercida por parte de los euroescépticos conservadores¹⁴⁶.

¹³⁸ “How do we maximize the chances of actually getting what we want?” en CAMERON, D. “We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain” *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹³⁹ “There is more to come where we can take forward our interests, safeguard the single market and stay out of a federal Europe. [...] two of the last big decisions about European institutions have gone our way: we have a British head of the European Bank For Reconstruction And Development and a home in London for important parts of the new EU patent court.” en CAMERON, D. “We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain” *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹⁴⁰ “Défense: l'AED voit son budget gelé pour la troisième année consécutive”, *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10735, 22.11.2012, p.17.

¹⁴¹ “Second, let us start to spell out in more detail the parts of our European engagement we want and those that we want to end. While we need to define with more clarity where we would like to get to, we need to show tactical and strategic patience.” en CAMERON, D. “We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain” *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹⁴² “To work for a different, more flexible and less onerous position for Britain within the EU.” en CAMERON, D. “We need to be clear about the best way of getting what is best for Britain” *The Telegraph*, 30.06.2012.

¹⁴³ “L'Europe à deux vitesses existe et elle demeure incontournable”, *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10663, 26.07.2012, p.3.

¹⁴⁴ “Royaume-Uni: Londres lance une étude sur sa relation avec l'UE”, *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10656, 17.07.2012, p.7.

¹⁴⁵ “Royaume-Uni: Cameron souhaite réexaminer les relations avec l'UE après 2015”, *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10700, 02.10.2012, p.6.

¹⁴⁶ “Royaume-Uni: loi UE, 95 tories veulent un droit de veto pour leur Parlement”, *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10995, 14.01.2014, p.4.

El Primer Ministro se convertiría paulatinamente en un instrumento de su partido, asumiendo una retórica histérica¹⁴⁷, contraria a las libertades fundamentales aseguradas en los Tratados, como la libre circulación¹⁴⁸ e involucrándose personalmente en renegociar¹⁴⁹ la posición de su país en la Unión Europea¹⁵⁰ y apoyar el Brexit¹⁵¹. Su actitud sería calificada por la Comisaria de Justicia y Derechos Fundamentales, Viviane Reding, como de chantaje¹⁵², por luchar contra el derecho a la libertad de circulación, para aquellos europeos que lo utilizaban con el propósito de abusar de las prestaciones sociales, de Estados con mayor cobertura social¹⁵³.

La propia Canciller Angela Merkel, se negaría a acceder a sus pretensiones de reformar los Tratados y limitar la libre circulación¹⁵⁴, que se había alcanzado tras varias décadas de esfuerzo integrador. Además, el Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, advirtió a Reino Unido que "los valores de la Unión Europea no son negociables"¹⁵⁵.

David Cameron no cejó en su empeño, y en la misma medida en que su fuerza parlamentaria aumentó¹⁵⁶, también lo hizo su presión sobre la Unión Europea, para renegociar los términos de su membresía¹⁵⁷. En un contexto donde los europeos se encontraban satisfechos con la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea¹⁵⁸, el Primer Ministro británico anunciaría su voluntad de plantear un referéndum nacional, porque afirmaba: "no soy un aislacionista. No busco solamente mejores condiciones para el Reino Unido, yo busco mejores condiciones para Europa igualmente. Hablo por lo tanto como Primer Ministro Británico con una visión positiva para el futuro de la Unión Europea. Un futuro en el cual el Reino Unido desea, y debería desear, jugar un rol activo e implicado [...] Es por eso que estoy en favor de un referéndum"¹⁵⁹.

Pocos meses más tarde de dichas declaraciones, fallecía Margaret Thatcher de un ataque al corazón¹⁶⁰. La conocida como *Dama de Hierro* no pudo observar cómo la Reina Isabel anunciaba el referéndum¹⁶¹, ni la renegociación propuesta por el gobierno británico¹⁶², la presión ejercida por éste¹⁶³ en sus exigencias a los restantes socios

¹⁴⁷ "JAI: le Royaume-Uni appelé à cesser son débat «hystérique» sur les migrants", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10997, 16.01.2014, p.3 y 4.

¹⁴⁸ "Royaume-Uni: Donald Tusk confirme que la libre circulation reste la principale pomme de discorde avec Londres", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11447, 08.12.2015.

¹⁴⁹ "Royaume-Uni: D. Cameron ouvre les débats sur la 'renégociation' des relations avec l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11320, 23.05.2015.

¹⁵⁰ "Royaume-Uni: les idées de M. Cameron sur le Traité risquent l'échec (Schulz)", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10991, 08.01.2014, p.4.

¹⁵¹ "Royaume-Uni: David Cameron prêt à soutenir le 'Brexit', selon le Times", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11139, 26.08.2014, p.4.

¹⁵² "JAI: David Cameron précise ses plans contre les migrants UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11207, 29.11.2014, pp.6 y 7.

¹⁵³ "JAI: David Cameron relance l'offensive contre les abus aux prestations", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11131, 30.07.2014, p.5.

¹⁵⁴ "Royaume-Uni: libre circulation, Mme Merkel refuse de changer les Traités", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11226, 09.01.2015.

¹⁵⁵ "Royaume-Uni: M. Cameron met la pression d'entrée sur ses homologues", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11343, 26.06.2015.

¹⁵⁶ "Royaume-Uni: victoire des Tories, un référendum sur l'UE est désormais certain", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11311, 09.05.2015.

¹⁵⁷ "Royaume-Uni: Cameron, renégocier oui, sortir de l'UE non", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, 08.01.2013, p.13, n° 10758.

¹⁵⁸ "Royaume-Uni: les européens préfèrent un Royaume-Uni en Europe", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10762, 12.01.2013, p.7.

¹⁵⁹ "Royaume-Uni: un référendum sur un divorce avec l'UE ou un contrat renégocié", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10770, 24.01.2013, p.3.

¹⁶⁰ "Royaume-Uni: décès de Margaret Thatcher, Cameron rentre au pays", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 10822, 09.04.2013, p.7.

¹⁶¹ "Royaume-Uni: la Reine officialise le référendum sur l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11322, 28.05.2015.

¹⁶² "Royaume-Uni: D. Cameron lance officiellement la renégociation", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11342, 25.06.2015.

¹⁶³ "Royaume-Uni: M. Cameron met la pression d'entrée sur ses homologues", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11343, 26.06.2015.

européens¹⁶⁴ o la gestación del proceso en sí, que a lo largo de una única campaña¹⁶⁵, se llegó a contar incluso con la participación activa de auténticos magnates británicos en favor de abandonar la Unión¹⁶⁶. El proceso culminó con el segundo referéndum en la historia de Gran Bretaña por la pertenencia a la Unión y se celebró en junio¹⁶⁷ de 2016¹⁶⁸, concretamente, el 23 de junio¹⁶⁹.

El resultado se saldó con un escaso margen en favor de abandonar la Unión (51,9% Vs 48,1%)¹⁷⁰, con la dimisión inmediata del Primer Ministro¹⁷¹, del Comisario británico Lord Hill¹⁷² y siendo sustituido por Julian King¹⁷³, a quien se le asignaría un cargo muy relevante, para un tiempo tan convulso, como sería el de Comisario de la Unión para Seguridad¹⁷⁴. Entendemos que el resultado obtenido fue, en parte, culpa del gobierno británico, que durante las semanas previas a la cita electoral no siguió la recomendación de la Cámara de los lores, cuando le fue sugerido efectuar una campaña electoral didáctica y convencer a los británicos de los beneficios de la pertenencia a la Unión Europea¹⁷⁵. Una cuestión que había sido completamente abandonada desde hace décadas, pues ni en los planes de estudio de los jóvenes aparecían materias específicas sobre el significado de la pertenencia a la Unión Europea, ni los políticos habían realizado una labor pedagógica sobre la importancia que representa la Unión Europea para el futuro del país.

Los británicos votaron desoyendo las previsiones sombrías de la OCDE¹⁷⁶ o las las costosas del FMI¹⁷⁷, y lo hicieron movidos por la necesidad de protección¹⁷⁸, con la con la certidumbre más absoluta de que fuera de la Unión, siendo un Estado plenamente soberano que controla sus fronteras, se es mucho más fuerte que compartiendo soberanía. En cierta medida, si eso es verdad, el tiempo tendrá que responder a la pregunta, pero por el momento Reino Unido se encontrará ante un proceso doloroso¹⁷⁹ y una situación compleja para responder a los desafíos de la modernidad. Reino Unido como Estado soberano solo contará con la cooperación que le que le ofrezcan otros Estados como ayuda, coincidiendo en un momento en el cual los

¹⁶⁴ "Royaume-Uni: David Cameron officialise ses exigences en vue du référendum", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11428, 11.11.2015.

¹⁶⁵ "Royaume-Uni: pas de second référendum en cas de oui au 'Brexit'", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11418, 27.10.2015.

¹⁶⁶ "Royaume-Uni: une campagne de millionnaires en faveur du 'Brexit'", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11341, 24.06.2015.

¹⁶⁷ "Royaume-Uni: le référendum sur l'appartenance à l'UE aurait lieu en juin 2016", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11367, 28.07.2015.

¹⁶⁸ "Royaume-Uni: Londres réfléchirait à un référendum en 2016", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11249, 10.02.2015.

¹⁶⁹ "Royaume-Uni: les britanniques se prononceront le 23 juin pour rester dans une union à intégration différenciée", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11495, 21.02.2016.

¹⁷⁰ "Royaume-Uni: après la victoire de 'Brexit' l'UE entre en territoire inconnu", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11580, 25.06.2016.

¹⁷¹ "Royaume-Uni: David Cameron annonce sa démission pour octobre et confie les négociations avec l'UE à son successeur", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11580, 25.06.2016.

¹⁷² "Royaume-Uni: Sir Julian King auditionné lundi par M. Juncker pour remplacer Jonathan Hill", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11590, 09.07.2016.

¹⁷³ "Commission: un nouveau portefeuille à la sécurité serait attribué au Commissaire britannique", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11605, 20.08.2016.

¹⁷⁴ "Commission: Julian King officiellement nommé commissaire à l'Union de la Sécurité", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11627, 20.09.2016.

¹⁷⁵ "Royaume-Uni: le Gouvernement doit convaincre les britanniques des bienfaits de l'appartenance à l'UE, estiment les Lords", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11521, 31.03.2016.

¹⁷⁶ "Royaume-Uni: l'OCDE dépeint un scénario sombre en cas de Brexit", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11541, 28.04.2016.

¹⁷⁷ "Royaume-Uni: les couts d'une sortie de l'UE seront élevés, prévient le FMI", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11551, 14.05.2016.

¹⁷⁸ "Avenir de l'UE : le 'Brexit' est l'expression d'un besoin de protection, selon M. Macron", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11610, 27.08.2016.

¹⁷⁹ "Royaume-Uni: pour Donald Tusk, le divorce de Londres et de l'UE sera douloureux pour tout le monde", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11646, 15.10.2016.

los desafíos del mundo manifiestan un carácter global desde comienzos del siglo XXI¹⁸⁰.

Sin embargo, aunque el Consejo de Europa se inquietó con el resultado¹⁸¹, la Unión Europea no se deshizo tras el referéndum británico, comenzó un proceso dinámico de reforma¹⁸² que todavía permanece abierto. El Consejo inició una labor de reflexión sobre el reforzamiento de la Política Exterior y las nuevas relaciones con la OTAN que deberían abordar los líderes europeos¹⁸³, en aras de alcanzar un nuevo ímpetu y un nuevo contenido¹⁸⁴ a su asociación estratégica. Todo ello se estableció antes de que los británicos invocasen el artículo 50 del Tratado de la Unión¹⁸⁵, que articula la posibilidad de que un Estado miembro solicite su retirada como miembro de la Unión¹⁸⁶. En el mes de junio de 2016 ya pudo estudiarse la nueva estrategia global de la Unión Europea, presentada por la Alta Representante, con el objetivo de estudiar una reforzada acción de la Unión en el ámbito internacional¹⁸⁷, siendo validada por el Consejo en octubre del mismo año¹⁸⁸.

Las Consecuencias del Brexit fueron examinadas por el Parlamento Europeo en profundidad¹⁸⁹, llegándose a la conclusión que tanto en Política Exterior, como en materia de Defensa, habría consecuencias¹⁹⁰. El impacto sobre la Acción Exterior de la Unión sería notable, por la pérdida de un aliado que mantiene un sitio permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y es, a la vez, una potencia nuclear de primer orden. Su salida de la Unión afectará también a la pérdida de poder blando, ya que parte de su personal diplomático no formará parte de las bases del Servicio Europeo de Acción Exterior. Profesionales con un alto valor, y con un notable prestigio, dejarán de ser la voz y los ojos de la Unión en muchos Estados.

La salida del Reino Unido de la Unión supondría una pérdida de hasta un 25% de sus capacidades de Defensa¹⁹¹, aunque ello no impedirá que los británicos continúen participando en las acciones ejecutadas bajo el mando de la Unión¹⁹², siempre que se llegue a un acuerdo. Además, la salida de la Reino Unido de la Unión también tendrá un efecto positivo que posiblemente sea el de fortalecer el pilar de la Política Exterior y la Defensa, mediante una mayor solidez y comunitarización. Este hecho supone que la Unión Europea tras el referéndum del Brexit no queda atenazada por las circunstancias.

¹⁸⁰ BORRELL, J. "Balance y desafíos después de 50 años de integración europea: aspectos institucionales y económicos" *Revista de Estudios Europeos*, 44, 2006, pp. 117-118.

¹⁸¹ "Royaume-Uni: la sortie du pays de l'UE inquiète le Conseil de l'Europe", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11580, 25.06.2016.

¹⁸² "Royaume-Uni: sous le choc, les Chefs d'Etat ou de Gouvernement appellent à reformer l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11580, 25.06.2016.

¹⁸³ "Affaires étrangères: le Conseil Européen se penchera sur la politique étrangère et les relations avec l'OTAN", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11581, 28.06.2016.

¹⁸⁴ "OTAN: l'UE et l'alliance atlantique élargissent leurs domaines de coopération", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11590, 09.07.2016.

¹⁸⁵ "Royaume-Uni: mercredi 29 mars, le Gouvernement britannique demandera officiellement à sortir de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11749, 21.03.2017.

¹⁸⁶ "Royaume-Uni: M. Michel invite Mme May à activer rapidement l'article 50 du traité sur la sortie de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11593, 14.07.2016.

¹⁸⁷ "PESC: une stratégie globale pour renforcer l'action de l'Union Européenne", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11581, 28.06.2016.

¹⁸⁸ "Affaires étrangères: le conseil valide la stratégie globale", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11647, 18.10.2016.

¹⁸⁹ "Impact potentiel du Brexit selon le PE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11723, 11.02.2017.

¹⁹⁰ "Action extérieure: la Commission des Affaires Etrangères veut être chargée de la procédure de consentement du PE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11723, 11.02.2017.

¹⁹¹ "Défense: le 'Brexit' ne devrait pas signifier la fin de la participation britannique aux missions et opérations de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11724, 14.02.2017.

¹⁹² "Défense: le 'Brexit' ne devrait pas signifier la fin de la participation britannique aux missions et opérations de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11723, 11.02.2017.

Los diversos actores políticos han aprovechado el Brexit para ser creativos¹⁹³ y han facilitado propuestas de reforma institucional¹⁹⁴ e inclusive en temas de Defensa. El Primer Ministro checo, Bohuslav Sobotka, propondría crear una Armada Europea común que hiciese frente a las amenazas que se intensifican incluido el terrorismo, una nueva Rusia agresiva y unos flujos sin precedentes de refugiados del Medio Oriente y más allá¹⁹⁵.

Asimismo, el Consejo Europeo de junio de 2016 efectuaría un llamamiento a continuar trabajando en la profundización de una Estrategia global¹⁹⁶, el Presidente del Consejo Europeo, se mostró favorable a la concreción de una estrategia mundial contra el terrorismo¹⁹⁷ y la Comisión nombró como negociador del Brexit a Michel Barnier¹⁹⁸, iniciando su actividad en octubre de 2016¹⁹⁹, el cual ha mantenido ya tres rondas de negociación, desde que se iniciaron en septiembre de 2017.

Tras el discurso de la Primera Ministra, Theresa May, el 22 de septiembre de 2017 en Florencia, Reino Unido se ha mostrado dispuesto a asumir un mayor coste político en las negociaciones, en aras de que se alcance rápidamente un acuerdo económico sobre su futura relación con el bloque comunitario. Sin embargo, los Estados miembros ya han subrayado que la seguridad jurídica de los ciudadanos comunitarios, las obligaciones económicas del Reino Unido y su respeto al derecho comunitario, serían líneas rojas para acceder a las demandas británicas.

Las dudas de que este proceso pueda saldarse con un acuerdo todavía se mantienen, debido a la lentitud del avance de las negociaciones, en las que Michel Barnier, como responsable negociador de la Unión Europea, insiste continuamente en que "el reloj está corriendo" porque los avances son muy escasos, sin haberse observado grandes cambios, en el lapso de dos años estipulado en el artículo 50 del Tratado de la Unión para adecuar un marco completo de retirada de la Unión.

Podemos concluir, por tanto, que la decisión británica de separarse definitivamente de la Unión Europea no ha sido una determinación inesperada o espontánea sino que es fruto de toda una trayectoria de desencuentros entre sus mandatarios, el resto de los países de la Unión y los gobernantes de la Unión. Esa actitud británica ha causado, como hemos podido ver a lo largo del artículo, numerosos problemas de cohesión entre los socios comunitarios, dificultando la toma de decisiones en asuntos clave. El Brexit es ante todo una ruptura anunciada y, no olvidemos, que puede volver a repetirse en otros países cuya trayectoria política siga la misma línea de actuación que la mantenida por el Reino Unido durante tantos años.

VI. La Integración no se detiene: los líderes siguen avanzando, pese al Brexit y la elección de Donald Trump

El Presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker defendió en sede parlamentaria, con ocasión del debate sobre el Estado de la Unión en 2016, que la Unión Europea a veintisiete miembros trabajaría por reforzar el pilar de la Seguridad y la Defensa, estructurándolas de una manera creíble²⁰⁰. Una vez que Reino Unido perdiese

¹⁹³ "Avenir de l'UE : les sociaux-démocrates énoncent des mesures urgentes pour reconquérir la confiance des citoyens", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11609, 26.08.2016.

¹⁹⁴ "Avenir de l'UE : m. Verhofstadt présente sa vision d'une refonte de l'architecture institutionnelle européenne", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11593, 14.07.2016.

¹⁹⁵ "Défense: Bohuslav Sobotka en faveur d'une armée européenne", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11607, 24.08.2016.

¹⁹⁶ "PESC: le Conseil Européen appelle à poursuivre le travail sur la stratégie", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11583, 30.06.2016.

¹⁹⁷ "Terrorisme: M. Tusk appelle à construire une stratégie mondiale contre le terrorisme", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11630, 23.09.2016.

¹⁹⁸ "Royaume-Uni: Michel Barnier chargé de piloter pour la Commission le divorce avec Londres", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11602, 28.07.2016.

¹⁹⁹ "Royaume-Uni: Michel Barnier prend ses fonctions de négociateur de la Commission pour le 'Brexit'", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11636, 01.10.2016.

²⁰⁰ "Défense: l'UE va entamer le travail sur une politique de défense «crédible» à vingt-sept", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11624, 15.09.2016.

su condición de miembro, algo que debía ser efectuado rápidamente²⁰¹, porque se trataba de Estado que mayor freno a la integración había supuesto a todo el proceso de la Unión en lo que a Defensa y Política Exterior se refiere.

El proceso de reflexión sobre el relanzamiento de la Europa de la Defensa comenzaría a finales de septiembre de 2016, a través de los Ministros de Defensa, en una reunión informal en Bratislava²⁰² y el nivel de ambición sería estudiado por la Alta Representante a lo largo del mes de octubre y noviembre del mismo año²⁰³. Precisamente, a comienzos del mes de noviembre fue elegido como nuevo Presidente de los Estados Unidos el republicano Donald Trump, un empresario adinerado neoyorkino que supo ganar los principales *caucus* republicanos y, posteriormente, obtendría la victoria en las elecciones presidenciales, a pesar de contar con menos votos que su rival demócrata, Hillary Clinton. Sin embargo, su victoria se fundamenta en la obtención del apoyo de los ciudadanos en Estados clave, lo que le permitió hacerse con un mayor número de electores en el Colegio Electoral, institución que se encarga de votar directamente al Presidente de los Estados Unidos.

La elección de una figura tan polémica, en el principal aliado de la Unión Europea, supuso un seísmo²⁰⁴ de magnitudes similares al resultado del Brexit. La Unión aguardó el nuevo enfoque del Presidente electo²⁰⁵ y pensó que tanto las negociaciones del Tratado de Libre Comercio²⁰⁶ como el Acuerdo del Clima de París²⁰⁷, serían elementos respetados por la administración de Donald Trump. Nada más lejos de la realidad, Trump siguiendo gran parte de sus promesas electorales, denunciaría el Acuerdo de París, congelaría las negociaciones del TTIP, ha optado por trasladar el apoyo estratégico que mantenía con la Unión Europea y volcarlo con el Reino Unido²⁰⁸ y ha incidido sobre la falta de responsabilidad que los europeos mantienen a la hora de sufragar los costes de la Alianza Atlántica, principal pilar de la Defensa de la Unión Europea.

Los Ministros de Asuntos Exteriores tuvieron que reflexionar también sobre el significado de las elecciones de la Unión, en clave interna, para optimizar su estrategia global²⁰⁹. En principio observaron que el vínculo trasatlántico continuaría siendo fuerte, pero ya era momento de que la Unión actuara autónomamente²¹⁰, mediante una profunda revisión de la política común de seguridad y defensa²¹¹. El Parlamento Europeo aprovecharía las circunstancias para señalar al Consejo que era necesario avanzar en la creación de una verdadera Unión de la Defensa europea²¹².

El propio Presidente saliente norteamericano, Barack Obama, llamó a los europeos a "continuar la búsqueda de soluciones a los desafíos comunes con la administración americana entrante sobre la base de los valores fundamentales que definen los Estados

²⁰¹ "Royaume-Uni: M. Juncker réitère son souhait que Londres demande à sortir de l'UE rapidement", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11624, 15.09.2016.

²⁰² "Défense: les ministres vont discuter de projets concrets pour faire avancer l'Europe de la défense", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11632, 27.09.2016.

²⁰³ "Défense: objectif mi-novembre pour déterminer le niveau d'ambition de l'Europe de la défense", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11633, 28.09.2016.

²⁰⁴ "Etats-Unis: les européens redoutent l'onde de choc du séisme 'Trump'", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11664, 10.11.2016.

²⁰⁵ "Etats-Unis: M. Trump doit encore se faire expliquer l'Europe et le monde, selon M. Juncker", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11666, 12.11.2016.

²⁰⁶ "Etats-Unis: optimisme prudent de la Commission pour les négociations TTIP après l'élection de Donald Trump", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11664, 10.11.2016.

²⁰⁷ "Etats-Unis: les européens veulent croire que le climat se sera pas victime de l'élection de M. Trump", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11664, 10.11.2016.

²⁰⁸ "Etats-Unis: Donald Trump fait du Royaume-Uni son partenaire privilège en Europe", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11704, 07.01.2017.

²⁰⁹ "Affaires étrangères: les Ministres se pencheront sur les élections américaines, la Turquie et la stratégie globale de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11666, 12.11.2016.

²¹⁰ "Etats-Unis: les ministres veulent une relation transatlantique forte, mais aussi une UE capable d'agir seule", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11667, 15.11.2016.

²¹¹ "PSDC: le PE appelle à une plus grande autonomie stratégique de l'UE", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11674, 24.11.2016.

²¹² "Défense: le Parlement appelle le Conseil Européen à s'investir dans la création de l'Union de la défense", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11673, 23.11.2016.

Unidos y Europa como democracias abiertas"²¹³. Asimismo, la OTAN y la Unión reiteraban su compromiso de acrecentar su cooperación²¹⁴, en un proceso abierto de análisis en cuanto al nivel de ambición que los europeos estaban dispuestos a mantener en el reforzamiento del pilar de la Defensa europea²¹⁵.

A su vez, resultaba necesario integrar más la Política Exterior que desde los años 90, del pasado siglo XX, quedaba carente de unidad en el criterio. Una política Exterior fundada sobre tres pilares que era necesario robustecer: "la diplomacia, el desarrollo y la defensa"²¹⁶. Los Jefes de Estado y de Gobierno aseguraron mantener una voluntad de avanzar en Defensa desde diciembre de 2016, discutiendo sobre este asunto particular en el seno del Consejo Europeo de forma ordinaria²¹⁷.

El propósito que debe abrazar la Unión Europea en este tiempo que lleva aparejado grandes y graves cambios en la escena internacional se encuentra todavía en discusión. La Comisión Europea facilitó un Libro Blanco con cinco posibles escenarios²¹⁸, desde uno escasamente integrador, hasta otro completamente opuesto, que supone un verdadero avance político de la Unión. Los líderes europeos ya se habían comprometido implícitamente con el escenario ambicioso, según consta en la firma de la Declaración con motivo del 60 aniversario de la fundación de la Unión Europea²¹⁹.

En este sentido, el tiempo no es excusa para demorarse en plena era de globalización, máxime cuando la Unión ha cumplido sesenta años de existencia. Es menester comenzar ya, antes de que Europa sea pasto de las nuevas corrientes nacionalistas y populistas que, de unos años a esta parte, ascienden con tanta rapidez por todos los Estados²²⁰ y que pueden volverlos a enfrentar unos contra otros. La paz y la concordia entre los europeos no son algo eterno y asegurado por los siglos de los siglos, dependerá de la apuesta que efectúen los europeos por su integración, las elites políticas de los distintos Estados miembros y cuanto mayor sea ésta, sobre todo en Política Exterior y Política de Defensa, menor será el riesgo de que vuelvan a luchar consigo mismos.

VII. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA:

Boletín Cotidiano de la Agencia Europa, ejemplares entre 1990 y 1999.

BORRELL, J. "Balance y desafíos después de 50 años de integración europea: aspectos institucionales y económicos". *Revista de Estudios Europeos*, 44, 2006, pp. 117-118.

BORRELL, J. "Emergencia del populismo xenófobo en Europa". *Sistema Digital*. 2010.

Bulletin Quotidien de l'Agence Europe, ejemplares entre 2003 y 2016.

MORÁN ROSADO, MJ. "La Declaración de Berlín: un instrumento para conmemorar el quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma", *Anuario de la Facultad de Derecho*, no 25, 2007, pp. 61-78.

PÉREZ Bustamante, R. P y Palacio, A. *Los Consejos Europeos*, Ed. Ministerio de Administraciones Públicas, 1998. pp. 354-360.

²¹³ "Etats-Unis: M. Obama appelle les européens à continuer à résoudre les crises avec M. Trump", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11671, 19.11.2016.

²¹⁴ "Défense: l'UE et l'OTAN se dotent d'un ensemble commun de propositions pour accroître leur coopération", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11683, 07.12.2016.

²¹⁵ "Défense: les dirigeants européens vont devoir déterminer quel sera le niveau d'ambition en 2017", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11689, 15.12.2016.

²¹⁶ "Affaires étrangères : il faut plus d'unité dans les actions extérieures de l'UE, selon les députés", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11689, 15.12.2016.

²¹⁷ "Défense: le Conseil Européen veut se montrer mobilisé pour la défense européenne", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11691, 17.12.2016.

²¹⁸ "Avenir de l'UE : la Commission énonce cinq scénarios pour une union à vingt-sept d'ici à 2025", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11736, 02.03.2017.

²¹⁹ "Avenir de l'UE : les vingt-sept célèbrent à Rome ce qui les unit en portant un regard inquiet sur l'avenir", *Bulletin Quotidien de l'Agence Europe*, n° 11754, 26.03.2017.

²²⁰ BORRELL, J. "Emergencia del populismo xenófobo en Europa". *Sistema Digital*. 2010

Las reglas fiscales en los países de la Alianza del Pacífico

The fiscal rules in the countries of the Pacific Alliance

Jaime Gallegos Zúñiga¹

Universidad de Chile

Sumario: I. Introducción. II. Cualidades que deben tener las reglas fiscales. III. Situación fiscal en América Latina, nociones generales. IV. La Alianza del Pacífico, nociones generales. V. Regulación en México. VI. Regulación en Colombia. VII. Regulación en Perú. VIII. Regulación en Chile. IX. Conclusiones. X. Referencias Bibliográficas.

Resumen: La presente investigación busca analizar las reglas fiscales en los países de la Alianza del Pacífico, esquema formado el año 2012, compuesto por México, Colombia, Perú y Chile. Este modelo pretende constituirse en un área subregional de "integración profunda", para avanzar hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

Luego de nocivas experiencias de inestabilidad financiera los Estados miembros de este bloque han aprendido la importancia de mantener niveles macroeconómicos adecuados, y en particular de brindar sanidad a las arcas fiscales, a efectos de poder dar sostenibilidad al gasto público y tener la posibilidad -efectiva- de inyectar recursos adicionales en los momentos bajos del ciclo económico.

Este trabajo cuenta con una parte introductoria que describe algunos conceptos generales acerca de las reglas fiscales, para luego exponer los cuerpos normativos en esta materia vigentes en los reseñados países, advirtiendo algunas falencias orgánicas y funcionales que serían aconsejable subsanar. Lo anterior, en el entendido que un correcto desempeño fiscal resulta crucial para mejorar el bienestar de sus habitantes, y a la vez puede mirarse como un factor que ayude a avanzar, con mayor certidumbre, hacia una integración económica regional más fuerte.

Palabras clave: América Latina, Hacienda Pública, Reglas Fiscales, Alianza del Pacífico.

Abstract: This research seeks to analyze the fiscal rules in the countries of the Pacific Alliance, a scheme formed in 2012, composed of Mexico, Colombia, Peru and Chile. This model aims to become a subregional area of "deep integration", to move towards the free movement of goods, services, capital and people.

After noxious experiences of financial instability, the member states of this bloc have learned the importance of maintaining adequate macroeconomic levels, and in particular, of providing health to the fiscal coffers, in order to be able to give

¹ Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Máster en estudios avanzados en Derecho Financiero y Tributario, y doctorando en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

sustainability to public spending and have the –effective- possibility of injecting additional resources in the low moments of the economic cycle.

Thus, this work has an introductory part that describes some general concepts about tax rules, then expose the current regulatory bodies in this area, in the countries reviewed, noting some functional and organic flaws that would be advisable to correct. The foregoing, in the understanding that a correct fiscal performance is crucial to improve the welfare of its inhabitants, and at the same time can be seen as a factor that helps to advance, with greater certainty, towards a stronger regional economic integration.

Keywords: Latin America, Public Treasury, Fiscal Rules, Pacific Alliance

I. INTRODUCCIÓN

Frente a la crisis económica y financiera que se inició el año 2008, una de las respuestas que asumieron algunos Estados fue el establecimiento de reglas fiscales o la modificación (haciendo más estricta, a la larga) aquellas con las que se contaba previamente, y ejemplo de ello es que al año 2012 más de 75 países empleaban esta clase de ordenaciones, ya sea de carácter nacional o supranacional, frente a los 5 que lo hacían en 1990².

García define las reglas fiscales como “*propósitos explícitos de las autoridades de mantener la disciplina, sostenibilidad y transparencia de la política fiscal en el corto y largo plazo que se establecen en el marco legal que gobierna la política presupuestaria*”³.

Tales reglas pueden adoptar diferentes formas, ya sea que establezcan límites cuantitativos al endeudamiento o al déficit, o bien, la determinación del gasto público en base a los ingresos estructurales o cíclicamente ajustados⁴, entre otros.

Se ha dicho que las reglas fiscales buscan contrarrestar el sesgo hacia el déficit⁵. En este sentido, una serie de estudios han indicado que las autoridades son más propensas a asumir reglas de este tipo en momentos de superávit o en los cuales las cuentas fiscales están equilibradas -como ocurrió en el caso de Chile⁶, por ejemplo-, que cuando se está en déficit⁷, motivo por el cual, se hace complejo su adopción en momentos desfavorables del ciclo⁸.

Otro argumento que suele invocarse como justificante para la adopción de este tipo de medidas es de orden de equidad intergeneracional, en el entendido que

² Vid. SCHAECHTER, A., KINDA, T., BUDINA, N. y WEBER, A. *Fiscal Rules in Response to the Crisis-Toward the “Next-Generation” Rules. A New Dataset*, International Monetary Fund, Working paper 12/187, 2012 [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12187.pdf>]

³ GARCÍA, G. “Reglas fiscales para la estabilidad y sostenibilidad”, en VV.AA. CORBACHO, A. (coord.), *Las instituciones fiscales del mañana*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2012, p. 8.

⁴ ELBADAWI, I., SCHMIDT-HEBBEL, K. y SOTO, R. “Why do countries have fiscal rules?”, en *Economía Chilena*, vol. 18, N° 3, 2015, p. 30.

⁵ BRAUN, M. y GADANO, N. “¿Para qué sirven las reglas fiscales? Un análisis crítico de la experiencia argentina” en *Revista de la CEPAL* N° 91, abril 2007, p. 54.

⁶ TER-MINASSIAN, T. “Should Latin American countries adopt structural balance-based fiscal rules?” en *Revista de Economía y Estadística*, vol. XLIX, N° 1, 2011, p. 127.

⁷ CALDERÓN, C. y SCHMIDT-HEBBEL, K. *The choice of fiscal regimes in the world*, Documentos de Trabajo del Banco Central de Chile, N° 487, 2008, p. 2.

⁸ Ahora bien, debe hacerse presente que incluso en momentos de bonanza, la adopción de una regla fiscal que discipline las finanzas públicas no es una decisión fácil, habida cuenta que ello supone un costo político, dado que en momentos en que la comunidad sabe que se están generando muchos ingresos -que son idóneos para satisfacer las variadas necesidades sociales- el Ministro de Hacienda, usualmente se verá obligado a limitar los gastos, generando reproche de diferentes grupos de presión.

se esgrime que el progreso actual no puede ser financiado por las generaciones venideras⁹, y a tal efecto se fija la premisa que sólo los gastos en inversión en infraestructura, dado que generan externalidades positivas, que se extienden en el tiempo, podrían ser pagados acudiendo al endeudamiento¹⁰.

Asimismo, se ha afirmado que esta clase de reglas reducen la discrecionalidad de las autoridades en relación con el gasto público sometiendo las políticas económicas al Derecho¹¹, lo que resulta especialmente importante, ante gobiernos populistas, o que busquen alcanzar objetivos a corto plazo, a fin de satisfacer el electorado, sin tener en cuenta las consecuencias que tales actuaciones generan en el endeudamiento, encarecimiento del crédito, e incluso los efectos procíclicos que pueden ocasionar con un calentamiento excesivo de la economía en un momento de bonanza.

Para que esas nocivas consecuencias no se produzcan, resulta necesario procurar un buen “estado de salud” de las finanzas públicas, una correcta estructura normativa de la economía y la coordinación entre los objetivos de política monetaria y fiscal¹².

Así las cosas, actualmente parece primar la concepción, entre los economistas, que el endeudamiento (excesivo) es nocivo, discurso que suele oírse en paralelo con el que pregona¹³ que la reducción del déficit público permite bajar los intereses que se cobra a los títulos de deuda¹⁴, estimula la inversión y fomenta el crecimiento, lo cual se asocia a la mejoría en la credibilidad del Fisco que adopta estas medidas¹⁵, reduciendo en paralelo el costo de endeudamiento de las empresas que emiten deuda a nivel internacional, atendido que la deuda soberana actúa como un punto de referencia para las tasas que éstas pagan¹⁶, todo lo cual

⁹ GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad presupuestaria y su consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 21.

¹⁰ GALÁN FIGUEROA, J. “El enfoque de las reglas fiscales ante la discrecionalidad de la política pública”, en *Economía Informa*, N° 388, sep-oct 2014, pp. 60-61.

¹¹ GARCÍA, G. Op. Cit. p. 9; RESTREPO SALAZAR, J.C. *Hacienda Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 546, 553.

En efecto, el establecimiento de reglas fiscales servirían de ayuda para que se haga frente a los shocks exógenos, puesto que aun cuando, por medio de una política fiscal discrecional también se puede reaccionar a shocks inesperados, tal capacidad de maniobra no queda exenta de limitaciones, como pueden ser los retardos temporales tanto en la identificación del shock mismo, como en el tiempo que transcurre hasta que se adoptan las medidas concretas y éstas entran en funcionamiento (GARCÍA, G. Op. Cit. p. 7; GARCÍA SERRADOR, A. “Teoría general sobre reglas fiscales”, en *Quaderns de Política Econòmica*, vol. 8, 2004, p. 25).

En efecto, hay estudios que han concluido que los países con instituciones y procedimientos fiscales más disciplinados, cuentan con presupuestos de mayor calidad para la previsión y control; no pierden capacidad de respuesta para paliar las oscilaciones cíclicas de la economía, y tienden a enfrentarse a problemas menores de sostenibilidad a mediano y largo plazo (GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: La Ley de Estabilidad Presupuestaria en perspectiva*, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001, p. 29).

¹² GALÁN FIGUEROA, J. Op. Cit. p. 51; RESTREPO SALAZAR, J.C. Op. Cit., p. 553.

¹³ GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op.Cit., pp. 42, 43; GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad...* Op. Cit., p. 24.

¹⁴ En esta línea, se ha afirmado que en los países que presentan instituciones fiscales funcionando adecuadamente, en los cuales los Estados se encuentran ceñidos por límites de gastos o reglas estrictas de déficit cero, se benefician con costes de endeudamiento entre 7 y 15 puntos básicos inferiores al de aquellas jurisdicciones en las cuales las limitaciones son débiles o no existen (GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit, p. 28).

¹⁵ COMITÉ ASESOR PARA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA FISCAL DE BALANCE ESTRUCTURAL DE SEGUNDA GENERACIÓN PARA CHILE, *Propuestas para perfeccionar la regla fiscal*, Santiago, 2011, p. 25.

¹⁶ VELASCO A., ARENAS A., RODRÍGUEZ J., JORRATT M. y GAMBONI C. *Enfoque de Balance Estructural en la Política Fiscal en Chile: Resultados, Metodología y Aplicación al*

redundería en mayor certidumbre y estabilidad para los actores económicos a la hora de tomar sus decisiones¹⁷.

Otros autores¹⁸ han hecho presente que en países muy diversos, como Rusia y Bolivia, los severos desequilibrios fiscales se han traducido en graves problemas políticos que han derribado los gobiernos, dada la situación de inestabilidad generada.

Ahora bien, también es del caso mencionar que, no obstante lo dicho, el Fondo Monetario Internacional (FMI) estudia si el exceso de ahorro y la austeridad son factores, que en definitiva, dificultan el crecimiento económico¹⁹.

Molina²⁰, por su parte, trae a colación trabajos de diferentes economistas, que han rechazado las medidas de austeridad implementadas por gobiernos de diferentes países desarrollados, señalando que cuando las economías son débiles y el desempleo es alto es necesario un adecuado estímulo fiscal, señalando que en Europa la recesión obedece precisamente -entre otras causas- a la manera cómo se ha afrontado el asunto.

En efecto, tal como afirman Alesina y Giavanzzi no siempre los déficits presupuestarios son un problema y en tal carácter debiesen evitarse a toda costa, atendido que déficits presupuestarios temporales forman parte de la caja de herramientas de las políticas económicas. Ello es así puesto que, durante las recesiones, es probable que aparezcan déficits, como consecuencia de que los ingresos fiscales serán temporalmente bajos, y ante ese escenario sería un error subir los tipos impositivos para equilibrar el presupuesto.

De este modo, los déficits y superávits presupuestarios desempeñan un papel muy útil en la suavización de las fluctuaciones temporales de los ingresos fiscales y del gasto.

Ahora bien, tales déficits se convierten en un inconveniente cuando duran mucho tiempo, generan grandes deudas y son un indicio de una incapacidad permanente para mantener el gasto a la par con los ingresos fiscales²¹.

II. CUALIDADES QUE DEBEN TENER LAS REGLAS FISCALES

Dicho lo anterior, y con la finalidad de cerrar esta parte introductoria general, creemos pertinente mencionar que la literatura económica ha teorizado sobre cuáles son los elementos que debe contener una regla fiscal para ser eficiente, en base a la experiencia dada en diferentes países.

Al respecto, recogiendo ideas expuestas en distintos trabajos, y tratando de sintetizar algunos temas, nos permitimos señalar que dentro de las cualidades o características que debe contar una regla fiscal figuran²²:

1. Simplicidad

Las funciones, estructura, metodología, cuentas y proyecciones del sector público deben ser comprensibles²³, normalizadas y comparables internacionalmente.

Específicamente, una norma de equilibrio fiscal estructural no sólo debe tener un buen diseño metodológico, los ciudadanos y los políticos también deben ser capaces de comprenderla, obteniendo respuestas adecuadas ante preguntas,

período 2006 – 2009, Estudios de Finanzas Públicas, 2010, Dirección de Presupuestos de Chile, p. 8.

¹⁷ GARCÍA, G. Op. Cit. p. 21.

¹⁸ PASTEN, R. y COVER, J. "The Political Economy of Unsustainable Fiscal Deficits", en *Cuadernos de Economía*, vol. 47 (noviembre), 2010, pp. 170-172.

¹⁹ GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad...* Op. Cit., p. 22.

²⁰ MOLINA MOLINA, J. *Ciudadano y Gasto Público. Por una gobernanza transparente y participativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 152-153.

²¹ ALESINA, A. y GIAVAZZI, F. *El futuro de Europa: reforma o declive*, Antoni Bosch, Barcelona, 2009, p. 148.

²² LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia" en *Revista de economía institucional*, vol. 10, N° 19, segundo semestre, 2008, pp. 343-344.

²³ BRAUN, M. y GADANO, N. Op. Cit., p. 55.

dudas, presiones y comparaciones con indicadores más simples como el equilibrio fiscal real, el crecimiento del gasto en relación con el PIB o la deuda pública²⁴.

2. Permanencia

Este elemento se asocia con que la regla debe tener aplicación por un período de tiempo, que dé certeza a los agentes económicos de su durabilidad²⁵, a fin de que adopten medidas teniéndola presente, lo cual, además, se vincula con su credibilidad.

En principio, una regla de política fiscal debe operar bajo un marco metodológico estable con el objeto de garantizar su transparencia y limitar la discrecionalidad de las autoridades. En especial, tal estabilidad es particularmente importante para una regla de equilibrio fiscal estructural, atendido que se basa en un indicador que no se obtiene directamente de la contabilidad pública, sino que es más bien una estimación de una variable no observada²⁶.

En efecto, las suspensiones o los incumplimientos de las reglas fiscales asumidas, cada vez que cambia el ciclo económico, pueden reducir su efectividad para lograr los objetivos de sostenibilidad fiscal y credibilidad de la política macroeconómica²⁷.

Sin embargo, tal permanencia, ligada a la credibilidad, no puede significar que la regla no sea alterable, pues, a ella pueden practicársele las mejoras metodológicas u operativas que se vayan detectando son las correctas, de conformidad con el funcionamiento de la economía, sin que estas alteraciones importen una modificación esencial o intrínseca, que conduzca a generar un manto de duda ante los cambios incorporados²⁸.

3. Obligatoriedad e instituciones que la hagan efectiva

Aquella imperatividad²⁹ puede plasmarse ya sea mediante su establecimiento en una norma de rango constitucional o de alta jerarquía dentro del ordenamiento, que impida que las leyes de presupuesto pasen por alto sus pautas³⁰. En efecto, sobre este punto González Páramo ha afirmado que, si la Constitución no limita el déficit o el gasto, estos tenderán a crecer más allá de lo deseable, lo que se puede ver agravado si el sistema electoral promueve gobiernos minoritarios, ya que los intereses y demandas que los legisladores quieren hacer efectivo con cargo a los recursos públicos son muy altos³¹.

De mismo modo, se ha dicho, que es necesario que se cuente con una institucionalidad que ejecute la regla fiscal con criterios técnicos, a la par de la estructuración de organismos independientes -de modo similar a lo que ocurre con los bancos centrales autónomos-, cuyo fin sea velar o controlar que su aplicación, por parte de las autoridades que tienen a su cargo ese cometido (usualmente el Ejecutivo), se esté llevando a cabo con el mayor apego a ella, sin quedar sometido a las presiones políticas, que generalmente afectan a los Gobiernos³².

En esta línea, se ha aseverado que *“la mejor práctica internacional de los últimos años sugiere que las políticas fiscales y la adopción de reglas fiscales se fortalecen con la creación de organismos encargados de auditar las proyecciones y*

²⁴ MARCEL, M. *The Structural Balance Rule in Chile: Ten Years, Ten Lessons*, Discussion Paper num. IDB-DP-289, Inter-American Development Bank, 2013, p. 33.

²⁵ BRAUN, M. y GADANO, N. Op. Cit., p. 55; KENNEDY, S., ROBBINS, J. y DELORME, F. *The Role of Fiscal Rules in Determining Fiscal Performance*. Fiscal Rules Conference, 2001. [disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2094473> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2094473>].

²⁶ MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 20.

²⁷ GARCÍA, G. Op. Cit., p.15.

²⁸ MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 36.

²⁹ LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Op. Cit., pp. 314-315.

³⁰ TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 128.

³¹ GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., p. 18.

³² GARCÍA, G. Op. Cit. p. 21; GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., pp. 19-20; TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 129.

el cumplimiento de los objetivos de la política fiscal, así como de promover su transparencia”³³.

Añadiendo también que la “credibilidad de una regla fiscal se basa en la limitación de las acciones discrecionales del gobierno de turno, otorgando predictibilidad y estabilidad a la política fiscal. Una buena regla puede ser potenciada mediante la construcción de una institucionalidad que vele por el buen cumplimiento de la misma”³⁴.

4. Establecimiento claro de responsables en caso de incumplimiento

Quienes puedan comprometer responsabilidad política, funcionaria o incluso penal, según los motivos y circunstancias involucradas con el no acatamiento de sus preceptos³⁵.

Las autoridades deben rendir cuentas a los ciudadanos con respecto a su capacidad para cumplir con las metas y lograr los resultados esperados. Así, según cuál sea el tipo de regla fiscal que se adopte, y, por ejemplo, si se sigue una de equilibrio estructural, los encargados de su monitoreo pueden calcular periódicamente su efectivo cumplimiento para, de manera oportuna, permitir el logro de los objetivos de la política³⁶, todo lo cual demanda, a su vez de una debida transparencia en su funcionamiento.

Relacionado con este punto, se han criticado los ordenamientos que prevén sanciones por incumplimiento que resultan imprecisas o poco creíbles³⁷.

5. Establecimiento de mecanismos de escape

Tales excepciones a su cumplimiento es viable que tengan lugar ante determinados eventos, imprevistos y significativos, con el fin de brindar la flexibilidad necesaria, dentro de marcos de certidumbre³⁸.

No hay consenso acerca de cuál debe ser la institución que constate la ocurrencia de estos eventos extraordinarios previstos en la normativa, habiendo algunos que entregan tal revisión al Congreso³⁹, mientras otros encomiendan estas labores a organismos técnicos especializados, independientes del Gobierno que la implementa.

Si se prevén estos supuestos en la regla misma, la concurrencia de tales circunstancias excepcionales no importará abandonar o modificar la regla con frecuencia, que en sí son conductas que atentan contra la credibilidad de ésta⁴⁰.

Estos mecanismos de escape le brindan flexibilidad a la regla, atendido que, si son demasiado rígidas, los países suelen incumplirla, y en efecto, no resultarán creíbles las declaraciones oficiales de que se mantendrán apegados a sus postulados, y, de hecho, tal dureza puede conllevar a déficits fiscales mayores a los que se hubieren producido si se hubiese adoptado una regla más moderada y flexible⁴¹.

6. Transparencia

Es un asunto que se encuentra estrechamente vinculado con la simplicidad, que permite una fácil comprensión de sus pautas a la comunidad, la cual puede controlar su cumplimiento e inhibir una “presupuestación creativa”, término que se ha acuñado para referirse a los casos en que los agentes encargados de

³³ COMITÉ ASESOR PARA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA FISCAL DE BALANCE ESTRUCTURAL DE SEGUNDA GENERACIÓN PARA CHILE, Op. Cit., p. 10.

³⁴ *Ibíd.*, p. 93.

³⁵ LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Op. Cit., p. 316.

³⁶ MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 29.

³⁷ GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., pp. 27-28.

³⁸ TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 119.

³⁹ LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Op. Cit., p. 318.

⁴⁰ GARCÍA, G. Op. Cit., p. 20.

⁴¹ FRANKEL, J. “Una solución a la prociclicidad fiscal: Chile, pionero en instituciones presupuestarias estructurales”, en *Economía Chilena*, vol. 14, N° 2, 2011, p. 42.

implementarlas suelen sustraer actividades del control y supervisión, alterando cifras o estructurando contabilidades que se alejan de lo perseguido por el legislador. En razón de lo cual, mientras más transparente sea el proceso presupuestario en general, menores posibilidades hay que se incurra en estas conductas⁴².

En este sentido es pertinente que los encargados estén permanentemente suministrando información acerca del uso de los recursos públicos y el cumplimiento de la regla, a fin de que se pueda efectuar un control de este relevante asunto⁴³.

Asimismo, las reglas fiscales, al obligar a los responsables de la política fiscal a diseñar y ejecutar el presupuesto de manera transparente y sujeto a un control abierto, contribuyen a la transparencia, la responsabilidad democrática, y, en consecuencia, ayudan a mitigar la discrecionalidad y las posibilidades de corrupción⁴⁴.

En definitiva, la transparencia, es fundamental para reducir la incertidumbre, tanto respecto de la conducción de la política fiscal como acerca de la adecuada asignación de los recursos⁴⁵.

7. Legitimidad ante la comunidad a la cual le resultará exigible

Habida cuenta que si se cuenta con aquel respaldo ciudadano será menos frecuente que se ejerzan presiones tendientes a dejar de cumplir lo establecido con los parámetros exigidos⁴⁶.

Así las cosas, se ha aseverado que cuando los ciudadanos tienen preferencias heterogéneas y cambiantes, los gobiernos pueden caer ante comportamientos oportunistas, buscando maximizar el apoyo del electorado, satisfaciendo demandas de corto plazo⁴⁷, lo que encontrará un campo más vulnerable si la regla fiscal no está arraigada como un valor dentro del funcionamiento económico.

Cuando esta clase de medidas resultan impuestas por organismos internacionales, como el FMI, el Banco Mundial (BM), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) o las instituciones comunitarias supranacionales y no encuentran con efectivo respaldo de las autoridades del país que la implementa, y menos de la ciudadanía, se corre el evidente riesgo de que al poco tiempo se escabulla su cumplimiento o derechamente se le abandone⁴⁸. De ahí que valga la pena recalcar que las reglas fiscales deben responder a las características que conforman la realidad del país o territorio donde se acogen⁴⁹, y no será lo mismo, por ejemplo, su aplicación en un país unitario que en uno descentralizado, donde deben adoptarse resguardos especiales.

A nuestro juicio, para alcanzar la referida legitimidad es imprescindible que las autoridades socialicen los efectos positivos que genera una disciplina fiscal, ya sea por hacer menos costoso el crédito, o bien, por permitir al Gobierno contar con herramientas efectivas para poder inyectar recursos en los momentos bajos del ciclo económico, sin la necesidad de acudir al endeudamiento externo.

III. SITUACIÓN FISCAL EN AMÉRICA LATINA, NOCIONES GENERALES

Como se sabe, en otros esquemas de integración más avanzados, como el que se da en Europa, la temática de las arcas fiscales cuenta con regulación comunitaria que no entrega al solo arbitrio de los Estados miembros el manejo de

⁴² GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., p. 27.

⁴³ TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., pp. 130-131.

⁴⁴ ELBADAWI, I., SCHMIDT-HEBBEL, K. y SOTO, R. Op. Cit., p. 33.

⁴⁵ GUZMÁN, M. y MARCEL, M. "Hacia un círculo virtuoso en la reforma presupuestaria en Chile" en *Presupuesto y Gasto Público*, N° 51, 2008, p. 321.

⁴⁶ LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Op. Cit., pp. 314-316.

⁴⁷ GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., p. 19.

⁴⁸ FRANKEL, J. Op. Cit., p. 43.

⁴⁹ RESTREPO SALAZAR, J.C. Op. Cit., p. 553; TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 124.

los caudales públicos, atendidas las incidencias que los desequilibrios fiscales pueden generar en el buen funcionamiento del mercado común en su conjunto.

De esta manera, y de modo muy somero, podemos destacar que el art. 104 C del Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992⁵⁰, prevé que los Estados miembros deben evitar “déficits públicos excesivos”, cuyos valores de referencia, de niveles máximos de déficit del 3% del PIB y de deuda del 60% del PIB, fueron fijados en el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de Déficit Excesivo⁵¹.

Asimismo, el art. 126 del TFUE establece que los Estados miembros deben evitar déficits públicos excesivos, regulando las medidas que debe adoptar la Unión.

Además de estas preceptivas matrices, con el devenir de los años se han adoptado una serie de regulaciones específicas y medidas, de diferente alcance, sobre esta materia, dentro de las cuales cabe destacar, entre otros, al Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC), que estructuró un “código de conducta fiscal”⁵²; la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera; el “Semestre europeo”; el conjunto de normas (conocido como el “Six Pack”); el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza (también conocido como “Pacto Fiscal” o “Fiscal Compact”), que implicó una “constitución económica europea”⁵³, previendo -entre otros puntos- sanciones por incumplimiento, las cuales son entregadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consignando la necesidad de garantizar la independencia de las instituciones, encargadas a nivel nacional, de supervisar la observancia de estas reglas, como también el mandato de que la normativa dictada al efecto debe contar con jerarquía constitucional.

Señalado lo anterior, debe advertirse que en América Latina, al no haberse alcanzado los niveles de integración que se han logrado en Europa, no cuenta con instancias supranacionales que disciplinen a los países en política fiscal, como ha ocurrido en el viejo continente, y atendido ello, recurrentemente, la fuente material de las normas que se han dictado provienen de organismos multilaterales, como el FMI y el BM, que suelen condicionar los programas de asistencia y financiamiento a la adopción de reglas de esta clase⁵⁴.

Ahora bien, un elemento común que comparten muchas economías en desarrollo es que ellas tienden a ser más volátiles, en general, que en los países desarrollados. Ello obedece, en parte, a shocks externos, tales como fluctuaciones de precios en los mercados mundiales, que son particularmente importantes para los productos minerales y agrícolas exportados por América Latina⁵⁵.

En efecto, hasta hace algunos años esa región se caracterizaba por una gran volatilidad de su situación macroeconómica, mostrando, de modo general, políticas procíclicas⁵⁶, que se traducían en la reducción de las tasas impositivas y aumento

⁵⁰ Cabe tener en cuenta, que el Libro Blanco de la Comisión Delors, de 1985, hizo presente que una unión monetaria sin una convergencia fiscal puede conllevar a situaciones de inestabilidad (GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad...* Op. Cit., p. 29).

⁵¹ GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. *Costes...* Op. Cit., p. 49.

En la actualidad, la normativa reseñada se encuentra en el Anexo N° 12 al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

⁵² GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad...* Op. Cit., p. 29. Otros autores van más allá, y han dicho que con el PEC los Estados miembros “cedían su política fiscal a la Comunidad” (RESTREPO SALAZAR, J.C. Op. Cit., p. 577).

⁵³ GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. *Estabilidad...* Op. Cit., p. 57; FAGGIANI, V. Op. Cit., pp. 757-758.

⁵⁴ BRAUN, M. y GADANO, N. Op. Cit., p. 57.

⁵⁵ FRANKEL, J. Op. Cit., p. 45.

⁵⁶ ARDANAZ, M., CORBACHO, A., GONZALES, A. y TOLSA CABALLERO, N. “Equilibrios fiscales estructurales en América Latina y el Caribe. Nuevo conjunto de datos y estimaciones”, en *Revista Internacional de Presupuesto Público*, N° 89, 2015, pp. 11, 14-17; KLEMM, A. *Fiscal Policy in Latin America over the Cycle*, Documento de Trabajo, Washington, DC: Fondo Monetario Internacional, 2014, pp. 1-23; TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., pp. 117-118.

de gasto en momentos de bonanza -asociadas generalmente al aumento del precio de sus commodities⁵⁷- y medidas contrarias en los momentos bajos del ciclo, lo que conducía a la profundización de las crisis económicas⁵⁸.

Luego, si bien la crisis económica y financiera internacional iniciada el 2008 interrumpió una etapa de crecimiento económico que, en términos de nivel y duración, no tenía precedentes desde los años setenta, sirvió también de oportunidad, para que sus gobiernos pudieran implementar, una serie de medidas contracíclicas, que ayudaron a contener su impacto⁵⁹. En efecto, el gasto corriente primario de los gobiernos centrales aumentó en promedio de los países de la región de un 15,8% del PIB en 2008 a un 17,0% en 2009. A ello contribuyeron los incrementos de las transferencias destinadas a los hogares más vulnerables con el fin de minimizar los efectos de la crisis⁶⁰.

IV. LA ALIANZA DEL PACÍFICO, NOCIONES GENERALES.

Es un área subregional formada por México, Colombia, Perú y Chile, que se configura con la finalidad de obtener las ventajas generales de la integración, como son el aprovechamiento de economías de escala, intensificación de la competencia, atenuación de los problemas de pagos internacionales, posibilidad de desarrollar actividades difíciles de emprender aisladamente, aumento del poder de negociación, formulación coherente de la política económica nacional, configuración de un contexto que facilita el emprendimiento de procesos de transformaciones estructurales, y aceleramiento del ritmo de desarrollo y el logro de un alto nivel de empleo, entre otros, en el contexto de Estados latinoamericanos con un escenario marcado por el fuerte impulso económico que están ejerciendo los países del Asia Pacífico.

La Alianza del Pacífico supone un mercado de 217 millones de personas, que a la fecha cuenta liberalizado el grueso mayoritario de su comercio. Su PIB total asciende al 39 % del PIB de América Latina⁶¹.

El 6 de junio de 2012, durante la IV Cumbre Presidencial, en Paranal, Chile, se suscribió el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, que supuso su constitución formal y jurídica, entrando en vigor internacional el 20 de julio de 2015.

El preámbulo de ese instrumento indica que los Estados partes, convencidos de que la integración económica regional constituye uno de los mecanismos esenciales para que los países de América Latina avancen en su desarrollo económico y social sostenible, procuran alcanzar una mejor calidad de vida para sus pueblos, que contribuya a resolver los problemas que aún afectan a la región, como son la pobreza, la exclusión y la desigualdad social persistentes.

Agregan que están decididos a fortalecer los diferentes esquemas de integración en América Latina, como espacios de concertación y convergencia, orientados a fomentar el regionalismo abierto (no excluyente), que inserte a las Partes eficientemente en el mundo globalizado y las vincule a otras iniciativas de regionalización.

Luego, afirman que este proceso de integración tendrá como base los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes entre las Partes a nivel bilateral, regional y multilateral, y que deberá contribuir a profundizar sus relaciones económicas y comerciales.

⁵⁷ PARRADO, E., RODRÍGUEZ, J. y VELASCO, A. "Responsabilidad fiscal en Chile: Propuestas para seguir avanzando", en *Estudios Públicos* N° 127, invierno 2012, p. 92; TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 123.

⁵⁸ GARCÍA, G. Op. Cit., p.2.

⁵⁹ TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 118

⁶⁰ CEPAL, *La reacción de los gobiernos de las Américas frente a la crisis internacional: Seguimiento de las medidas de política, actualización al 31 de diciembre de 2011*, Santiago de Chile, 2012, pp. 3-4.

⁶¹ ALIANZA DEL PACÍFICO, *Abecé de la Alianza del Pacífico*, 2018, <https://alianzapacifico.net/download/abece-de-la-alianza-del-pacifico/>

A su turno, dentro de los objetivos de este esquema, según consta en su artículo 3, figura el construir un área de “integración profunda”, para avanzar hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

Formuladas estas nociones generales acerca de la Alianza del Pacífico es pertinente dejar en claro que sus instrumentos normativos no aluden a coordinación en materia fiscal, sin embargo, atendidas las prevenciones formuladas en la primera parte de este trabajo, nos parece oportuno exponer, de modo comparado, las reglas fiscales de los Estados miembros, que dan cuenta de cierta convergencia macroeconómica⁶² no pactada, elemento que resulta clave, para avanzar con certidumbre en la integración económica, y en definitiva, en la búsqueda de un mayor bienestar de su población, que a nuestro juicio es el principal objetivo que debe dirigir el quehacer de los Estados, tanto en el plano económico como social.

V. REGULACIÓN EN MÉXICO

En México, el inciso segundo del art. 25 de la Constitución, de 1917, previene que el Estado debe velar por “*la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero*” para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo, añadiendo que el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deben observar dicho principio.

Respecto a ello, se ha dicho que esa Carta Fundamental establece una regla fiscal de equilibrio del balance corriente del gobierno federal y los gobiernos subnacionales, actuando sobre la base de un equilibrio presupuestario general, no sobre uno ajustado al ciclo económico⁶³.

Además, se limita el endeudamiento subnacional pues establece que las regiones no se pueden endeudar con entidades extranjeras ni en moneda extranjera⁶⁴.

A nivel legal, debe tenerse en cuenta que, en 2006, se aprobó la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, que introdujo elementos de responsabilidad fiscal, transparencia y rendición de cuentas⁶⁵. Esta normativa exige que el gobierno presente un presupuesto anual en un marco de mediano plazo con proyecciones para los cinco años siguientes, estableciendo además un objetivo fiscal cero para el gobierno federal, los dos sistemas de seguridad social y algunas empresas públicas -incluyendo la empresa petrolera PEMEX- pero excluyendo los gobiernos estatales y locales⁶⁶.

Con todo, la normativa prevé expresamente válvulas de escape, permitiendo que se incurra en déficit presupuestarios y se sobrepase el límite máximo del gasto corriente estructural cuando concurren determinadas hipótesis, como desastres naturales y otras situaciones análogas, fijando en tal evento una serie de requisitos singularmente tasados, exigiendo, por ejemplo, que para ello se presenten planes de ajuste, de no más de tres años, que para recuperar los niveles normados.

Además, conviene advertir que el reglamento de esta ley introduce elementos de balance estructural y no meramente primario, al disponer que anualmente debe determinarse una meta de balance público congruente con la evolución esperada del ciclo económico, cuyos principales determinantes son la desviación del PIB respecto a su nivel estimado de tendencia y a los ingresos no petroleros del sector público.

⁶² MONTEAGUDO, M. “The Pacific Alliance in search for a financial integration: so close and yet so far”, *Working Paper* N° 17, World Trade Institute, Universitat Bern, 2017, pp. 7-12.

⁶³ GARCÍA, G. Op. Cit., pp. 18-19.

⁶⁴ GARCÍA, G. Op. Cit., pp. 18-19.

⁶⁵ LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Op. Cit., p. 326.

⁶⁶ BERGANZA, J.C. *Fiscal rules in Latin America: a survey*, Documentos ocasionales N° 1208, Banco de España, 2012, p. 25.

Así las cosas, dada la relevancia del crudo en las arcas aztecas, el precio de tendencia de ese hidrocarburo se atiende para los cálculos de los ingresos fiscales y además funciona un sistema de numerosos fondos⁶⁷ asociados a éste.

El manejo de estos recursos permitió que, entre los años 2008 y 2009, se adoptaran medidas de estímulo fiscal que ascendieron a 2,5% del PIB (mediante transferencias a personas de bajos ingresos, inversión pública e inyección de crédito adicional destinado a pequeñas y medianas empresas)⁶⁸.

Con todo, dada la envergadura de la crisis -que provocó un descenso en términos reales del 6,5% en 2009⁶⁹-, en los presupuestos de los años 2010 y 2011 se invocaron circunstancias excepcionales que habilitaron para mantener un déficit fiscal moderado⁷⁰, que fue incrementándose sucesivamente, y muchos estados registran altos niveles de endeudamiento, y así el promedio nacional del grado de dependencia de la deuda de los gobiernos subnacionales aumentó de 56,1% en 2007 a 81,5% en 2013⁷¹.

Habida cuenta del contexto descrito, en mayo de 2015, se llevó a cabo una reforma constitucional que introdujo las siguientes modificaciones en la Carta Fundamental mexicana, incorporando un inciso segundo a su art. 25, según el cual, el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deben observar el principio de estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero.

Además, en el art. 73, fracción XXIX, literal W, se dispuso que el Congreso de la Unión tiene facultades para expedir leyes en materia de responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible de las finanzas públicas en la Federación, los Estados, Municipios y el Distrito Federal, con base en el principio del enunciado art. 25.

Relacionado con lo anterior, también se modificó el art.117, fracción VIII de la Constitución, expresando que los Estados y los Municipios no pueden contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas y a su refinanciamiento o reestructura, agregando además que en ningún caso se pueden destinar empréstitos para cubrir gasto corriente.

Sin perjuicio de ello, los Estados y Municipios pueden contratar obligaciones para cubrir sus necesidades de corto plazo⁷², sin rebasar los límites máximos y condiciones que establezca la ley general que expida el Congreso de la Unión.

A lo indicado se suma el establecimiento de una nueva comisión bicameral en el Congreso de la Unión la cual debe analizar la estrategia de ajuste para fortalecer las finanzas públicas de los Estados y analizar garantías otorgadas por el Estado en la materia.

Atendida esta modificación, el 27 de abril de 2016, se publicó la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios, que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de las leyes de Coordinación Fiscal,

⁶⁷ La normativa fiscal mexicana contempla diversos Fondos especiales, como: el Fondo Mexicano del Petróleo, el Fondo de Estabilización de los Ingresos de las Entidades Federativas; el Fondo de Estabilización de los Ingresos Presupuestarios, el Fondo Nacional de Infraestructura, el Fondo para la Prevención de Desastres, el Fondo de Desastres, el Fondo para Atender a la Población Rural Afectada por Contingencias Climatológicas, el Fondo Sectorial CONACYT-Secretaría de Energía-Hidrocarburos, el Fondo de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico del Instituto Mexicano del Petróleo, el Fondo de Extracción de Hidrocarburos, entre otros.

⁶⁸ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 26.

⁶⁹ CHÁVEZ, J.C., RODRÍGUEZ, R., y FONSECA, F. "Vacas gordas y vacas flacas: la Política Fiscal y el balance estructural en México, 1990-2009" en *Estudios Económicos*, vol. 25, N° 2, 2010, p. 310.

⁷⁰ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 26.

⁷¹ GARCÍA SEPÚLVEDA, S. "Delimitación de facultades, la puerta al nuevo federalismo fiscal en México", en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 35, 2016, p. 50.

⁷² Las obligaciones a corto plazo deben liquidarse a más tardar tres meses antes del término del periodo de gobierno correspondiente y no pueden contratarse nuevas obligaciones durante esos últimos tres meses.

General de Deuda Pública y General de Contabilidad Gubernamental, que regula con mayor detalle estas materias.

VI. REGULACIÓN EN COLOMBIA

En Colombia, es relevante tener en cuenta que el constituyente de 1991, en el art. 347, derogó el principio de equilibrio presupuestal contenido en la anterior Carta Fundamental, lo que hizo posible la presentación de presupuestos desequilibrados⁷³.

Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 03, de 2011, a la sostenibilidad fiscal se le elevó al rango constitucional, al incorporarla en distintas disposiciones del Texto Supremo, como un criterio orientador de los órganos y poderes del Estado.

En efecto, a partir de esa reforma su art. 334 dispone que la dirección general de la economía está a cargo del Estado (...) «en un marco de sostenibilidad fiscal» (...). Dicho marco debe fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. Advirtiendo luego, que, en cualquier caso, el gasto público social es prioritario.

Por su parte, el art. 339 del Código Político se refiere al Plan Nacional de Desarrollo, que comprende el plan de inversiones públicas, que debe contener presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco «que garantice la sostenibilidad fiscal».

A su turno, el art. 346 expresa que el Gobierno debe formular anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones «dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo».

En este escenario, la Ley N° 1.473, de 2011, empleando un modelo de ingresos estructurales o cíclicamente ajustados⁷⁴ -basada en el modelo chileno⁷⁵ pero perfeccionándolo- establece una regla fiscal para el manejo de las finanzas públicas nacionales (aplicable a todas las ramas del Estado), consignando en su art. 5° que el gasto estructural no puede superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido.

Añadiendo luego que el déficit estructural del Gobierno Nacional Central no puede ser mayor al 1% del PIB, a partir del año 2022.

Por su parte su Parágrafo Transitorio expresa que el Gobierno Nacional debe seguir una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural de 2,3% del PIB o menos en 2014 (el cual

⁷³ No obstante, ese escenario general, el legislador aprobó variada normativa sobre el particular, procurando resguardar la sanidad de las finanzas públicas, poniendo especial atención en la deuda de los órganos territoriales en que se estructura la nación cafetera. De este modo, podemos enunciar una secuencia de preceptivas que abordaron este tópico, dentro de las cuales cabe destacar la Ley N° 358, de 1997 (conocida como “Ley de Semáforos”), que reglamenta el art. 364 de la Constitución de ese país y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento; la Ley N° 617, de 2000, de racionalización del gasto público nacional o de responsabilidad fiscal territorial, y la Ley N° 819, de 2003, de normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal (LRF), que atendió a los pasivos contingentes que afectan la situación financiera del país. Asimismo, introdujo la noción de balance estructural, mediante la fijación de un superávit primario ajustado al ciclo económico. Con todo esta preceptiva recibió muchas críticas por las potestades discrecionales con que quedaba la autoridad, la falta de obligatoriedad de fijar una meta de superávit primario, la falta de un criterio para determinar la sostenibilidad de la deuda, y la carencia de normas de control y rendición de cuentas, entre otros aspectos (RESTREPO SALAZAR, J.C. Op. Cit., p. 557).

⁷⁴ ARDANAZ, M., CORBACHO, A., GONZALES, A y TOLSA CABALLERO, N. Op. Cit., p. 12; GARCÍA, G. Op. Cit., p. 8.

⁷⁵ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 24; TER-MINASSIAN, T. Op. Cit., p. 138.

pudo ser cumplido⁷⁶), de 1,9% del PIB o menos en 2018, y de 1% del PIB o menos en 2022.

Estas medidas se fijaron con el objetivo de reducir la deuda pública del 45% del PIB, en 2011, a menos del 30% en 2020⁷⁷.

En tanto, el art. 6º contempla una cláusula de escape, al normar el gasto contracíclico, indicando que el Gobierno Nacional puede llevar a cabo programas de gasto, como política contracíclica, cuando se proyecte que en un año particular la tasa de crecimiento económico real estará 2% o más por debajo de la tasa de crecimiento económico real de largo plazo, siempre y cuando se proyecte igualmente una brecha negativa del producto, añadiendo que tal gasto no puede ser superior al 20% de dicha brecha estimada.

Aquel gasto debe tener un carácter de transitorio y debe desmontarse completamente en un periodo de dos años, siendo requisito que en el primer año de dicho período la economía deba registrar una tasa de crecimiento económico real igual o superior a su crecimiento económico real de largo plazo.

Luego, el art. 11 admite otras excepciones, al decir que en los eventos extraordinarios que comprometan la estabilidad macroeconómica del país y previa venia del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS)⁷⁸, se pueda suspender temporalmente la aplicación de la regla fiscal.

Por su parte, el art. 12 mandata que el Gobierno Nacional, en junio de cada año, rinda un informe detallado a las Comisiones Económicas del Congreso de la República, en el que se evalúe el cumplimiento de la regla fiscal del año inmediatamente anterior. Tal informe debe acompañar simultáneamente la presentación del Marco Fiscal de Mediano Plazo.

A su turno, el art. 13 norma el caso de incumplimiento de la regla fiscal, prescribiendo que el Gobierno Nacional debe explicar detalladamente sus razones y fijar metas y objetivos tendientes a asegurar el acatamiento de ésta.

Además, la preceptiva en análisis, en su art. 14, crea un Comité Consultivo para la Regla Fiscal, de carácter técnico independiente, al cual el Gobierno Nacional debe consultar sobre diferentes temas⁷⁹. Con todo, en ningún caso los pronunciamientos del Comité en cuestión son vinculantes.

El Comité se conforma por nueve miembros, tres representantes de los Decanos de las Facultades de Economía de diferentes universidades del país, dos miembros expertos de centros de investigación, dos consultores de reconocida trayectoria e idoneidad y por los dos presidentes de las comisiones de asuntos económicos del Congreso de la República.

La regulación más detallada del funcionamiento de este cuerpo colegiado se encuentra en el decreto N° 1.790, de 2012, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de cuyas disposiciones nos parece pertinente destacar su art. 2º, que prescribe que todos los miembros -a excepción de los presidentes de las comisiones de asuntos económicos del Congreso- son designados por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

⁷⁶ MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE COLOMBIA, *Informe de Cumplimiento de la Regla Fiscal en 2014*, Dirección General de Política Macroeconómica, 2015, pp. 4-6.

⁷⁷ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 25.

⁷⁸ El CONFIS es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargado de dirigir la Política Fiscal y coordinar el Sistema Presupuestal. El CONFIS está integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público quien lo preside, el director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, el Consejero Económico de la Presidencia de la República o quien haga sus veces, los Viceministros de Hacienda, los directores de la Dirección General del Tesoro Nacional y Crédito Público y de Impuestos y Aduanas.

⁷⁹ Tales temas son: a) La metodología y definición de parámetros básicos requeridos para la operación de la regla fiscal; b) Las propuestas que formule el Gobierno sobre cambios metodológicos para la definición de la regla fiscal; c) El informe de cumplimiento de la regla fiscal que el Gobierno debe presentar ante las Comisiones Económicas del Congreso de la República, y d) La suspensión de la regla fiscal de que trata en art. 11 de la ley.

La disposición enunciada, al menos en lo que a nombramiento se refiere, nos permite hacer presente, que la mayoría de los integrantes no parecen efectivamente independientes del Ejecutivo, uno de cuyos secretarios de Estado los elige, escenario que también se presenta en otros ordenamientos, como el chileno, como se verá más adelante, con un órgano análogo.

Con una norma de esta clase la discrecionalidad no desaparece por completo, pero ahora debe *“acompañarse y armonizarse con las reglas objetivas de prudencia fiscal y presupuestal”*⁸⁰.

Por otra parte, el art. 15, modificó la normativa orgánica de presupuestos, creando el Fondo de Ahorro y Estabilización Fiscal y Macroeconómica (FAEFM), como una cuenta sin personería jurídica, cuyo objeto es contribuir a la estabilidad macroeconómica y fiscal del país.

Este Fondo se constituye con los recursos provenientes de los superávits totales del Gobierno Nacional Central, sus correspondientes rendimientos y por los aportes extraordinarios que determine el Gobierno Nacional. Sus recursos sólo pueden destinarse a la amortización de la deuda pública, a los gastos extraordinarios para atender los eventos de que trata el art. 11 de la ley y a la financiación del gasto contracíclico.

Se precisa que, en ningún caso, el monto anual del desahorro destinado a financiar gasto contracíclico puede ser superior al 10% del saldo del Fondo al 31 de diciembre del año anterior.

El FAEFM y sus rendimientos son administrados por el Banco de la República, mediante contrato suscrito por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El capital del Fondo y sus rendimientos se invierten en activos externos de acuerdo con los términos y condiciones que se pacten en el contrato mencionado.

Cuestión aparte es la figura del controvertido el Incidente de Impacto Fiscal (IIF), previsto en el art. 334 de la Constitución, que señala que una vez dictada una sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, se puede solicitar la apertura de un incidente de este tipo⁸¹, cuyo trámite es obligatorio. A tal efecto, se deben oír las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y debe decidirse si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal, culminando -con la afirmación categórica- de que en ningún caso ello afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Esta polémica medida encuentra su regulación más específica en la Ley N° 1.695.

VII. REGULACIÓN EN PERÚ

En Perú, el presupuesto se guía por la regla dada en el inciso tercero del art. 78 de su Carta Fundamental, de 1993, que indica que el *“proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”*.

Sin embargo, esta regla cualitativa no aseguraba la sostenibilidad de la política fiscal en el mediano plazo, lo que llevó a que la deuda pública alcanzase, en 1999, el 50% del PIB⁸².

Por ello, se dictó la Ley N° 27.245, de Prudencia y Transparencia Fiscal (LPTF), que comenzó a regir en 2000, la cual establece como objetivo central de la política fiscal el equilibrio de las finanzas públicas en el mediano plazo. Para ello creó el Marco Macroeconómico Multianual basado en una regla que limita el déficit

⁸⁰ RESTREPO SALAZAR, J.C. Op. Cit., p. 559.

⁸¹ La Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-870/14, ha conceptualizado el Incidente de Impacto Fiscal (IIF) como: *“un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la sostenibilidad fiscal.”*

⁸² BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 27.

al 1% del PIB y fija una meta de crecimiento del gasto no financiero del gobierno general del 3% real.

La ley también incluía una cláusula de escape, que permitía una relajación temporal (un año) de la meta en caso de emergencia nacional o crisis internacional. Tal medida debía ser aprobada por el Congreso a requerimiento del Ejecutivo. Además, cuando existiere suficiente evidencia de que el PIB estaba disminuyendo o podría disminuir en el siguiente año fiscal, se podría incumplir el objetivo de déficit (sin que tal excepción pudiese superar el 2% del PIB)⁸³.

La LPTF creó un Fondo de Estabilización Fiscal (FEF), que se puede utilizar de modo contracíclico cuando los ingresos corrientes disminuyan más del 0,3% del PIB con respecto al promedio de los últimos 3 años o en casos de excepción previstos en ella.

Las sumas que se ingresan al FEF se detallan en el art. 7º, que al efecto, previene que allí se integra cualquier exceso en el monto de los ingresos corrientes de la fuente de financiamiento de recursos ordinarios, expresados como un porcentaje del PBI, mayor a su 0,3% con respecto al promedio de la misma relación de los últimos 3 años; el 75% de los ingresos líquidos de cada operación de venta de activos por privatización, excluyendo los recursos destinados al Fondo Nacional de Ahorro Público; y, el 50% de los ingresos líquidos por concesiones del Estado.

El ahorro acumulado en el FEF no puede exceder del 3% del PBI, por lo que cualquier ingreso adicional debe depositarse en el Fondo Consolidado de Reservas Previsionales⁸⁴ o ser destinado a reducir la deuda pública, lo que le ha permitido disminuir considerablemente a esta última⁸⁵.

Con arreglo a lo previsto por el art. 6º, el Fondo es administrado por un Directorio, compuesto por tres miembros, presidido por el Ministro de Economía y Finanzas e integrado por el Presidente del Banco Central de Reserva del Perú y por un representante designado por el Presidente del Consejo de Ministros.

Los recursos del Fondo son intangibles y deben depositarse en el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) o en el exterior; en este último caso, se siguen criterios similares a los que utiliza el citado instituto emisor para las reservas internacionales.

Luego, a raíz de la descentralización de Perú, se dictaron normas que procuraron evitar un endeudamiento excesivo de las autoridades locales, que en este nuevo contexto acrecentaron de manera significativa sus atribuciones. Con todo, tales preceptivas no lograron persuadir ni evitar que muchas jerarquías incumplieran tales reglas⁸⁶.

Ahora bien, se observó que el incumplimiento de estas normas sólo se contemplan sanciones institucionales, y no se configuran reproches individuales específicos⁸⁷.

Más adelante, sería la ley N° 27.958, de 2003, la que introduciría cambios en la anotada Ley de Prudencia y Transparencia Fiscal, flexibilizando algunos criterios, habida cuenta de los incumplimientos verificados los años previos⁸⁸, mediante el mejoramiento de las cláusulas de escape y sus mecanismos de corrección (prorrogando su adopción hasta por tres años y fijando un nuevo límite numérico del 2,5% del PIB para el déficit), y con posterioridad, a través de las

⁸³ *Ibíd.*, p. 28.

⁸⁴ Este fondo fue creado en 1996, a fin de atender las obligaciones en materia de pensiones, que luego de la reforma previsional, la Oficina de Normalización Previsional (ONP) debe asumir. Ese fondo cuenta con personería de derecho público, y es administrado por un directorio compuesto por el Ministro de Economía y Finanzas, quien lo preside, e integrado también por el Jefe de la ONP, el Gerente General del Banco Reserva del Perú y por dos representantes de los pensionistas, uno del Sistema Nacional de Pensiones y otro del Sistema Privado de Pensiones.

⁸⁵ GARCÍA, G. Op. Cit., p. 27.

⁸⁶ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 28.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 28.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 29.

leyes N°s. 29.035, de 2007 y 29.144, de 2008, se introducirían nuevas alteraciones.

Atendidas las modificaciones y la bonanza que vivió la economía peruana, el cumplimiento de las pautas fiscales mejoró sustantivamente entre los años 2003 y 2008, situación que fue de la mano con la reducción de la deuda bruta del sector público, desde un 44% del PIB en 2004, a un 24% del PIB en 2010⁸⁹.

Ahora bien, una vez desatada la crisis internacional ese positivo escenario se vio alterado, y en razón de ello, en mayo de 2009, el Congreso aprobó la relajación de la norma fiscal para permitir un déficit del 2% del PIB en 2009-10 (regresar al límite del 1% en 2011) y la relajación de la norma de gasto. Tal medida permitió que el gobierno aprobase un relevante estímulo fiscal anticíclico del 3,5% del PIB.

VIII. REGULACIÓN EN CHILE

Se ha dicho que su regla fiscal constituye el “caso paradigmático”⁹⁰ de la región, que a los pocos años de su implementación debió enfrentar ambas fases del ciclo, desenvolviéndose, en su oportunidad, de modo favorable, motivo por el cual sirvió de referente para otros países, según han afirmado autores locales y también académicos extranjeros⁹¹.

Dicho lo anterior, en primer término, es necesario tener en cuenta que la Constitución chilena, de 1980, no contempla expresamente una regla fiscal o un mandato imperativo que impida se presenten presupuestos deficitarios. Tampoco lo preveía la anterior Carta de 1925, y en efecto, entre 1950 y 1986, en promedio las cuentas fiscales presentaron un déficit del 1,9% del PIB⁹².

Ahora bien, no obstante la carencia de una disposición que norme puntualmente ese asunto, el Texto Supremo de 1980 alberga una serie de disposiciones⁹³ conducentes a un manejo ordenado de la Hacienda Pública⁹⁴, con una notoria preponderancia del Ejecutivo, y atribuciones muy acotadas del Legislativo⁹⁵, luego de que en la Constitución previa se reconocieran muchas prerrogativas al Parlamento, que fueron indebidamente ejercidas, en perjuicio del adecuado manejo de las cuentas fiscales⁹⁶. Todo lo cual lleva a la doctrina⁹⁷ ha puesto de manifiesto al principio de equilibrio presupuestario, como eje rector tácito de las finanzas públicas

En el plano legal la responsabilidad fiscal se institucionalizó a través de la ley N° 20.128⁹⁸, de 2006, que estableció el deber de fijar metas explícitas, basada en

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 29.

⁹⁰ JIMÉNEZ, J.P. y LÓPEZ, I. “Política fiscal y reforma presupuestaria en América Latina”, *Presupuesto y Gasto Público*, N° 73, 2013, p. 29.

⁹¹ VELASCO A., ARENAS A., RODRÍGUEZ J., JORRATT M. y GAMBONI C. *Op. Cit.*, p. 7; FRANKEL, J. *Op. Cit.*, pp. 39, 41, 42, 64, 66; ARDANAZ, M., CORBACHO, A., GONZALES, A y TOLSA CABALLERO, N. *Op. Cit.*, pp. 12, 29; GARCÍA, G. *Op. Cit.* pp. 26, 29, 31-35, 39; MARCEL, M. *The Structural...* *Op. Cit.*, p. 2; TER-MINASSIAN, T. *Op. Cit.*, p. 136.

⁹² ARELLANO, J.P. “Del déficit al superávit fiscal: razones para una transformación estructural en Chile” en *Estudios Públicos* N° 101, 2006, pp. 166, 167.

⁹³ *Vid.* art. 67; art. 109; art. 99, y el N° 22 del art. 32.

⁹⁴ ENDRESS GÓMEZ, Sergio. “Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores, procedimiento y principios en la constitución” en *Revista de Derecho Público*, vol. 71, 2009, p.110; OBANDO CAMINO, Iván. “Observaciones acerca de la regulación de la ley de presupuesto en la Constitución Política de 1980 y sus normas complementarias” en *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso, XV (1993-1994), p. 544; YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Jaime. “Principios económicos de la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XIV, 1987, pp. 109-111.

⁹⁵ CEA EGAÑA, J.L. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo 3, 3ª edición, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2013, pp. 459, 462; PARRADO, E., RODRÍGUEZ, J. y VELASCO, A. *Op. Cit.*, p. 93; GUZMÁN, M. y MARCEL, M. *Op. Cit.*, p. 315.

⁹⁶ *Vid.* ARELLANO, J.P. *Op. Cit.*, pp. 168-177.

⁹⁷ PRECHT PIZARRO, J. “Principios Jurídicos de Hacienda Pública”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, N°s. 2-3, 1993, p. 783; CEA EGAÑA, J.L. *Op. Cit.*, p. 461.

⁹⁸ En el mensaje de la ley se indica que “El manejo ordenado y responsable de las finanzas públicas ha sido ampliamente reconocido como uno de los principales factores que

ingresos estructurales, que luego se denominaría de ingresos cíclicamente ajustados, creando dos fondos soberanos a los cuales se dirigen los recursos que se captan por aplicación de este mecanismo de disciplina de las finanzas públicas, el Fondo de Estabilización Económico y Social (FEES) y el Fondo de Reserva de Pensiones (FRP).

Esta normativa dispone que el balance estructural debe reflejar el balance financiero presupuestario que hubiere presentado el Gobierno Central si la economía se hubiese ubicado en su nivel de tendencia, excluyendo el efecto de las fluctuaciones cíclicas de la actividad económica, del precio del cobre⁹⁹ u otros factores sobre los ingresos y gastos del Gobierno Central, en el período respectivo¹⁰⁰.

En términos simples, esta política colabora para que el Gobierno tenga espacio para ahorrar en tiempos de bonanza, y aumente el gasto público en aquellos momentos de reducción de la actividad económica, permitiendo la implementación de medidas contracíclicas¹⁰¹.

Los Gobiernos entrantes, dentro de los 90 primeros días de asumir las funciones, deben establecer -con arreglo al art. 1º de la ley N° 20.128- "*las bases de la política fiscal que se aplicará durante su administración*", que debe incluir "*un pronunciamiento explícito acerca de las implicancias y efectos que tendrá su política sobre el Balance Estructural*" en su período al mando del país, a través de decreto expedido por el Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, es necesario precisar, desde ya que ni la ley en cuestión ni otro cuerpo normativo obliga al Gobierno a adoptar una posición específica en torno a la regla fiscal, ni lo obliga a cumplir con una meta cuantitativa del balance cíclicamente ajustado. Además, se admite que a tal instrumento de rango administrativo se le introduzcan modificaciones durante su vigencia.

Por otra parte, como se adelantó, la ley N° 20.128 creó el FRP y el FEES, que condujo a una acumulación de activos, que en promedio, en el lapso 2006-2009, alcanzaron el 11,9 % del PIB, que permitía -en razón de la paralela disminución de la deuda- exhibir, una posición acreedora neta, equivalente, en promedio, a 6,6%¹⁰².

El FRP está destinado, de acuerdo con el art. 5º de la ley N° 20.128, a complementar el financiamiento de obligaciones fiscales derivadas de la pensión básica solidaria de vejez, la pensión básica solidaria de invalidez, el aporte previsional solidario de vejez y el aporte previsional solidario de invalidez.

A su turno, el objetivo del FEES es otorgar estabilidad financiera al Fisco, para poder adoptar políticas contracíclicas, permitiendo ahorrar parte de los superávits fiscales, que luego pueden convertirse en mayor gasto, que sustente el presupuesto en años de baja en el ciclo económico¹⁰³. su regulación se

explican los logros que hemos obtenido en los últimos quince años en crecimiento económico, reducción de la pobreza y desarrollo social. La responsabilidad fiscal, igualmente, es uno de los recursos fundamentales con que contamos como país para enfrentar los múltiples desafíos pendientes del desarrollo" (Historia de la Ley N° 20.128, p. 3)

⁹⁹ Se hace presente que Chile es el principal productor mundial de cobre, de ahí la importancia en las arcas fiscales de este metal por su explotación ya sea por la empresa estatal CODELCO, como a través de la tributación que afecta a las numerosas compañías mineras privadas.

¹⁰⁰ VELASCO, A., ARENAS, A., CÉSPEDES, L. y RODRÍGUEZ, J. *Compromisos Fiscales y la Meta de Superávit Estructural*, Estudios de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, 2007, p. 5.

¹⁰¹ FRANKEL, J. Op. Cit., p. 40; VELASCO A., ARENAS A., RODRÍGUEZ J., JORRATT M. y GAMBONI C. Op. Cit., p. 7; MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 25.

¹⁰² VELASCO A., ARENAS A., RODRÍGUEZ J., JORRATT M. y GAMBONI C. Op. Cit., pp. 10-11.

¹⁰³ El FEES se alimenta con incrementos anuales del superávit efectivo del año anterior, si lo hubiere, restándole a eso el monto del aporte que se realiza al FRP. Así, el aporte oscilará entre un 0,5% y un 0,8% del PIB, dependiendo de lo que se haya decidido aportar al primer fondo y primeramente, de que efectivamente se haya verificado superávit.

encuentra contenida en el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2006, del Ministerio de Hacienda.

Cotejando ambos instrumentos, a grandes rasgos, puede indicarse que mientras existen una serie de restricciones que acotan los retiros de los recursos acumulados en el FRP, no se presentan tales limitaciones en lo que respecta al FEES. En efecto, no hay una regulación que determine con certeza cuándo procede el empleo de los recursos acumulados en este último, atendido que los literales del art. 4° de la ley N° 20.128 fundamentalmente dejan entregada a la discrecionalidad del Ejecutivo estos desembolsos, sin prever tampoco la magnitud específica de esos giros, siendo a nuestro juicio, un punto que requiere de análisis crítico, habida cuenta que creemos que si se contara con pautas algo más precisas sobre ello se le daría más transparencia y predictibilidad al funcionamiento del sistema¹⁰⁴.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en otros países¹⁰⁵, en que se ha precisado de manera previa, los supuestos que habilitan al gobierno para hacer uso de las políticas anticíclicas, en Chile no se fija con detalle las pautas que habilitan para adoptar esta relevante medida.

Así puede observarse que ejecutando esta atribución, ante la crisis económica iniciada el 2008, el Gobierno aceleró el desembolso de recursos, con un alza del gasto fiscal de 2% del PIB, no obstante, la caída de 9,5% de sus ingresos.

Luego, en 2009, elevó ese gasto en 3%, a pesar de la caída adicional del 20,4% de sus ingresos, teniendo en cuenta que el precio de la libra de cobre, que, a comienzos de 2008, se cotizaba a US\$ 4,00, a final del año había descendido a US\$ 1,4.

En efecto, utilizando esta herramienta, el año 2009, se implementó un plan de estímulo fiscal -mediante *“una política fiscal más expansiva que la permitida por la regla”*¹⁰⁶, que llevó a modificar la metodología pertinente de cálculo, para dinamizar la economía y la generación de empleo¹⁰⁷, que consideró medidas por US\$4.000 millones, equivalentes a 2,8% del PIB, lo que al momento de su anuncio lo ubicó como el quinto más grande a nivel mundial en términos de porcentaje del PIB¹⁰⁸ y el más importante de la región¹⁰⁹, sin la necesidad de acudir a financiamiento internacional.

A su turno, en lo que se refiere a aspectos orgánicos en el funcionamiento de la regla fiscal, debe indicarse que el Ministerio de Hacienda es el encargado de conducir, de modo general, las finanzas públicas, y en tal contexto también la regla fiscal en cuestión.

Por su parte, el art. 13 de la ley N° 20.128 dispone que para efectos de decidir la inversión financiera de los recursos acumulados la Cartera aludida cuenta con la asesoría de un Comité Financiero, cuya integración, funciones y demás normas de procedimiento se determinan mediante decreto supremo N° 621, de 2007, del Ministerio Hacienda. En ese cuerpo normativo se indica que sus integrantes son nombrados por esa Secretaría de Estado, pudiendo ser removido también de esas funciones por su decisión.

¹⁰⁴ MARCEL, M. y VEGA, A. Op. Cit., p. 17.

¹⁰⁵ GALÁN FIGUEROA, J. Op. Cit., pp. 62-63.

¹⁰⁶ COMITÉ ASESOR PARA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA FISCAL DE BALANCE ESTRUCTURAL DE SEGUNDA GENERACIÓN PARA CHILE, Op. Cit. p. 40; MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 18.

¹⁰⁷ Vid. ACEVEDO, M., CHAMORRO, J., ROESCHMANN, J. y VEGA, A. Op. Cit., pp. 50-54.

¹⁰⁸ VELASCO, A. Op. Cit., p. 102.

¹⁰⁹ MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., p. 25.

Además se contemplan Comités de expertos que fijan el precio del cobre y del PIB de tendencia, elementos centrales para la ejecución de la regla fiscal.

Por último, existe un Consejo Fiscal Asesor (CFA), que fue creado mediante el decreto N° 545, de 2013, del Ministerio de Hacienda, cuyo objeto es *“colaborar en la discusión, análisis y emisión de recomendaciones en materias relacionadas con la determinación del balance estructural”*.

El CFA se conforma por 5 miembros, expertos en temas fiscales y presupuestarios. Su nombramiento está a cargo del Ministro de Hacienda, quien designa a los integrantes, por un periodo de 4 años.

IX. CONCLUSIONES

Como puede apreciarse, los países integrantes de la Alianza del Pacífico cuentan con normas que han ido perfeccionando con el correr de los años, que procuran asegurar la disciplina en el manejo de las arcas públicas, las cuales les permitieron a sus administraciones poder afrontar, de modo positivo, la crisis económica internacional que se iniciara el año 2008, todo lo cual evitó que la población se haya visto sustantivamente afectada por ese fenómeno de alcance global que tanto daño hizo en Europa y en otras latitudes, y que en el seno comunitario demandó de la dictación de una serie de controvertidos cuerpos jurídicos para alcanzar este fin.

Todo este plano regulatorio resulta un buen punto inicial, pues coloca a los países miembros en una posición transversal de disciplina fiscal razonablemente adecuada, que permite presumir un cumplimiento a los compromisos asumidos por parte de las autoridades económicas, en aras a mayores niveles de integración. Lo cual debe vincularse con los aceptables niveles en la conducción de la política monetaria, por parte de sus Bancos centrales autónomos, que a primera vista configuran un escenario macroeconómico sano para avanzar.

Con todo no se puede obviar, de la revisión de las normas y de su implementación práctica, el que se aprecie que existe una serie de elementos que debiesen enmendarse a fin de poder potenciar aspectos orgánicos y funcionales que sustentan la aplicación de las reglas fiscales, con arreglo a los criterios rectores que enunciamos al iniciar esta investigación.

En este sentido, se observa que el Poder Ejecutivo cuenta, con matices, con discrecionalidad en la adopción de las medidas relacionadas con la Hacienda Pública, y también en lo que atañe al nombramiento de los integrantes de los órganos asesores que participan del proceso. Esta situación resulta especialmente sensible en Chile, donde su Constitución no contempla normas puntuales sobre la materia, su ley N° 20.128 sólo prevé pautas generales y la implementación queda mayoritariamente entregada a normas de rango administrativo, sin mayor injerencia del Congreso o de un órgano autónomo al Gobierno de turno.

Aun cuando el obrar unilateralmente puede mirarse como un elemento que facilita una acción más rápida por parte del Ejecutivo, que usualmente cuenta con mayor información sobre los puntos centrales que deben ser atacados ante problemas económicos, creemos que es un punto que debe ser revisado a fin de legitimar las decisiones adoptadas con los recursos públicos, más aún en un país tan centralizado como ocurre con esa nación meridional de América. En efecto, aquellas prerrogativas del Gobierno no tienen parangón en los restantes ordenamientos que revisamos, que cuentan con mayores pautas, al menos, en el papel, encaminadas hacia el retorno a la senda de la estabilidad presupuestaria si se ha apartado de ella.

A su turno, debe advertirse que en los restantes países las regulaciones han sufrido sucesivos cambios y modificaciones sobre la marcha, lo cual si bien ha permitido ir mejorando nominalmente las reglas fiscales vigentes, les resta de permanencia, que es una cualidad fundamental en la necesaria certidumbre con que deben contar los agentes económicos.

Otro problema transversal que se detecta dice relación con la falta de una autoridad autónoma responsable de evaluar el cumplimiento¹¹⁰, determinar las responsabilidades, y en su caso, aplicar las sanciones pertinentes a las autoridades competentes que se hayan alejado de la preceptiva correspondiente.

En este orden de ideas, estimamos que, a fin de mantener una regla creíble, que limite efectivamente la adopción de medidas en contravención a las reglas dadas se requiere de una plataforma institucional para garantizar mayores niveles de consistencia. Con este propósito, debiese crearse un organismo especializado, provisto de legitimidad en su origen, que garantice transparencia, ecuanimidad, independencia y coherencia en el seguimiento de la normativa fiscal y de sus modificaciones y excepciones futuras¹¹¹.

Hacemos la prevención, con todo, que un cuerpo como el que se propone, no debe tener a su cargo la conducción de la política fiscal misma, puesto que es una atribución, que le compete al Poder Ejecutivo, pero sí debe ponderar, con amplios grados de independencia, la preceptiva vigente al efecto.

No es rol del abogado ponderar si es positivo o negativo que exista déficit o superávit, que la cifra que limite la deuda alcance tal o cual monto, su función es analizar las normas jurídicas que implementan la institución específica e indagar, con mirada crítica, si las reglas fijadas para tal fin resultan realmente vinculantes¹¹².

Por último, hacemos la salvedad, de que en todo caso, estimamos que disciplina fiscal es un medio y no un fin en sí mismo, y en consecuencia las restricciones presupuestarias a las cuales, en muchos casos, con arreglo a la regulación pertinente, quedan constitucionalmente sujetas las autoridades, de modo alguno pueden importar un menoscabo en las prestaciones de los derechos esenciales, tan inherente al Estado Social y Democrático de Derecho¹¹³. Motivo por el cual, creemos que estos límites son un mandato indirecto para que exista un uso eficiente de los recursos públicos, con los adecuados controles, para evitar asignaciones innecesarias y malversación de los caudales, y también dar prioridad a determinadas prestaciones, como las vinculadas en temas sociales, frente a otros gastos como aquellos vinculados con defensa, protocolo, y en general egresos superfluos, que bien pueden reducirse, sin menoscabar la dignidad de la persona humana, cuya protección y cuidado es el deber inherente del Estado, más aún en América Latina donde existen tantas necesidades que aún no han sido satisfactoriamente cubiertas.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEVEDO, M., CHAMORRO, J., ROESCHMANN, J. y VEGA, A. "Regla de Política Fiscal en Chile: Balance Cíclicamente Ajustado. Avances y desafíos" en Revista Internacional de Presupuesto Público, N° 86, 2014, pp. 11-58.
- ALESINA, A. y GIAVAZZI, F. El futuro de Europa: reforma o declive, Ed. Antoni Bosch, Barcelona, 2009.
- ALIANZA DEL PACÍFICO, Abecé de la Alianza del Pacífico, 2018, <https://alianzapacifico.net/download/abece-de-la-alianza-del-pacifico/>
- ARDANAZ, M., CORBACHO, A., GONZALES, A. y TOLSA CABALLERO, N. "Equilibrios fiscales estructurales en América Latina y el Caribe. Nuevo conjunto de datos y estimaciones", en Revista Internacional de Presupuesto Público, N° 89, 2015, pp. 11-44.
- ARELLANO, J.P. "Del déficit al superávit fiscal: razones para una transformación estructural en Chile" en Estudios Públicos N° 101, 2006, pp. 165-186.
- BERGANZA, J.C. Fiscal rules in Latin America: a survey, Documentos ocasionales N° 1208, Banco de España, 2012, pp. 1-41.

¹¹⁰ BERGANZA, J.C. Op. Cit., p. 36.

¹¹¹ MARCEL, M. *The Structural...* Op. Cit., pp. 46, 47.

¹¹² RUIZ ALMENDRAL, V. Op. Cit., p. 75.

¹¹³ FAGGIANI, V. Op. Cit., pp. 759-762.

- BRAUN, M. y GADANO, N. "¿Para qué sirven las reglas fiscales? Un análisis crítico de la experiencia argentina" en Revista de la CEPAL N° 91, abril 2007, pp. 53-65.
- BUDINA, N., KINDA, T., SCHAECHTER, A. y WEBER, A. Fiscal Rules at a Glance: Country Details from a New Dataset, International Monetary Fund, Working Paper N° 273, 2012, pp. 1-61.
- CALDERÓN, C. y SCHMIDT HEBBEL, K. The choice of fiscal regimes in the world, Documentos de Trabajo del Banco Central de Chile, N° 487, 2008, pp.1-20.
- CEA EGAÑA, J.L. Derecho Constitucional Chileno, tomo 3, 3ª edición, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2013.
- CEPAL, La reacción de los gobiernos de las Américas frente a la crisis internacional: Seguimiento de las medidas de política, actualización al 31 de diciembre de 2011, Santiago de Chile, 2012, pp.1-146.
- COMITÉ ASESOR PARA EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA FISCAL DE BALANCE ESTRUCTURAL DE SEGUNDA GENERACIÓN PARA CHILE, Propuestas para perfeccionar la regla fiscal, Santiago, 2011.
- DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS, Informe de Finanzas Públicas Proyecto de Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2017, Ministerio de Hacienda, Santiago de Chile, 2016
- ELBADAWI, I., SCHMIDT-HEBBEL, K. y SOTO, R. "Why do countries have fiscal rules?" en Economía Chilena, vol. 18, N° 3, 2015, pp. 28-61.
- ENDRESS GÓMEZ, Sergio. "Derecho presupuestario chileno: notas sobre sus actores, procedimiento y principios en la constitución" en Revista de Derecho Público, vol. 71, 2009, pp. 102-116.
- FAGGIANI, V. "La contitucionalización del «equilibrio presupuestario»: entre spending review y garantía del nivel mínimo de las prestaciones sociales" en GARCÍA, M., ASENSI, J. y BALAGUER, F. (Coords.) Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín, tomo I, 2ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 733-766.
- FRANKEL, J. "Una solución a la prociclicidad fiscal: Chile, pionero en instituciones presupuestarias estructurales", en Economía Chilena, vol. 14, N° 2, 2011, pp. 39-78.
- GALÁN FIGUEROA, J. "El enfoque de las reglas fiscales ante la discrecionalidad de la política pública" en Economía Informa, N° 388, sep-oct 2014, pp. 50-67.
- GARCÍA, G. "Reglas fiscales para la estabilidad y sostenibilidad", en CORBACHO, A. (Coord.) Las instituciones fiscales del mañana, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2012, pp. 1-45.
- GARCÍA ROCA, J. y MARTÍNEZ LAGO, M.A. Estabilidad presupuestaria y su consagración del freno constitucional al endeudamiento, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA SEPÚLVEDA, S. "Delimitación de facultades, la puerta al nuevo federalismo fiscal en México", en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 35, 2016, pp. 45-80.
- GARCÍA SERRADOR, A. "Teoría general sobre reglas fiscales", en Quaderns de Política Econòmica, vol. 8, 2004, pp. 21-37.
- GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. Costes y beneficios de la disciplina fiscal: La Ley de Estabilidad Presupuestaria en perspectiva, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- GUZMÁN, M. y MARCEL, M. "Hacia un círculo virtuoso en la reforma presupuestaria en Chile" en Presupuesto y Gasto Público, N° 51, 2008, pp. 305-323.
- HISTORIA DE LA LEY N° 20.128 [disponible en: <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5507/>]
- JIMÉNEZ, J.P. y LÓPEZ, I. "Política fiscal y reforma presupuestaria en América Latina", Presupuesto y Gasto Público, N° 73, 2013, pp. 25-47.
- KENNEDY, S., ROBBINS, J. y DELORME, F. The Role of Fiscal Rules in Determining Fiscal Performance (febrero, 1, 2001). Fiscal Rules Conference, 2001.

- [disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2094473> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2094473>]
- KLEMM, A. Fiscal Policy in Latin America over the Cycle, Documento de Trabajo, Washington, DC: Fondo Monetario Internacional, 2014, pp. 1-23.
 - LE FORT, G. "Política Fiscal con meta estructural en la experiencia chilena", Segunda Reunión Anual del Grupo Latinoamericano de Especialistas en Manejo de Deuda Pública (LAC Debt Group), Banco Interamericano de Desarrollo, Cartagena, Colombia, 2006, pp. 1-69.
 - LOZANO, I., RINCÓN, H., SARMIENTO, L. y RAMOS, J. Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia" en Revista de economía institucional, vol. 10, N° 19, segundo semestre, 2008, pp. 311-352.
 - MARCEL, M. The Structural Balance Rule in Chile: Ten Years, Ten Lessons, Discussion Paper num. IDB-DP-289, Inter-American Development Bank, 2013, pp. 1-51.
 - MARCEL, M. y VEGA, A. Los fondos soberanos y la política fiscal en Chile 2006-2010, Documentos de Trabajo CIEPLAN, pp. 1-44.
 - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE COLOMBIA, Informe de Cumplimiento de la Regla Fiscal en 2014, Dirección General de Política Macroeconómica, 2015, pp. 1-10.
 - MOLINA MOLINA, J. Ciudadano y Gasto Público. Por una gobernanza transparente y participativa, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
 - MONTEAGUDO, M. "The Pacific Alliance in search for a financial integration: so close and yet so far", Working Paper N° 17, World Trade Institute, Universitat Bern, 2017, pp. 1-44.
 - OBANDO CAMINO, Iván. "Observaciones acerca de la regulación de la ley de presupuesto en la Constitución Política de 1980 y sus normas complementarias" en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV (1993-1994), pp. 495-544.
 - PARRADO, E., RODRÍGUEZ, J. y VELASCO, A. "Responsabilidad fiscal en Chile: Propuestas para seguir avanzando", en Estudios Públicos N° 127, invierno 2012, pp. 89-122.
 - PASTEN, R. y COVER, J. "The Political Economy of Unsustainable Fiscal Deficits", en Cuadernos de Economía, vol. 47 (noviembre), 2010, pp. 169-189.
 - PRECHT PIZARRO, J. "Principios Jurídicos de Hacienda Pública", en Revista Chilena de Derecho, vol. 20, N°s. 2-3, 1993, pp. 775-794.
 - RESTREPO SALAZAR, J.C. Hacienda Pública, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015
 - RUIZ ALMENDRAL, V. Estabilidad presupuestaria y gasto público en España, Ed. La Ley, Madrid, 2008
 - SCHAECHTER, A., KINDA, T., BUDINA, N. y WEBER, A. Fiscal Rules in Response to the Crisis-Toward the "Next-Generation" Rules. A New Dataset, International Monetary Fund, Working paper 12/187, 2012, pp. 1-48.
 - TER-MINASSIAN, T. "Should Latin American countries adopt structural balance-based fiscal rules?" en Revista de Economía y Estadística, vol. XLIX, N° 1, 2011, pp. 115-143.
 - VELASCO, A., ARENAS, A., CÉSPEDES, L. y RODRÍGUEZ, J. Compromisos Fiscales y la Meta de Superávit Estructural, Estudios de Finanzas Públicas de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, 2007, pp. 1-31.
 - VELASCO A., ARENAS A., RODRÍGUEZ J., JORRATT M. y GAMBONI C. Enfoque de Balance Estructural en la Política Fiscal en Chile: Resultados, Metodología y Aplicación al período 2006 – 2009, Estudios de Finanzas Públicas, 2010, Dirección de Presupuestos de Chile, pp. 1-46.
 - YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Jaime. "Principios económicos de la Constitución de 1980" en Revista Chilena de Derecho, vol. XIV, 1987, pp. 9-112.

O movimento mundial de acesso à justiça e os caminhos para a reforma dos sistemas jurídicos

The worldwide movement for access to justice and the path to reform juridical systems

Gárdia Rodrigues Silva¹

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. Caminhos para o acesso à justiça democrático. 3. *Gap problem* do acesso à justiça. 4. Movimentos de acesso à justiça e reformas jurídicas. 4.1 Assistência Jurídica para os Pobres, Representação de Interesses Difusos e Alargamento do Enfoque do Acesso à Justiça: as três “ondas” renovatórias propostas por Mauro Cappelletti & Bryant Garth. 4.2 Dimensão Ética e Política do Direito: a quarta “onda” renovatória proposta por Kim Economides. 4.3 Internacionalização da Proteção dos Direitos Humanos: a quinta “onda” renovatória proposta por Diogo Esteves & Franklyn Roger. 5. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: Neste artigo, a ênfase recai na análise do movimento mundial de acesso à justiça, surgido após a Segunda Guerra Mundial, e destinado a tornar o sistema jurídico acessível para todos, independentemente da renda. Em resposta ao *gap problem* do acesso à justiça, o movimento em comento conforma cinco soluções e/ou “ondas” renovatórias, consubstanciadas na assistência jurídica para os pobres; na representação jurídica para os interesses difusos; no alargamento do enfoque de acesso à justiça; na dimensão ética e política do Direito; bem como na internacionalização da proteção dos direitos humanos. O estudo abrange desde as transformações conceituais do acesso à justiça até os projetos de reformas dos sistemas jurídicos e, para tanto, vale-se das contribuições teóricas e empíricas desenvolvidas, sobretudo, por Mauro Cappelletti & Bryant Garth, Kim Economides, e Diogo Esteves & Franklyn Roger Alves da Silva. Com o advento de tal movimento, em distintos países, e de diferentes formas, percebe-se uma preocupação em tornar o acesso à justiça um direito de todos, e não um privilégio para poucos e, nesse sentido, acena para a afirmação da cidadania e o empoderamento dos indivíduos.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Movimento Mundial, Ondas Renovatórias.

Abstract: In this article, emphasis is placed on the analysis of the worldwide movement of access to justice, which emerged after World War II, and aimed at making the legal system accessible to all regardless of income. In response to the gap problem of access to justice, the movement in question comprises five renewal solutions and/or “waves”, embodied in legal aid for the poor; in legal representation for diffuse interests; broadening the focus on access to justice; on the ethical and political dimension of law; as well as in the internationalization of the protection of human rights. The study covers from the conceptual transformations of access to justice to the projects of reforms of the juridical

¹ Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Professora Titular de Direito do Centro Universitário CESMAC. Advogada Orientadora do Escritório Modelo de Assistência Jurídica, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas. Integrante do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais, na linha de pesquisa Acesso à Justiça.

gardia@folha.com.br

Recibido: 01/05/2018

Aceptado: 30/05/2018

systems and, to this end, draws on the theoretical and empirical contributions made by Mauro Cappelletti & Bryant Garth, Kim Economides and Diogo Esteves & Franklyn Roger Alves da Silva. With the advent of such a movement, in different countries, and in different ways, there is a concern to make access to justice a right for all, not a privilege for a few, and in this sense, beckons for the affirmation of citizenship and the empowerment of individuals.

Key words: Access to Justice; Worldwide Movement; Renewal Waves.

1. Considerações Iniciais

On one occasion, when the medieval justices of the king of England went out into the country on General Eyre, one Alice, the daughter of Piers Knotte, came before the court and begged for help, saying that: "Alice can get no justice at all, seeing that she is poor and this Thomas is rich." She told the court that she had no one to plead for her, praying: "For God's sake, Sir Justice, think of me, for I have none to help me save God and you".²

Ao longo dos anos 1960 e seguintes, importantes estudos voltam a atenção para o acesso à justiça e seus desdobramentos, que se estendem para além da temporalidade e da contextualização da própria expressão. De acordo com Marc Galanter,³ os primeiros empregos do termo remetem aos anos 1970, e aos estudos de Mauro Cappelletti, James Gordley e Earl Johnson Jr., a saber, *Toward Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*⁴. O excerto em destaque, na abertura destes escritos, revela o fio condutor da obra em comento: a prestação de serviços de assistência jurídica para os pobres⁵. Cappelletti, ao valer-se da história de Alice, inaugura a primeira seção do livro, intitulada *Legal Aid: Modern Themes and Variations*, com o texto *The Emergence of a Modern Theme* e, a partir dela, faz alusão a inúmeras outras histórias de pessoas desprovidas de meios econômicos para arcar com gastos decorrentes da contratação de advogado e custos do processo.

Ao versar sobre os avanços da assistência jurídica para os pobres, os autores direcionam o olhar para os meandros do acesso à justiça em distintos contextos mundiais.⁶ É de registrar-se que esse olhar é construído sob os auspícios de um ambicioso projeto de investigação coordenado por Cappelletti, e voltado para o estudo do tema acesso à justiça em uma perspectiva comparada: o *Projeto de Florença*. O documento oficial de finalização desse projeto consiste em uma obra de seis tomos, publicados entre os anos de 1978 e 1979, com contribuições de diversos pesquisadores, de diferentes localidades.⁷ Não obstante a relevância da obra, é a sua edição resumida que demarca o início do movimento mundial de acesso à justiça. Com efeito, é a partir do Relatório Geral do *Projeto de Florença*, consubstanciado no livro *Access to Justice: The Worldwide Movement to*

² CAPPELLETTI, M.; GORDLEY, J.; JOHNSON JR, E. *Towards Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*. Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 5.

³ GALANTER, M. "Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão". In: FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.

⁴ É de destacar-se que, para além desses autores, os textos e os materiais apresentados na obra também contaram com contribuições de Per Olof Bolding, Anders Bruzelius, Robert Cooper, Barbara Yanow Johnson, Seton Pollock e P. M. Torbet, entre outros.

⁵ De acordo com a expressão utilizada pelos autores: *legal assistance for the poor*.

⁶ *Toward Equal Justice* traz uma compilação de textos e materiais relacionados às respostas que os tempos contemporâneos conferem a esse antigo dilema envolvendo o acesso à justiça.

⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Il Mulino, 1994.

Make Rights Effective - A General Report, sob a coordenação de Cappelletti & Bryant Garth,⁸ que o tema é alçado à pauta de agendas político-jurídicas e acadêmico-institucionais.⁹

Litigantes do Judiciário, leis vigentes, sujeitos coletivos, interesses difusos, disparidades sócio-econômicas, reformas judiciais, reformas em outras instituições da sociedade, são algumas questões que atravessam a obra. Apesar do viés teórico-processualista que dá início ao projeto, dado que o debate emerge a partir do Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, a investigação apresenta um viés sóciojurídico, e o resultado final retrata um importante diagnóstico do lugar reservado na sociedade para os problemas concernentes à efetividade de direitos. O movimento mundial de *acesso à justiça* acompanha a ideação do *Projeto de Florença* e suas reverberações no campo jurídico.¹⁰ Valendo-se da ideia de movimento no âmbito da metáfora de sucessivas ondas de reformas jurídicas ou, em palavras outras, de “ondas renovatórias” de *acesso à justiça*, Cappelletti & Garth¹¹ elencam três movimentos nesse sentido, sintetizados na assistência jurídica para os pobres; na representação jurídica para os interesses difusos; e no alargamento do enfoque de *acesso à justiça*.

Somados a esses estudos, um novo panorama sobre o tema é trazido à baila por Kim Economides.¹² Trata-se, pois, de outro movimento de *acesso à justiça*, de uma quarta “onda” renovatória, cujo eixo de investigação é deslocado do prisma da demanda para o prisma da oferta de serviços jurídicos e, portanto, voltado para obstáculos que acometem os próprios operadores do direito. A proposta do autor, fundada em estudos teóricos e empíricos desenvolvidos ao longo dos últimos vinte anos, acena para a dimensão ética e política do direito, com destaque para os contornos do ensino jurídico e da responsabilidade profissional nesse contexto. Diogo Esteves & Franklyn Roger Alves da Silva¹³ anunciam o surgimento de um novo movimento de *acesso à justiça*, forjado pela internacionalização da proteção dos direitos humanos. Em recente e contundente

⁸ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Dott. A. Giuffrè Editore, 1978. Esse ensaio, publicado no Brasil já nos anos finais de 1980, com o título *Acesso à Justiça* (1988), traz um compêndio das investigações empíricas realizadas por esses pesquisadores sobre o funcionamento dos sistemas judiciários de alguns países, a exemplo de Itália, França, Espanha, Portugal, Estados Unidos, entre outros. Nessa direção, o estudo aborda desde a evolução do conceito de *acesso à justiça* até os obstáculos e as soluções para alcançar tal direito.

⁹ O termo *acesso à justiça* foi “definitivamente incorporado ao cabedal de conceitos que os juristas manipulam após a publicação dos resultados de um grande estudo coordenado por Mauro Cappelletti, no chamado Projeto Florença”. Nesse sentido, ver: SANTOS, G. F. “Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais”. In: GOMES NETO, J. M. W. (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. JusPodivm, 2008, p. 80.

¹⁰ BOURDIEU, P. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Papyrus, 1996. / BOURDIEU, P. *A economia das trocas simbólicas*. Perspectiva, 1998. Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam esse campo. A partir dos delineamentos traçados por Pierre Bourdieu nessas duas obras, o campo aqui é entendido como um espaço atravessado por forças, ao cingir os indivíduos nele inseridos, e um espaço de lutas, no qual os indivíduos atuam consoante as suas posições, mantendo ou modificando sua estrutura. Como corolário de tal entendimento, práticas e discursos jurídicos podem ser tomados como produtos desse campo, perpassado por relações de forças que o estruturam e por uma lógica que demarca os espaços possíveis do Direito.

¹¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

¹² ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P. e GRYSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999.

¹³ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017, p. 42-45.

pesquisa sobre os *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*, os autores chamam a atenção para uma quinta “onda” renovatória, que converge, por sua vez, para a “efetividade da proteção jurídica do indivíduo em face do próprio Estado que deveria protegê-lo”. Nessa direção, um novo caminho é traçado com a viabilidade da defesa paraestatal do indivíduo.

Considerando que o direito de assistência jurídica gratuita está diretamente relacionado ao direito de acesso à justiça e que, portanto, é fundamental para assegurar o efetivo exercício dos demais direitos¹⁴, esses movimentos revelam, de um lado, os obstáculos do acesso e, de outro, algumas soluções para superá-los a partir da mobilização de distintos sistemas jurídicos. Desse modo, acompanhando o entendimento de David Nelken¹⁵, o *gap problem* do acesso corresponde aos obstáculos de distintas ordens que atinge parte significativa dos cidadãos em diferentes partes do mundo, e reflete o distanciamento entre os repertórios jurídicos e a realidade ou, nas palavras do autor, a disparidade entre *law in books* e *law in action*. Neste artigo, serão percorridos desde os obstáculos que circunscrevem tal direito, até os movimentos de acesso à justiça, a partir das contribuições teóricas e empíricas delineadas pelos autores supramencionados. Depreende-se que essas “ondas” sinalizam uma possibilidade de transformação da realidade social¹⁶, eis que conformam diferentes modelos de prestação de assistência jurídica gratuita àqueles que, pela condição de pobreza e vulnerabilidade, não dispõem de recursos suficientes para a defesa de seus direitos¹⁷.

2. Caminhos para o acesso à justiça democrático

Acesso à justiça é uma categoria que pode ser utilizada a partir de distintos espaços e tempos. Por isso, se configura como um problema “amplo e complexo, além de comportar múltiplas interpretações: jurídica, econômica, política ou sociológica”.¹⁸ De acordo com Cappelletti & Garth¹⁹, o termo acesso à justiça é de difícil definição, mas indica as finalidades basilares do sistema jurídico, enquanto um “sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. Sendo assim, “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, assim como “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” Embora a ênfase recaia sobre a primeira finalidade, a segunda também é levada em consideração no estudo, já que “a justiça social, tal como desejada pelas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.”

Acompanhar a evolução teórica de acesso à justiça significa acompanhar as próprias transformações do Estado. No Estado de matriz liberal, o acesso à justiça é adstrito ao ingresso em juízo (*input*), ou seja, abrange tão somente o exercício do direito de ação, com a atividade judicial considerada apenas sob o

¹⁴ ALVES, C. F. Assistência Jurídica no Brasil: Lições que podem ser aprendidas com países que outrora alcançaram avançado patamar de desenvolvimento na prestação desses serviços e posteriormente tiveram que enfrentar severas restrições financeiras. In: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Lumen Juris, 2017.

¹⁵ NELKEN, D. *The “Gap Problem” in the Sociology of Law: A Theoretical Review*. Windsor Y.B. Access Just. 35, 1981.

¹⁶ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017.

¹⁷ GONZÁLEZ, P. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Lumen Juris, 2017.

¹⁸ FALCÃO, J. “Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento”. In: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Org.). *Justiça: Promessa e realidade – o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Nova Fronteira, 1996, p. 271.

¹⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8.

aspecto formal e descritivo. Aplicação objetiva do direito legislado ao caso concreto, juiz espectador do processo, conceito de acesso atrelado a uma concepção privatista, filosofia essencialmente individualista dos direitos, são outros demarcadores desse modelo. Nesse momento, “afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar a justiça e as instituições – não é preocupação do Estado”²⁰. No *laissez faire*, a “justiça (...) só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com os seus custos”²¹.

No Estado de matriz social ou de bem-estar social, o *acesso à justiça* está em consonância com uma concepção mais publicista do Direito. Crescimento das funções estatais, aumento e instrumentalização dos poderes judiciais, aplicação mais livre e subjetiva do direito pelos juízes, isto é, juiz administrador do processo enquanto agente da mudança social, e processo considerado como potencial instrumento de transformação social, são alguns elementos que perpassam esse modelo. “Instituições mais comprometidas com as contingências sócio-políticas e menos apegadas ao formalismo conservador do período liberal” demarcam esse momento²².

O Estado procedimental do Direito está assentado em pressupostos distintos dos modelos precedentes. Aqui, Cândido Rangel Dinamarco²³ fala em *acesso à justiça* enquanto “síntese de todo o pensamento instrumentalista e dos grandes princípios e garantias constitucionais do processo”. Ao tratar da *instrumentalidade do processo*, o autor refere que quando se fala em processo como instrumento, enquanto um meio para se chegar a um fim, os seus fios condutores devem ser previamente traçados para que os seus objetivos sejam alcançados, ou seja, os escopos jurídicos, sociais e políticos devem ser previamente delineados. Ao eleger esses escopos, o processo é invocado a “assumir as responsabilidades que dele espera a nação, devendo ser sempre permeável aos influxos da sociedade e aberto aos valores substanciais eleitos”²⁴.

Trata-se de uma nova concepção, pautada pela substituição do olhar dirigido para o jurisdicionado: “de um sujeito de piedade, como cliente, para outro centrado no sujeito político, autor e destinatário das decisões que afetam o seu destino”²⁵. Para evitar a representação discriminatória da perspectiva liberal, assim como a representação paternalista da perspectiva social dos direitos, o *acesso à justiça democrático* traz outra proposta para a reconstrução das noções de direitos, de jurisdição e de processo, e resta assim definido:

O *acesso à justiça democrático* refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas nas esferas oficiais de poder (*input*), a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais processuais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência e não surpresa), e não só à eficácia quantitativa e a produtividade do sistema como um todo²⁶.

Depreende-se que de uma perspectiva de acesso formal, o referido conceito passa a ser acolhido a partir de uma perspectiva de acesso material, e é apontado como o “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno que pretenda garantir, e não apenas proclamar

²⁰ Idem, p. 9.

²¹ NUNES, D.; TEIXEIRA, L. *Acesso à justiça democrático*. Gazeta Jurídica, 2013, p. 21.

²² Idem, p. 30.

²³ DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros, 1999, p. 320.

²⁴ Idem, p. 149.

²⁵ NUNES, D.; TEIXEIRA, L. *Acesso à justiça democrático*. Gazeta Jurídica, 2013, p. 197.

²⁶ Idem, pp. 60-61.

os direitos de todos”²⁷. Para Marc Galanter²⁸, com o movimento mundial de acesso à *justiça*, o termo adquire contornos que revelam “a capacidade de utilizar as várias instituições, governamentais e não governamentais, judiciais e extrajudiciais, onde um requerente poderia pleitear justiça”, em contraposição aos momentos anteriores, nos quais *acesso à justiça* referia-se tão somente ao acesso às instituições judiciais governamentais.

Nessa direção, *acesso à justiça* é um amálgama desses textos e contextos, ou seja, é uma concepção ampla, de um direito não adstrito ao acesso aos órgãos judiciários, eis que abrange equivalentes jurisdicionais adequados ao tratamento de conflitos, e revela um sentido axiológico em consonância com uma ordem jurídica justa. Apesar de, paulatinamente, alcançar o *status* de direito social básico, o conceito de efetividade é, de *per si*, algo vago. Conforme Cappelletti & Garth²⁹, no contexto de um dado direito substantivo, a plena efetividade pode ser entendida como “igualdade de armas” entre as partes, isto é, “a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação de direitos.” Ocorre que as diferenças entre as partes dificilmente são completamente erradicadas, daí a importância da identificação dos obstáculos que circunscrevem tal direito.

3. Gap problem do acesso à justiça

[...] os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico; [...] mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal; [...] quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contratar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.³⁰

Dificuldades de acesso a uma série de direitos perpassam as experiências históricas de diversos países. O *acesso à justiça* é um desses direitos. O fragmento em realce, de Boaventura de Sousa Santos³¹, aponta alguns entraves para a reivindicação de direitos e/ou a solução de litígios perante as instâncias judiciárias. Quando reivindicados, o vultuoso número de processos, o excessivo formalismo das práticas forenses e a morosidade processual são outros obstáculos que circunscrevem a tramitação de uma ação judicial. Consoante Cappelletti & Garth³², (I) custas judiciais, (II) possibilidade das partes e (III) problemas relativos aos interesses difusos figuram como temas principais quando se fala em obstáculos ao *acesso à justiça* e, em conjunto com outros subtemas, figuram como importante

²⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

²⁸ GALANTER, M. “Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão”. In: FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016, p. 18.

²⁹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 14.

³⁰ SANTOS, B. S. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N. 21, Nov 1986, p. 21.

³¹ Idem.

³² CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

diagnóstico para as proposições e conclusões do Relatório Geral do *Projeto de Florença*.

No tocante às (I) custas judiciais, (a) em geral, a resolução formal de litígios é excessivamente dispendiosa, o que implica em altos custos para as partes, inviabilizando, assim, o acesso à justiça pelos mais necessitados; (b) nas pequenas causas, muitas vezes, os custos do processo judiciário podem ultrapassar o montante da controvérsia; e (c) o tempo de tramitação do processo pode elevar ainda mais os seus custos, pressionando as partes mais desfavorecidas economicamente para abandonar a causa ou aceitar acordos com valores inferiores aos de direito.

Em relação à (II) possibilidade das partes, Cappelletti & Garth valem-se dos estudos de Galanter³³ sobre o tema, e utilizam o termo cunhado pelo autor para tratar das vantagens e desvantagens que os litigantes podem eventualmente dispor. Nesses termos, elencam algumas delas: (a) recursos financeiros, considerando a capacidade de custear o processo e seus desdobramentos; (b) aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, considerando a capacidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, assim como a capacidade de transpor barreiras como diferença de recursos financeiros, de educação e de *status* social; (c) litigantes “habituais” (*repeat player*) e litigantes “eventuais” (*one-shotter*), considerando a habitualidade no exercício de litigação. Aqui, Galanter³⁴ ressalta as vantagens dos primeiros litigantes: maior conhecimento do Direito e, correlativamente, maior capacidade de estruturar o litígio; economia de escala, dado o grande volume de processos em trâmite; possibilidade de maior estreitamento das relações com os membros do Poder Judiciário, entre outras.

No que tange aos (III) problemas especiais dos interesses difusos, os autores referem-se à tutela adequada de direitos difusos ou coletivos, a exemplo da proteção ao meio ambiente e a proteção ao consumidor. Diante da complexidade das sociedades contemporâneas, revela-se insuficiente a tutela meramente individual. “Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos”. É possível falar em “tipos novos de tutela, não confiados exclusivamente ao interesse material e ao capricho da iniciativa individual”, eis que “o indivíduo pessoalmente lesado, legitimado a agir exclusivamente para a preparação do dano a ele advindo, não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela contra violações de interesses coletivos”³⁵.

Obstáculos de ordem econômica (pobreza, falta de acesso à informação, representação ineficaz), procedimental (inadequação de formas tradicionais de resolução de conflitos e institutos jurídicos) e organizacional (falta de tutela e regulamentação de interesses difusos), apresentam maior ou menor importância e incidência, em consonância com a pessoa, a instituição e a demanda em questão. Da identificação desses óbices, depreende-se que são mais recorrentes e desfavoráveis para pequenas causas e autores individuais, notadamente, pessoas em situação de pobreza e vulnerabilidade. Nessa esteira, são esses casos que revelam maiores problemas quanto à afirmação e/ou reivindicação de direitos. Segundo Galanter³⁶, as empresas e o Estado figuram com maior frequência nos processos, assim como apresentam maiores índices de vitória. Ao tratar do assunto, o autor coloca em evidência que a partir da lei, muitas dessas

³³ GALANTER, M. “Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”. *Law and Society Review*. Amherst, n. 9, 1974.

³⁴ Idem.

³⁵ CAPPELLETTI, M. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. *Rivista di Diritto Processuale*. V. 30. Padova, 1975, p. 365.

³⁶ GALANTER, M. “Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”. *Law and Society Review*. Amherst, n. 9, 1974.

desigualdades poderiam restar afastadas ou minizadas mas, em muitas situações, o problema é agravado.

Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem-estar social, no entanto, têm precisamente estes contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo – como autor ou réu – será provavelmente pequeno. É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns ³⁷.

Para Galanter³⁸, o acesso à justiça desponta no cenário legal como parte de um “trio intelectual”, composto pela perspectiva da disputa em estudos jurídicos e pelo movimento *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Apesar da emergência em conjunto nos anos 1970, decorrente de um movimento de responsabilidade (*accountability*) e recursos (*remedy*) promovido pelos tribunais e legislativos, os “trigêmeos”, adotados por diferentes países, seguem distintas trajetórias e são combinados com outros mecanismos. A perspectiva da disputa nos estudos jurídicos consiste em uma construção teórico-intelectual com ênfase na pirâmide da disputa. De acordo com o autor, a disposição de qualquer setor conforma uma pirâmide, na qual a base dos problemas ou danos é subjacente a uma camada de danos percebidos que, por sua vez, leva a uma camada sucessivamente menor de queixas, reivindicações e disputas.

“Uma parte dessas disputas é levada a advogados e Tribunais, enquanto partes sucessivamente menores são objeto de julgamentos, recursos e decisões judiciais publicadas.” Valendo-se dos ensinamentos de William Felstiner, Richard Abel e Austin Sarat em *The Emergence and Transformation os Disputes: Naming, Blaming, Claiming*³⁹, Galanter faz referência às camadas da pirâmide: “nomeando (o reconhecimento e a identificação de um dano), acusando (a identificação de um agente humano responsável por tal dano) e, finalmente, reivindicando (ajuizando uma ação contra a parte)” e realça os obstáculos de acesso à justiça decorrentes das disparidades entre os usuários dos sistemas judiciais.

Em uma releitura do tema, a partir de uma experiência brasileira, os estudos empíricos de Santos⁴⁰, realizados em uma comunidade do Rio de Janeiro, com o nome fictício de Pasárgada, ao longo da década de 70, acrescentaram outros obstáculos ao acesso à justiça, a saber, obstáculos sociais e culturais. Nas palavras do autor, a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno mais complexo do que parece, pois, “para além das condicionantes económicas, sempre mais óbvias, envolve condicionantes sociais e culturais resultantes de processos de socialização e de interiorização de valores dominantes muito difíceis de transformar”.⁴¹

³⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 11.

³⁸ GALANTER, M. “Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão”. In: FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016, pp. 19-20.

³⁹ FELSTINER, W.; ABEL, R.; SARAT, A. “The Emergence and Transformation os Disputes: Naming, Blaming, Claiming”. *Law and Society Review* 15, 1980-1981.

⁴⁰ SANTOS, B. S. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 1988.

⁴¹ Vide: SANTOS, B. S. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N. 21, Nov 1986, pp. 21-22. Essas investigações sobre a relação entre Direito e sociedade estão alinhadas com as linhas de pesquisa e o arcabouço teórico do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, vinculado ao Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia de Coimbra, em parceria com o Ministério da

Ao cotejar o Direito oficial estatal e o Direito informal não oficial, fundado na Associação de Moradores dessa comunidade, enquanto instância de resolução de conflitos entre vizinhos, principalmente em questões sobre habitação e propriedade, Santos desvela uma realidade que, diante do distanciamento entre as instituições e a sociedade, abarca a adoção de outros procedimentos para a resolução de conflitos, distintos dos procedimentos estatais. De acordo com o autor⁴², o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito, “o direito estatal coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos.”⁴³

De outro giro, Economides⁴⁴, chama a atenção para obstáculos que limitam não somente o acesso dos cidadãos à justiça, mas sobretudo o acesso dos próprios advogados à justiça. Como observa o autor, é preciso avaliar, primeiramente, como se dá o acesso dos cidadãos ao ensino do Direito e ao ingresso nas profissões jurídicas e, em um segundo momento, analisar como se dá o acesso dos operadores do direito à justiça. Para ele, a questão a ser respondida é “tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que tanto juízes quanto advogados estejam equipados para fazer “justiça”? Já Esteves & Silva⁴⁵, tratam de outro obstáculo, consustanciado nas lacunas do sistema interno quando esse se revela inapto para assegurar a efetiva tutela dos indivíduos em suas pretensões jurídicas. A partir da identificação do *gap problem*, são propostas algumas soluções para se alcançar outro patamar de *acesso à justiça*.

4. Movimentos de acesso à justiça e reformas jurídicas

O movimento mundial de *acesso à justiça*, surgido após a Segunda Guerra Mundial, e destinado a tornar o sistema jurídico acessível a todos, independentemente da renda, pode ser considerado um esforço traduzido no alargamento das oportunidades através de reformas jurídicas. Nessa linha, para superar os obstáculos, ou o *gap problem*, algumas soluções práticas ou “ondas” renovatórias emergem a partir dos anos 1960, reunindo “seus conteúdos e objetivos, na demonstração das transformações conceituais do *acesso à justiça*,

Justiça de Portugal, e com Santos à frente (1986). Nessa direção, é possível em falar em acesso ao direito, que é indissociável do *acesso à justiça*, e que abarca acesso à informação, consulta e patrocínios jurídicos. “O acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado”. Garantir tal direito, “é assegurar que os cidadãos, em especial os socialmente mais vulneráveis, conheçam os seus direitos, não se resignem face à sua lesão, e tenham condições para para vencer os custos de oportunidade e as barreiras económicas, sociais e culturais a esse acesso” (OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA (OJP). *O acesso ao direito à justiça: um direito fundamental em questão*. Relatório Preliminar. OJP, 2002).

⁴² Idem, p. 27.

⁴³ “O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e sua estrutura normativa assenta na inversão da norma básica (*grundnorm*) da propriedade, através do qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é consequentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedades legais (segundo o direito de Pasárgada). Efectuada esta inversão, as normas que regem a propriedade no direito de asfalto podem ser selectivamente incorporadas no direito de Pasárgada e aplicadas na comunidade” (SANTOS, 1988, p. 14).

⁴⁴ ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999, p. 73.

⁴⁵ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017.

como paradigma a ser aplicado no estudo do fenômeno processual e norteador de projetos de reformas nos sistemas jurídicos processuais”⁴⁶.

4.1 Assistência Jurídica para os Pobres, Representação de Interesses Difusos e Alargamento do Enfoque do Acesso à Justiça: as três “ondas” renovatórias propostas por Mauro Cappelletti & Bryant Garth

Para superar os obstáculos econômicos, organizacionais e procedimentais, Cappelletti & Garth⁴⁷, apresentam algumas soluções ou “ondas”, categorizadas cronologicamente, e concretizadas (I) na criação de assistência jurídica para aqueles desprovidos de recursos para custear esses serviços; (II) na inclusão de interesses difusos como objetos de proteção jurídica, sobretudo na área de proteção do meio ambiente e proteção do consumidor; e (III) no acesso à justiça efetivo, com a reforma dos modelos em voga. Como refere Cappelletti⁴⁸, essa série de avanços institucionais pode ser verificada em alguns países centrais, como Estados Unidos, França, Suíça, Canadá, Alemanha, Áustria, Holanda.

A primeira onda, iniciada em 1965 com os escritórios de advocacia de bairro do programa do Departamento de Oportunidades Econômicas (Office of Economic Opportunity), compreendeu a reforma de instituições para o provimento de serviços legais para os pobres. A segunda onda buscou ampliar a representatividade dos “interesses difusos”, tais como aqueles de consumidores e ambientalistas: começou nos Estados Unidos com o desenvolvimento de “escritórios de advocacia de interesse público”, mantidos por fundações. A terceira onda adveio nos anos 1970 com a mudança de foco para as instituições de processamento de disputas em geral, ao invés de simplesmente as instituições de representação legal; alternativas menos formais às cortes e aos procedimentos judiciais.⁴⁹

Em um primeiro momento, “os esforços para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres”.⁵⁰ Ao versar sobre a (I) assistência jurídica para os pobres, a primeira solução ou “onda” faz referência a alguns modelos de prestação desses serviços. Um deles é o modelo (a) *Judicare*, adotado, com predominância, na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental. Esse sistema é pautado na assistência jurídica enquanto direito e, nessa esteira, envolve a prestação de serviços por advogados particulares custeados pelo Estado, para fins de proporcionar aos litigantes hipossuficientes, a mesma representação em juízo que teriam caso pudessem pagar por esses serviços.

Outro modelo, advindo do Programa de Serviços Jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, em 1965, com o mote “guerra contra a pobreza”⁵¹ é o (b) advogado remunerado pelos cofres públicos. São serviços jurídicos prestados por advogados de “escritórios de vizinhança”, situados na própria comunidade (*neighborhood law offices*). Os serviços, voltados para a promoção dos interesses dos pobres enquanto classe, são pagos pelo governo, sendo adepto desse sistema os Estados Unidos. Apesar de amenizadas as barreiras culturais e geográficas, outras barreiras podem ser apontadas, como a criteriosa seleção dos casos em face das restrições de recursos, as ameaças de cortes orçamentários, a interferência

⁴⁶ GOMES NETO, J. M. W. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 62.

⁴⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

⁴⁸ CAPPELLETTI, M. *Access to Justice and Welfare State*. Sijthoff, 1981.

⁴⁹ Idem, p. 56.

⁵⁰ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, pp. 31-32.

⁵¹ Nesse sentido, ver: JOHNSON JR, E. *Justice and Reform: The Formative Years of the American Legal Services Program*. Transaction Books, 1978.

governamental, entre outras. E, o terceiro modelo, refere-se ao sistema (c) misto, no qual os países buscam o encadeamento dos modelos anteriores, enquanto sistemas que se complementam, a exemplo da Inglaterra, Suécia, Québec, Austrália e Holanda, com a possibilidade de escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares.⁵²

“O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”⁵³. Esse movimento enseja reflexões sobre as básicas e tradicionais noções de processo civil e sobre o papel dos tribunais, e correlatas transformações. A perspectiva individualista do processo judicial é substituída por outra, com um viés mais social e coletivo. Sendo assim, a (II) inclusão de interesses difusos como objetos de proteção jurídica compreende a (a) propositura de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos por meio governamental; a (b) propositura por meio de Procurador-Geral privado, tal como ocorre nos Estados Unidos; ou ainda por meio de (c) sociedades de advogados particulares do interesse público, tal como ocorre na França. Para superar os obstáculos organizacionais, os autores sugerem uma solução “pluralística para o problema de representação dos interesses difusos”, combinados “recursos e iniciativas tanto do setor público quanto de grupos de particulares para uma reivindicação mais eficiente dos interesses difusos”⁵⁴.

A terceira solução ou “onda” converge para uma (III) concepção mais ampla de *acesso à justiça*, e tal abrangência “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*”⁵⁵. Essa solução não abandona as técnicas anteriores, mas sim amplia a gama de possibilidades para tornar o acesso efetivo, com uma multiplicidade de reformas, marcadas por alterações em procedimentos, mudanças em estruturas de antigos e novos tribunais, uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, modificações jurídicas para evitar litígios ou facilitar sua solução, uso de mecanismos alternativos para a resolução dos litígios, entre outros. Para Mario Gryszpan⁵⁶, a terceira onda decorre e, ao mesmo tempo, envolve, as ondas anteriores, e expande e consolida “o reconhecimento e a presença, no Judiciário, de atores até então excluídos, desembocando num aprimoramento ou numa modificação de instituições, mecanismos, procedimentos e pessoas envolvidos no processamento e na presença de disputas na sociedade”.

Essa “onda” acolhe uma (a) reforma dos procedimentos judiciais em geral, com a melhoria dos tribunais e de seus procedimentos, a exemplo dos Estados Unidos, da França e da Alemanha; o uso de (b) métodos alternativos para resolução dos conflitos, com a utilização de procedimentos mais simples e/ou de julgadores mais informais, a exemplo dos Estados Unidos, por meio de (i) juízo arbitral⁵⁷; (ii) conciliação⁵⁸; e (iii) incentivos econômicos⁵⁹; a instauração de (c) instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social, aqui tem-se os desvios especializados e a criação de tribunais especializados, a exemplo dos Estados Unidos, Austrália, Suécia, Inglaterra, entre outros, mediante a utilização de (i) procedimentos especiais para

⁵² Essas soluções, apresentadas sob à égide da assistência jurídica para os pobres, são direcionadas para superar obstáculos econômicos para o efetivo *acesso à justiça*. Levando-se em conta que “o auxílio de um advogado é essencial”, é dever do Estado garantir o *acesso à justiça* aos necessitados.

⁵³ Idem, p. 49.

⁵⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 66.

⁵⁵ Idem, p. 67.

⁵⁶ GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999, p. 100.

⁵⁷ Procedimento relativamente informal, com julgadores dotados de formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias com limitadas possibilidades de recurso.

⁵⁸ Procedimento que não demanda julgamento, revela mais fácil cumprimento, e restaura os laços dos relacionamentos prolongados.

⁵⁹ Instrumento para estimular acordos.

pequenas causas, como relações de consumo ou locação;⁶⁰ (ii) Tribunais de “Vizinhança” ou “Sociais” para solucionar divergências nas comunidades⁶¹; (iii) Tribunais Especiais para demandas de consumidores⁶²; (iv) mecanismos especializados para garantir direitos “novos” em outras áreas do Direito⁶³; (d) mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos, a exemplo dos Estados Unidos, da Alemanha, e da Inglaterra, com o uso de (i) “Parajurídicos”⁶⁴ e de (ii) Planos de Assistência Jurídica⁶⁵ e, por fim, a (e) Simplificação do Direito, com a tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico, a exemplo dos Estados Unidos e da Nova Zelândia. Nesses termos, essas configurações são o eixo estratégico do Relatório Geral do *Projeto de Florença*.

4.2 Dimensão Ética e Política do Direito: a quarta “onda” renovatória proposta por Kim Economides

Para além das soluções e/ou “ondas renovatórias” propostas por Cappelletti & Garth, Kim Economides⁶⁶ aponta um quarto movimento de *acesso à justiça*: a dimensão ética e política do direito. A partir de um projeto interdisciplinar, desenvolvido ao longo dos anos 1980, intitulado *Access to Justice in Rural Britain Project*, o autor traz outra perspectiva analítica, fundada não apenas na oferta, mas também na demanda de serviços jurídicos. Com efeito, no projeto em tela, ancorado no estudo do *acesso à justiça* nas comunidades do sudoeste da Inglaterra, a ênfase recai na distribuição e no trabalho de advogados, assim como nas necessidades jurídicas dos habitantes dessa localidade “remota, regional e rural”⁶⁷. Dito de outro modo, o autor estabelece como fio condutor de seus estudos a indissociabilidade entre a oferta e a demanda da prestação de serviços.

Em projetos mais recentes, Economides busca identificar os obstáculos ao *acesso à justiça* que acometem os próprios operadores do Direito. Há, pois, um deslocamento do eixo de investigação: dos destinatários da prestação jurisdicional para os prestadores desse serviço. Aqui, a ênfase recai na ética profissional. Nas palavras do autor, “o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”⁶⁸. Considerando que a linha de *acesso à justiça* adotada pelo *Projeto de Florença* é macropolítica, pautada, por sua vez, por uma

⁶⁰ Com reformas voltadas para os seguintes aspectos: a promoção de acessibilidade geral, com a redução do custo e duração do litígio; a tentativa de equalizar as partes, com julgadores mais ativos para fins de auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional; a alteração no estilo de tomada de decisão, com ênfase na conciliação como principal técnica para solução das disputas; a simplificação do direito aplicado, com decisões fundadas na justiça e não apenas na letra fria da lei.

⁶¹ Trata-se de instalação de tribunais nas próprias comunidades para pessoas comuns e suas demandas.

⁶² Algumas possibilidades para estruturar os mecanismos de defesa do consumidor: mecanismos que enfatizam a persuasão mais do que a coerção, com a solução das demandas mediante os meios de comunicação; arbitragem privada de demandas do consumidor; fórmulas governamentais de solução dos conflitos de consumidores.

⁶³ Causas relativas ao meio ambiente; litígios entre inquilino e proprietários; litígios de Direito Administrativo; litígios individuais de trabalho.

⁶⁴ Assistentes jurídicos com diversos graus de treinamento em Direito.

⁶⁵ Mediante convênio ou em grupo, através de Planos e propostas para tornar os advogados mais acessíveis, mediante custos razoáveis aos indivíduos das classes média e baixa.

⁶⁶ ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999.

⁶⁷ ECONOMIDES, K. “On liberating law from the tyranny of the city”. FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.

⁶⁸ ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999, p. 62.

justiça distributiva ou corretiva, “é hora de examinar também, no nível micro, as compreensões particulares de justiça alcançadas por membros individuais da profissão jurídica: o movimento contemporâneo de acesso à justiça precisa voltar sua atenção para o novo tema da ética profissional”⁶⁹. Nesse curso, não se trata de eleger uma dessas abordagens, mas sim de construir uma síntese entre elas, a partir de delineamentos tanto metodológicos quanto epistemológicos.

Do viés metodológico, Economides faz referência à compreensão da natureza do problema do acesso aos serviços jurídicos a partir de três dimensões, demarcadas pela natureza da demanda dos serviços jurídicos, pela natureza da oferta desses serviços e, por fim, pela natureza do problema jurídico a ser trazido às instâncias jurídicas. Ao valer-se de pesquisas desenvolvidas na Europa e na América do Norte, o autor tece algumas considerações sobre essas dimensões. Em relação à primeira delas, o autor menciona que a análise da demanda dos serviços é recorrente nos estudos sociojurídicos sobre necessidades jurídicas não atendidas (*unmet legal needs*), bem como nos estudos sobre atitude do público em geral no tocante ao “conhecimento e opinião sobre a justiça” (*Knowledge and opinion about law, ou “estudos KOL”*). Não obstante a relevância das investigações fundadas nessa perspectiva, algumas limitações igualmente podem ser observadas. Essas limitações decorrem, sobretudo, da não apreciação de processos complexos que concorrem para o problema do acesso à justiça, a exemplo de outros obstáculos, para além dos econômicos, entre eles, psicológicos, geográficos, de competência legal, que podem ser identificados no caminho da justiça, como demonstram os estudos desenvolvidos por Jerome Carlin & Jan Howard⁷⁰, por Economides⁷¹, e por Galanter⁷².

A segunda dimensão, ou seja, a natureza da oferta dos serviços jurídicos, remete aos contornos da Teoria da Organização Social, com Leon Mayhew e Albert Reiss⁷³ à frente. A partir de pesquisas produzidas nos Estados Unidos, os autores voltam a atenção para a oferta de serviços na equação advogado-cliente. Em síntese, demonstram que não há oferta para qualquer tipo de demanda. Há, em verdade, importantes espaços vazios nesse nicho, isso porque advogados e defensores públicos não prestam serviços a todo e qualquer tipo de causa. Segundo o autor, “a natureza e o estilo dos serviços jurídicos oferecidos são, portanto, fatores cruciais que influenciam, quando não determinam, a mobilização da lei” (ECONOMIDES, 1999)⁷⁴. Para o autor, uma das alternativas para o preenchimento dos espaços vazios deixados pelo mercado seria a ampliação do escopo dos serviços jurídicos estatais, entretanto, alguns fatores desestimulam um investimento por parte do Estado, como a possibilidade de figurar como parte na mesma ação que financia, ou a possibilidade de estimular litígios e congestionar tribunais.

Por fim, a terceira dimensão está relacionada à natureza do problema jurídico a ser trazido pelos clientes às instâncias jurídicas. Para Economides⁷⁵,

⁶⁹ Idem, p. 63.

⁷⁰ CARLIN, J.; HOWARD, J. “Legal Representation and Class Justice”. *Ucla Law Review* 12, 1965.

⁷¹ ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999. / ECONOMIDES, K. “On liberating law from the tyranny of the city”. FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.

⁷² GALANTER, M. “Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão”. In: FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.

⁷³ MAYHEW, L.; REISS, A. “The Social Organisation of Legal Contacts”. *American Sociological Review*, 34 (309), 1969.

⁷⁴ ECONOMIDES, K. “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?” In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999, p. 67.

⁷⁵ Idem, p. 69.

independentemente das condições financeiras dos clientes, há significativo espectro de disputas não amparado pelos mais diversos ramos jurídicos. Isso porque o processo judiciário não está aparelhado para tratar de conflitos em larga escala, que se estendam à sociedade como um todo. Conforme o autor, os direitos metaindividuais “não são frequentemente bem representados, quer pelos provedores de serviços jurídicos, quer pelos grupos particulares de clientes que pretendem representar a classe mais ampla”.

Já do viés epistemológico, Economides faz referência à compreensão das definições contemporâneas de *acesso à justiça*, e acena para as dimensões ética e política do direito, com importantes desafios para a responsabilidade profissional e para o ensino jurídico. Trata-se de engendrar novas perspectivas na definição da própria justiça. Para olhar para a justiça, a partir da oferta, propõe, em um primeiro momento, perscrutar o acesso dos cidadãos ao ensino do Direito e ao ingresso nas profissões jurídicas e, *a posteriori*, após investidos nas carreiras, investigar como se dá o acesso de tais operadores à justiça. A segunda questão coloca em pauta questões éticas relativas às responsabilidades da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição dos padrões de profissionalização. A solução aqui é um encadeamento entre a estrutura macro, eixo da demanda, e a estrutura micro, eixo da oferta.

4.3 Internacionalização da Proteção dos Direitos Humanos: a quinta “onda” renovatória proposta por Diogo Esteves & Franklyn Roger

Esteves & Silva⁷⁶ anunciam o surgimento de um novo movimento de *acesso à justiça*, o recrudescimento de uma quinta “onda renovatória”: a internacionalização da proteção dos direitos humanos. Transformações sociais, econômicas, políticas e culturais ensejam redefinições de contextos e conceitos. Nos tempos contemporâneos, instituições internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), e suas agências de cooperação, lançam um novo olhar para os direitos humanos, e passam a percebê-los como um eixo estratégico para a efetividade da proteção jurídica do indivíduo em face do próprio Estado que deveria protegê-lo⁷⁷. Com a construção desse novo olhar, novas hierarquias valorativas são instauradas, e os direitos humanos são alçados à matéria de Direito Internacional.

É de registrar-se que, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos adquirem novos contornos. Até então, esses direitos restringiam-se a assunto interno dos Estados, e apenas granjeavam relevância internacional quando algum país carecia de proteger seus cidadãos em outro Estado. A tutela desses direitos ganhou significativa atenção com o advento da ONU e de instrumentos normativos protetivos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social), e do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (Pacto Civil) e seus Protocolos facultativos, que conformam, em conjunto, a Carta Internacional de Direitos Humanos. O processo de universalização dos direitos humanos engendra um processo de internacionalização desses mesmos direitos. Surge, assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁷⁸

⁷⁶ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Em conformidade com Flávia Piovesan, esses processos [de universalização e internacionalização] permitiram, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção de direitos humanos, de âmbito global e regional, como também de âmbito geral e específico. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissos na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. (Grifo meu).

O fio condutor desse sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos é a cooperação internacional para a promoção e a consolidação do respeito a esses direitos para todos, consoante estabelece o artigo 1º, § 3, da Carta da ONU.⁷⁹ Depreende-se que a proteção universal de direitos humanos não exclui a proteção regional desses direitos. Antônio Augusto Cançado Trindade⁸⁰ observa a complementariedade entre os instrumentos normativos do sistema global e regional, mediante os Sistemas Interamericano, Europeu e Africano.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, criou seu próprio sistema de direitos humanos: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tal sistema tem como esteio a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aprovada em 1969 e com vigência a partir de 1978. A partir dessa Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) restaram consagradas como órgãos para a proteção dos direitos humanos. Para alcançar esse fim, a Comissão dispõe de uma série de instrumentos, a exemplo das recomendações de medidas protetivas em prol dos direitos humanos, entre outros, e a Corte exerce competência sobre os Estados-Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tal como as Nações Unidas, em nível internacional, o Sistema Europeu de Direitos Humanos, por meio do Conselho da Europa, em nível regional, também é dotado de um instrumentário de direitos humanos. Nos anos 1950, o Conselho da Europa acolheu a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), vigente a partir de 1953. Merece registro que o acompanhamento e o cumprimento das obrigações constantes no catálogo dos direitos pelos Estados-Partes é previsto no âmbito de recursos individuais, assim como de queixas estatais. De acordo com Hans-Joachim Heintze⁸¹, indivíduos que se sintam lesados por autoridades em seus direitos assegurados pela Convenção, podem recorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos, e as decisões dessa Corte para os países são juridicamente vinculantes. Os Estados-Membros comprometem-se, em todos os casos em que são partes, a seguir a decisão final do tribunal.

Já o Sistema Africano de Direitos Humanos é concebido a partir de dois momentos. Um deles reporta à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ou *Carta de Banjul*), firmada 1981, pela Organização da Unidade Africana (OAU)⁸² e, o outro, à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (ACHPR). Diferentemente das Convenções Americana e Europeia, a Carta Africana prevê não apenas os direitos dos indivíduos, mas também os direitos dos povos e, nesses

⁷⁹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o ponto de partida para a construção de tal sistema, assim como é o ponto de referência para os esforços nacionais e internacionais destinados a promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Para além disso, cabe à própria ONU, a partir de seus órgãos, salvaguardar os direitos humanos. O Conselho de Direitos Humanos (*Human Rights Council*), é o órgão central para a proteção desses direitos dentro do sistema, e promover a sua codificação (*standard setting*) e tratar de suas violações, figuram como suas principais atividades. Esse Conselho conta com o auxílio de outros centros, como o Comitê Consultivo (*Advisory Committee*) e o Alto-Comissariado da ONU para Direitos Humanos (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*). Outrossim, merece referência a Assembleia Geral da ONU, dotada de responsabilidade geral por todas as questões no âmbito de seu estatuto.

⁸⁰ TRINDADE, A. A. C. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. In: Conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional, organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA. 2006, p. 408-490.

⁸¹ HEINTZE, H. "Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos". In: PETERKE, S. (Coord.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 77.

⁸² Substituída, posteriormente, pela União Africana (AU).

termos, preserva a influência das tradições africanas⁸³. Para promover os direitos humanos e dos povos e garantir sua proteção na África, a Carta Africana prevê uma Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Já a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos tem competência para todos os casos e litígios que lhe forem apresentados relativos à interpretação e aplicação da Carta de Banjul, e outros instrumentos de direitos humanos pertinentes.

Para Esteves e Silva⁸⁴ essas configurações acenam para um novo movimento de *acesso à justiça*, muito embora seja possível identificar alguns fatores impeditivos de tal acesso, como a existência de cortes internacionais aptas a garantir a tutela jurídica contra atos estatais, a possibilidade de efetivação de uma sentença internacional, e a facilitação dos indivíduos, grupos ou entidades à jurisdição internacional e aos procedimentos perante as Cortes Internacionais.

5. Considerações Finais

O *acesso à justiça* pode ser considerado um direito basilar para a garantia de todos os demais direitos⁸⁵. Trata-se de um direito estruturante das sociedades contemporâneas, eis que é só a partir dele que é possível falar em um Estado democrático de direito⁸⁶. O surgimento do movimento de *acesso à justiça*, em distintos países, e de diferentes formas, revela uma preocupação em relação a atender às necessidades daqueles que durante muito tempo não tiveram condições de reivindicar seus direitos⁸⁷. São propostas e reformas voltadas para a efetivação de direitos de pessoas comuns, e são marcadas por uma atitude mais positiva do Estado; pela reformulação procedimental e institucional; pela revisão de noções tradicionais; entre outros demarcadores. Apesar dos riscos e limitações, acenam para a afirmação da cidadania. De acordo com Hilary Sommerlad⁸⁸, o encadeamento entre direito e sociedade torna o *acesso à justiça* fundamental para o conteúdo da cidadania. Em complemento: “uma justiça acessível aos não privilegiados é provavelmente a chave para a necessidade mais urgente nas nossas democracias do final do século: o desafio da inclusão” e, nessa direção, “a não ser que alcancemos acesso geral e universal, o direito à justiça continuará a ser um privilégio e não um direito”⁸⁹.

Referências Bibliográficas

ALVES, C. F. *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Lumen Juris, 2006.

_____. “Assistência Jurídica no Brasil: Lições que podem ser aprendidas com países que outrora alcançaram avançado patamar de desenvolvimento na prestação desses serviços e posteriormente tiveram que enfrentar severas restrições financeiras”. In: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Lumen Juris, 2017.

⁸³ HEINTZE, H. “Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos”. In: PETERKE, S. (Coord.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 77.

⁸⁴ ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017.

⁸⁵ CASTRO, A. L. M.; ALVES, C. F.; ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Access to Justice in Brazil: The Brazilian Legal Aid Model*. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

⁸⁶ SANTOS, B. S. et al. *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2009.

⁸⁷ ALVES, C. F. *Justiça para todos! Assistência Jurídica Gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Lumen Juris, 2006.

⁸⁸ SOMMERLAD, H. “Some reflections on the relationship between citizenship, access to justice, and the reform of legal aid”. In: *Journal of Law and Society*. Vol. 31, Number 3, September 2004.

⁸⁹ MENDÉZ J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. *Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Paz e Terra, 2000.

- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Bertrand do Brasil, 1989.
- _____. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Papirus, 1996.
- _____. *A economia das trocas simbólicas*. Perspectiva, 1998.
- CAPPELLETTI, M. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". *Rivista di Diritto Processuale*. V. 30. Padova, 1975.
- CAPPELLETTI, M.; GORDLEY, J.; JOHNSON JR., E. *Towards Equal Justice: A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*. Dott. A. Giuffrè Editore, 1975.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*. Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.
- _____. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Il Mulino, 1994.
- _____. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARLIN, J.; HOWARD, J. "Legal Representation and Class Justice". *Ucla Law Review* 12, 1965.
- CASTRO, A. L. M.; ALVES, C. F.; ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Access to Justice in Brazil: The Brazilian Legal Aid Model*. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2017.
- DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros, 1999.
- ECONOMIDES, K. "Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça': epistemologia versus metodologia?" In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; e GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999.
- _____. "On liberating law from the tyranny of the city". FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.
- ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 2ª Edição. Forense, 2017.
- FALCÃO, J. "Acesso à justiça: diagnóstico e tratamento". In: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (Org.). *Justiça: Promessa e realidade – o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Nova Fronteira, 1996.
- FELSTINER, W.; ABEL, R.; e SARAT, A. "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming". *Law and Society Review* 15, 1980-1981.
- GALANTER, M. "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*. Amherst, n. 9, 1974.
- _____. "Acesso à Justiça em um mundo com capacidade social em expansão". In: FERRAZ, L. S. (Coord.). *Repensando o Acesso à Justiça no Brasil: Estudos Internacionais*. Vol. 2 - Institutos Inovadores. Evocati, 2016.
- GONZÁLEZ, P. "A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica". In: ALVES, C. F.; GONZÁLEZ, P. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Lumen Juris, 2017.
- GOMES NETO, J. M. W. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como "movimento" de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- HEINTZE, H. "Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos". In: PETERKE, S. (Coord.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.
- JOHNSON JR, E. *Justice and Reform: The Formative Years of the American Legal Services Program*. Transaction Books, 1978.
- MAYHEW, L.; REISS, A. "The Social Organisation of Legal Contacts". *American Sociological Review*, 34 (309), 1969.
- MENDÉZ J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. *Democracia, Violência e Injustiça: o não-Estado de Direito na América Latina*. Paz e Terra, 2000.

- NELKEN, D. *The "Gap Problem" in the Sociology of Law: A Theoretical Review*. Windsor Y.B. Access Just. 35, 1981.
- NUNES, D.; TEIXEIRA, L. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA (OJP). *O acesso ao direito à justiça: um direito fundamental em questão*. Relatório Preliminar. OJP, 2002.
- GRYNSZPAN, M. *Cidadania, justiça e violência*. FGV, 1999.
- PIOVESAN, F. "O Processo de Globalização dos Direitos Humanos". *Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Ano 8, v. 15, 2000.
- SANTOS, B. S. "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça". *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N. 21, Nov 1986.
- _____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 1988.
- SANTOS, B. S. et al. *Proposta de projectos para o Observatório da Justiça Brasileira*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2009.
- SANTOS, G. F. "Acesso à justiça como direito fundamental e a igualdade em face dos direitos sociais". In: GOMES NETO, J. M. W. (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. JusPodivm, 2008.
- SOMMERLAD, H. "Some reflections on the relationship between citizenship, access to justice, and the reform of legal aid". In: *Journal of Law and Society*. Vol. 31, Number 3, September 2004.
- TRINDADE, A. A. C. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do Século XXI*. In: Conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional, organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA. 2006, p. 408-490.

O Racionamento de Cuidados de Saúde em Razão da Idade

Rationing health care by age

Marta Frias Borges¹

Universidade Católica Portuguesa

SUMARIO: Introdução. II - O direito à proteção da saúde: um direito social em contexto de escassez de recursos. III – Justiça Processual de Norman Daniels. III – Racionamento em razão da idade. IV - Envelhecimento: dignidade humana, vulnerabilidade e políticas públicas. V - *Ageism*: discriminação em razão da idade. VI – Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: A evolução científica e tecnológica, e o consequente acesso a novos medicamentos e mais sofisticados meios complementares de diagnóstico, é responsável por um aumento dos custos em saúde, capaz de comprometer a satisfação de todas as necessidades. Perante esta insuficiência de recursos, impõe-se necessariamente a priorização de necessidades e, consequentemente, a reflexão sobre os critérios utilizados para a levar a cabo. A idade tem sido, não raras vezes, apontada como critério preferencial de racionamento de cuidados de saúde, convocando o argumento utilitarista de maior esperança de vida e produtividade após o tratamento ou a designada equidade intergeracional. Assim, procurar-se-á refletir sobre a legitimidade ética do racionamento em função da idade, considerando sobretudo a particular vulnerabilidade na idade avançada.

Palavras-Chave: Racionamento. Envelhecimento. Bioética. Vulnerabilidade.

Abstract: The scientific and technological evolution, and the consequent access to new and more sophisticated medicines and diagnostic therapy, is being held responsible for the increase of health costs which are capable to compromise the satisfaction of all needs.

Because of the lack of resources it is necessary to impose a prioritization of needs and, consequently, a reflection of the used criterias.

Age is often pointed out as the preferencial criterion to rationalize health care. The utilitarian argument of more life time and productivity after treatments, or the so called intergenerational equity, is used as an argument to support the age criterion.

Therefore, we will look at and reflect about the ethic legitimacy of rationing health care by age, mainly considering the particular vulnerability of people at an advanced age.

Key Words: Rationing. Ageing. Bioethics. Vulnerability.

I. Introdução

As baixas taxas de natalidade aliadas ao aumento da esperança de vida levaram à inversão da pirâmide etária. A população mundial é hoje uma população

¹ Advogada da FAF - Sociedade de Advogados, SP, RL., Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Doutoranda em Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa. marta.frias.borges@faf-advogados.com

maioritariamente envelhecida. Tal realidade reclama de todos especial atenção à particular vulnerabilidade que caracteriza as pessoas nesta fase avançada da vida.

O envelhecimento populacional tem consequências diretas a nível económico, devido à redução da população em idade ativa e ao risco de insustentabilidade dos sistemas de segurança social. Assim, não raras vezes, o envelhecimento populacional é apontado como um dos fatores responsáveis pelo aumento dos custos em saúde, na medida em que reclama maiores cuidados assistenciais, desde logo face à particular fragilidade que pauta este ciclo da vida e às doenças crónicas que frequentemente o acompanham.

Pois bem, amiúde, a idade tem sido apontada como critério decisório para a exclusão ou interrupção de determinados tratamentos ou cuidados médicos, com fundamentos vários: maior longevidade dos mais jovens após o tratamento; maior produtividade dos mais jovens; equidade intergeracional que salvguarde a existência de recursos de saúde necessários aos mais jovens.

A utilização de uma tal política está, porém, longe de reunir o consenso dos estudiosos destas matérias. Contudo, a favor de um tal critério têm-se insurgido personalidades de relevo como DANIEL CALLAHAN e NORMAN DANIELS, para quem o recurso à idade para efeitos de alocação de recursos nada terá de discriminatório. Por seu turno, os opositores do racionamento em função da idade consideram que a utilização da idade como um critério puro acaba por desconsiderar a individualidade da pessoa doente e a sua concreta necessidade médica, incorrendo numa prática discriminatória em função da idade.

De facto, a utilização da idade como critério de racionamento no acesso aos cuidados (e tecnologias) de saúde suscita importantes questões éticas que carecem de uma reflexão cuidada e alargada, orientada pela dignidade da pessoa humana que perpassa todas as fases da vida, e pela vulnerabilidade que caracteriza particularmente as pessoas de idade avançada.

II - O direito à proteção da saúde: um direito social em contexto de escassez de recursos

O direito à proteção da saúde encontra-se consagrado no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, garantindo a todos os cidadãos o acesso aos cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação independentemente dos recursos económicos.

Enquanto direito social típico, o direito à proteção da saúde reclama uma atuação positiva por parte do Estado com vista à prevenção e ao tratamento das doenças. A principal prestação do Estado na realização do direito à saúde traduz-se na criação de um *“serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas dos cidadãos, tendencialmente gratuito”*.

Todavia, o direito à proteção da saúde não é um direito constitucional ilimitado, mas antes um direito dependente dos recursos financeiros e económicos disponíveis e, portanto, um direito *“sob reserva do possível”*. Isso mesmo resulta de diversos diplomas legislativos que consagram o direito à saúde, nomeadamente a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina (artigo 3.º) que garante o acesso equitativo aos cuidados de saúde *“tendo em conta as necessidades de saúde e os recursos disponíveis”*. E ainda a Lei de Bases da Saúde ao estabelecer que *“o Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados de saúde nos limites dos recursos humanos, técnicos e financeiros disponíveis”* (Base I).

Perante a escassez de recursos impõe-se uma reflexão a dois tempos: por um lado, o direito à proteção da saúde concorre com outros direitos sociais, cuja realização é imprescindível em prol da dignidade humana e que são mesmo, em muitos casos, determinantes daquele direito à saúde (v.g., habitação, educação, segurança social, emprego); por outro lado, os recursos alocados à prossecução do direito à saúde são também manifestamente insuficientes para a satisfação de todas as necessidades, sendo imprescindível uma alocação de recursos que

determine os tratamentos prioritários (macrodistribuição) e que pacientes concretos deles devem beneficiar (microdistribuição).

Sendo esta alocação de recursos em saúde inevitável para garantir a universalidade do acesso, importa assegurar que a realização de escolhas se orienta por valores e princípios éticos fundamentais: **(i) princípio da dignidade humana**, assegurando que todas as pessoas são tratadas com igual dignidade, independentemente das suas características pessoais; **(ii) princípio da solidariedade**, reconhecendo que a vulnerabilidade perante a doença reclama a solidariedade geral dos cidadãos, mediante o financiamento de um serviço nacional de saúde através do pagamento de impostos proporcional ao rendimento de cada um²; **(iii) princípio da justiça ou equidade**, uma vez que “no âmbito da saúde as escolhas só se justificam eticamente se procedentes do imperativo da justiça”³.

III – Justiça Processual de Norman Daniels

Sendo evidente a escassez de recursos em saúde e, portanto, inevitável a realização de escolhas, o certo é que os critérios que devem nortear tais escolhas não se encontravam publicamente definidos e determinados, levando ao indesejável racionamento implícito, efetuado de acordo com a valoração de um concreto profissional de saúde diante do doente.

Obviamente, a realização deste racionamento implícito conduz a uma certa arbitrariedade. Assim, o autor norte-americano NORMAN DANIELS chama a atenção para a importância de recorrer a uma lógica processual para resolver disputas, em que os resultados possam ser aceites como justos⁴.

Ora, de facto, sendo inevitável a realização de escolhas em saúde, a existência de um modelo claro e transparente, mediante a exposição das razões e dos valores por detrás de cada opção, que permita a revisão de prioridades através da invocação de motivos legítimos, será (certamente) uma solução que serve os interesses e as expectativas dos cidadãos. Um modelo que defina a priori as “regras do jogo” evitará medidas de racionamento implícitas em que impera o arbítrio.

A justeza e a legitimidade do procedimento está dependente do preenchimento de quatro condições: **(i) publicidade**, as decisões sobre os limites a estabelecer e a respetiva justificação devem estar disponíveis ao público; **(ii) condição de relevância**, as razões das decisões de alocação devem fornecer uma razoável interpretação sobre como uma organização, ou a sociedade em geral, deve fornecer “value of money” na satisfação de necessidades de saúde, num contexto de escassez de recursos; **(iii) condição de recurso ou apelação**, devem ser estabelecidos mecanismos que permitam rever as decisões de racionamento de cuidados de saúde, tendo por base novos argumentos ou evidências; **(iv) condição de regulação**, mecanismo para garantir o cumprimento das condições anteriores⁵.

Cumpridas estas quatro condições estarão asseguradas a legitimidade moral e a justeza das decisões, que serão consideradas razoáveis (e justas) quando as razões (evidências, valores e princípios) sejam aceites como relevantes por pessoas dispostas a encontrar termos de cooperação mutuamente justificáveis (fair-

² Cfr. SERRÃO, Daniel, *A Ética Médica e os Custos dos Cuidados de Saúde*, in «Ética em Cuidados de Saúde», Porto Editora, Porto, 1998, p. 158 e 159.

³ NEVES, Maria do Céu Patrão, *Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas*, in «Bioética - Revista do Conselho Federal de Medicina», vol. 7, n.º 2, 1999, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/307/446.

⁴ Cfr. DANIELS, Norman, *Just Health – Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, 2008, p. 25.

⁵ Cfr. DANIELS, Norman, *Justice, Health, and Healthcare*, in «The American Journal of Bioethics», vol. 1, n.º 2, 2001, p. 10 e ss., disponível em <http://crystal.lib.buffalo.edu/libraries/reserve/course/phi337/daniels.pdf>.

e DANIELS, Norman, *Just Health – Meeting Health Needs Fairly*, cit., p. 118 e 119.

minded)⁶. Se são fixados limites e esses limites públicos são considerados razoáveis, terão que ser tidos como justos.

III – Racionamento em razão da idade

À luz do que acaba de ser dito, impõe-se refletir sobre os critérios que devem presidir a estas escolhas. Ora, como refere MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, “os critérios apresentados têm sido vários, com particular incidência no económico, médico e da idade, a que não raramente se têm vindo a acrescentar outros com maior poder discriminatório tendo em vista facilitar o processo de escolha⁷”.

Sucede que, não raras vezes, alguns modelos de alocação de recursos se baseiam na idade como critério decisório para a exclusão de pessoas concretas de determinados cuidados de saúde (nomeadamente, a hemodiálise), quer o façam de forma explícita ou implícita. Como salientou JOÃO LOBO ANTUNES, “a questão do envelhecimento...alvo preferencial de medidas de racionamento... deveria merecer a atenção da sociedade como uma indeclinável obrigação moral”⁸.

NORMAN DANIELS defende que o recurso à idade como critério de racionamento não pode ser considerado discriminatório, contrariamente ao que sucede com critérios de sexo e raça, na medida em que todos nós envelhecemos. Assim, o critério da idade não se trata de um critério de racionamento interpessoal (comparando jovens e idosos), mas antes de uma distribuição de recursos ao longo da vida, ao longo dos vários estádios da vida de uma mesma pessoa. Nesta medida, todas as pessoas gozariam dos mesmos recursos ao longo da sua existência, sendo perfeitamente coerente com a justa igualdade de oportunidade e com a dignidade da pessoa humana que perpassa todas as fases da vida⁹.

Também para DANIEL CALLAHAN, a medicina deve reconhecer que o envelhecimento não se trata de um “desastre a ser superado, mas uma condição a ser atenuada e melhorada”¹⁰. A medicina deveria então ter como objetivo apenas assegurar a «*duração natural da vida*» e evitar a «*morte prematura*», considerando que a morte que se verifique depois de decorrido esse dado tempo da vida (considerado normal) deverá ser encarada como uma «*morte tolerável*»¹¹. De acordo com a posição que sufraga, a morte será tolerável quando ocorra numa fase em que: **(i)** a pessoa já realizou a maior parte das oportunidades da vida, como sejam trabalho, amor, família, viagens e outros; **(ii)** a pessoa cumpriu já as obrigações morais que tinha para com a família e, sobretudo, para com os filhos; **(iii)** e a sua morte “*não signifique para outros uma ofensa ao sentido comum ou à sensibilidade, nem os leva a sentir desespero ou raiva pela finitude da existência humana*”¹².

⁶ Cfr. DANIELS, Norman, *Justice, Health, and Healthcare*, cit., p. 12.

⁷ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão, *Alocação de Recursos...*, cit., p. 3.

⁸ ANTUNES, João Lobo, *Ética e Participação Pública*, in «Nanotecnologia e o.g.m., Ciência, ética, sociedade: Actas do 11.º Seminário do CNECV», Lisboa, 2011, p. 16, disponível em <http://www.cnecv.pt/admin/files>

[/data/docs/1415190019_Livro%20bioetica_12_Nanotecnologia%20e%20OGM.pdf](#).

⁹ Cfr. BOITTE, Pierre, *Éthique, justice et santé: allocation des ressources en soins dans une population vieillissante*, Catalyses Artel-Fides, 1995, p. 194-208; BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, James F., *Princípios de Ética Biomédica* (Edição espanhola), 1.ª edição, Reimpressão, Barcelona, Masson, 2002, p. 355 e 356; VALE, Luís Menezes do, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. III, Coimbra, 2007, p. 61-79.

¹⁰ Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Aging and the Goals of Medicine*, in «The Hastings Center Report», Vol. 24, N.º 5, 1994, p. 40, disponível em http://bioetyka.uw.edu.pl/wp-content/uploads/2014/10/Callahan_Aging.pdf.

¹¹ CALLAHAN, Daniel, *Poner límites. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece* (Trad. Assumpta Mauri Mas y José Luis Puerta López-Cózar), Madrid, Editorial Tricastela, 2004, p. 83.

¹² *Idem*, p. 85.

Todavia, a morte apenas será tolerável se não for marcada por dor e por sofrimento, para que “as pessoas idosas possam terminar os seus dias com a convicção de que as suas vidas tinham sentido e significado, com o menor sofrimento que possa ser alcançado e com toda a energia possível, mantendo a aspiração de contribuir para o bem-estar dos jovens e da comunidade de que eles mesmos formam parte”¹³. Assim, a medicina deveria limitar-se a evitar que a morte se verifique antes de atingida a duração natural da vida e, depois de atingido esse patamar, preocupar-se apenas em garantir o cuidado necessário para a «morte tolerável».

Portando, atingido esse estágio da vida – o que para DANIEL CALLAHAN aconteceria no final da década de 70 ou inícios de 80 – a medicina devia apenas procurar aliviar o sofrimento, garantindo sentido e significado ao envelhecimento. A partir dessa altura, a medicina deveria assumir as vestes de uma medicina de cuidado (e não apenas curativa), ou seja, “uma medicina que se preocupe com a pessoa doente, não com a doença da pessoa”¹⁴.

Tais finalidades da medicina permitiriam assegurar a equidade entre gerações, nos seguintes termos: (a) prolongando a vida dos mais jovens até atingirem a duração natural da vida; (b) aliviando o sofrimento e prestando cuidados aos mais velhos – i.e., que já ultrapassaram a duração natural da vida – por forma a assegurar sentido e significado à sua existência.

Ao longo da obra “*Settings Limits. Medical Goals in a Aging Society*” (*Poner límites. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece*, edição espanhola, com tradução de Assumpta Mauri Mas y José Luis Puerta López-Cózar), DANIEL CALLAHAN Sublinha, por isso, a necessidade de uma discussão séria e sem eufemismos que permita garantir a equidade de acesso aos cuidados de saúde, e evitar práticas censuráveis de racionamento indireto e encoberto. Para tal, assinala aqueles que no seu entender são os principais obstáculos à sustentabilidade do sistema de saúde e à implementação de um racionamento direto: (i) crescente expectativa no progresso médico; e (ii) dificuldade de encarar e aceitar o envelhecimento e a morte como fazendo parte do ciclo da vida. Ou seja, o crescente aumento do número de idosos e os meios científicos e tecnológicos desenvolvidos para ultrapassar o envelhecimento são, no seu entender, as causas que comprometem a almejada solidariedade entre gerações e o dever de assegurar aos mais jovens a duração natural da vida.

Assim, perante essa necessidade de racionamento em saúde, este pioneiro da bioética considera a *idade* o melhor critério de alocação de recursos, por se apresentar como um critério *objetivo, universal, transparente e não flexível* (usado, de resto, para determinar a capacidade de votar e conduzir), enquanto a «necessidade médica» se apresenta como critério demasiado elástico ao progresso alcançado pela ciência e pela tecnologia¹⁵. Nestes termos, CALLAHAN defende expressamente o racionamento dos cuidados e tecnologias de saúde para os doentes no final dos anos 70 ou inícios dos anos 80¹⁶.

Antecipando as críticas que lhe viriam a ser dirigidas, esclarece que a utilização da idade como critério de distribuição de recursos em saúde não tem um fundamento utilitarista de apreciação da produtividade dos mais velhos, visando apenas garantir a igualdade entre gerações e assegurar que todos atinjam a «duração natural da vida». Atingida essa duração natural da vida, os mais velhos terão já usufruído da sua “*quota razoável de recursos*” e o racionamento será absolutamente legítimo¹⁷.

¹³ *Idem*, p. 97.

¹⁴ *Idem*, p. 99.

¹⁵ Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Poner límites...*, cit., p. 78.

¹⁶ Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Must We Ration Health Care for the Elderly?*, in «Journal of Law, Medicine & Ethics», Vol. 40, n.º 1, 2012, p. 10; CALLAHAN, Daniel e GAYLIN, Willard, *How Long a Life is Enough Life?*, in «The Hastings Center Report», Vol. 47, n.º 4, 2017, p. 18.

¹⁷ Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Poner límites...*, cit., p. 180 e 181.

Para tal, apresenta um esquema de “*política de distribuição de recursos e de um sistema de prioridade*”¹⁸, que se passará a expor de forma sintética: (i) em primeiro lugar, o racionamento em função da idade deverá começar por limitar a medicina de alta tecnologia, uma vez que apresenta um custo demasiado elevado e muitas vezes logra apenas prolongar a vida sem a adequada qualidade (apontando como exemplo, a hemodiálise)¹⁹; (ii) em segundo lugar, os montantes economizados com os tratamentos de alta tecnologia deverão ser reencaminhados para uma reforma do sistema de saúde que garanta a assistência aos idosos com poucos recursos; (iii) em terceiro lugar, proporcionar às pessoas de idade avançada (*rectius*, aquelas que já alcançaram a duração natural da vida) uma vida digna, colocando a reabilitação e a investigação médica em matéria de doenças crónicas como prioridade da assistência aos mais velhos; (iv) em quarto lugar, a suspensão e a retirada de cuidados para alargar a vida das pessoas de idade avançada, que analisaremos no próximo capítulo²⁰.

IV - Envelhecimento: dignidade humana, vulnerabilidade e políticas públicas

O artigo 72.º da Constituição da República Portuguesa consagra os direitos das pessoas idosas, impondo ao Estado uma política social para a terceira idade que englobe “*medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade*”.

Embora a Lei Fundamental do Estado faça apenas referência ao direito à segurança económica e às condições de habitação e convívio familiar e comunitário, aos idosos devem ainda ser garantidos o “*direito à saúde (bem-estar físico, mental e social); o direito de acesso a tratamentos de prevenção, cura e reabilitação; [e] o direito a serviços sanitários públicos*”²¹. Portanto, a política social para a terceira idade não pode deixar de incorporar e realizar uma política de saúde para os idosos, garantindo-lhe o acesso aos cuidados de saúde adequados.

Ora, como qualquer política de saúde, as políticas públicas de saúde para os idosos terão também de assentar nos “*princípios fundamentais dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana, a participação, a equidade e a solidariedade*”²². Apenas um critério de alocação de recursos que se oriente por valores e princípios éticos fundamentais poderá ser considerado um critério legítimo, pelo que, e ao que agora importa, analisaremos os valores e princípios bioéticos convocados pelo envelhecimento que deverão ser tomados em consideração em qualquer modelo de priorização e racionamento de cuidados de saúde²³.

A dignidade humana encontra-se consagrada no artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece que “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos...*”, mantendo-se essa dignidade desde o nascimento até à morte. Por tal, como refere o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, no Parecer 80/CNECV/2014, “*a pessoa humana tem igual*

¹⁸ *Idem*, p. 181.

¹⁹ DANIEL CALLAHAN aponta a diálise como uma tecnologia que prolonga a vida com duvidosa qualidade, pelo que argumenta que a idade poderia também ser usada como critério de racionamento deste tratamento (Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Societal Allocation of Resources for Patients with ERSD*, in «The Roots of Bioethics: Health, Progress, Technology, Death», New York, Oxford University Press, 2012, p. 145-158).

²⁰ Cfr. CALLAHAN, Daniel, *Poner límites...*, cit., p. 182-195.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra Editora, 2014, p. 884.

²² BISCAIA, José Luís, *Dimensão social, económica e política da bioética*, in «Bioética», Lisboa-São Paulo, Editorial Verbo, 1996, p.108.

²³ Cfr. NUNES, Lucília, *Olhares Bioéticos para o Envelhecimento. Dos documentos produzidos pelos Conselhos de Ética*, in «Revista Ibero-Americana de Saúde e Envelhecimento», Vol. 1, n.º 2, 2015, p. 234-260.

dignidade em todas as fases da sua vida, condição que deve ser respeitada sobretudo nas fases em que está presente uma especial vulnerabilidade”²⁴.

Se todos nós, enquanto seres humanos, somos vulneráveis (condição universal do homem), essa vulnerabilidade é agravada com o envelhecimento e a fragilidade que o acompanha. Tal vulnerabilidade que caracteriza as pessoas de idade avançada – enquanto grupo particularmente vulnerável – convoca um especial dever de solidariedade e responsabilidade que sobre todos recai. Aliás, tal resulta do artigo 8.º da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, que expressamente refere que “os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa”.

De facto, como sublinha MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, “O princípio da vulnerabilidade excede a lógica preponderante da reivindicação dos direitos que assistem às pessoas e anuncia a lógica da solicitude dos deveres que a todas competem ... e uma urgente ética dos deveres, firmada na responsabilidade do outro e desenvolvida pelo reforço da solidariedade”²⁵. Assim, a alocação de recursos em saúde deverá sempre guiar-se por este dever de solidariedade de todos para com o outro vulnerável, nomeadamente para com as pessoas de idade avançada.

Por tudo isso, como bem salienta o parecer 80/CNECV/2014, “é incumbência do Estado e dever da sociedade civil, diretamente ou através de todas as comunidades intermédias, garantir os direitos das pessoas idosas e promover a prestação dos cuidados que lhes são necessários, designadamente apoiando as suas famílias nessa tarefa”.

Ora, tendo em conta a vulnerabilidade que caracteriza as pessoas de idade avançada, e o dever de solidariedade e proteção que sobre todos recai, não podemos simplesmente excluir os mais velhos do acesso aos cuidados e tecnologias de saúde, sem atender às necessidades médicas específicas. A utilização da idade como um critério puro de suspensão ou interrupção de tratamentos, mesmo diante de pacientes que – como propõe DANIEL CALLAHAN – *apresentem apenas uma leve deterioração da competência ou uma competência flutuante, com uma qualidade de vida aceitável* (raciocinando, interagindo e sentindo emoções) ou *pacientes fisicamente delicados mas em estado mental consciente*, não se compatibiliza com o dever de solidariedade que se impõe na distribuição de recursos em saúde.

Na verdade, a existência de um dever de solidariedade intergeracional tem de ser entendido num duplo sentido: **(a)** por um lado, como salienta DANIEL CALLAHAN, impondo que as pessoas idosas não beneficiem dos cuidados e tecnologias de saúde de acordo com os seus meros desejos de prolongamento ilimitado da vida, salvaguardando a existência de recursos necessários aos mais jovens; mas **(b)** por outro lado, não pode deixar de impor aos mais novos que contribuam para o financiamento de um sistema de saúde que assista os mais velhos em situações de vulnerabilidade e necessidade médica, da mesma forma que essa geração assegurou a prestação de tais cuidados às gerações precedentes.

V - Ageism: discriminação em razão da idade

O termo «ageism» (em português, idadismo) foi usado pela primeira vez por Robert Butler, em 1969, quando tentava explicar o preconceito de determinada população relativamente à construção de um lar de idosos nas imediações²⁶. Assim, o ageism procura significar um conjunto de “*atitudes e práticas negativas*

²⁴

Disponível

em

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf.

²⁵ NEVES, Maria do Céu Patrão, *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, in «Revista Brasileira de Bioética», Vol. 2, n.º 2, 2006, p. 171.

²⁶ Cfr. MARQUES, Sibila, *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016, p. 17.

generalizadas em relação aos indivíduos baseadas somente numa característica — a sua idade²⁷”.

Apesar do carácter também estigmatizante, o certo é que esta forma de discriminação não tem merecido o mesmo destaque que outros tipos de preconceito (v.g., o racismo ou o sexismo), em relação aos quais se distingue apenas por o fator de discriminação (idade) ser universal e todos nós caminharmos para o envelhecimento.

As atitudes idadistas, como refere SIBILA MARQUES, assumem três elementos essenciais: **(i)** a tendência para olharmos as pessoas idosas como um grupo homogéneo, com características comuns; **(ii)** preconceito em relação a este grupo etário, que pode muitas vezes ser bem-intencionado e um tanto “paternalista”; e **(iii)** atos efetivos de discriminação relativamente às pessoas idosas²⁸.

Tais comportamentos discriminatórios verificam-se em variadas áreas, como o trabalho, o uso de equipamentos sociais e mesmo dentro da própria família. Todavia – e ao que aqui importa – são também muitas vezes percecionados ao nível da prestação de cuidados de saúde, nomeadamente através da: **(a)** utilização de um discurso infantil que diminui as pessoas idosas e as considera *a priori* incapazes de tomar decisões sobre a sua saúde; **(b)** assunção de que este grupo etário não deseja submeter-se a determinados tratamentos (v.g., quimioterapia ou cirurgia) sem previamente o esclarecer devidamente²⁹; **(c)** desvalorização dos sintomas da doença associando-as ao processo normal de envelhecimento³⁰; **(d)** ou mesmo, à exclusão dos mais idosos dos ensaios clínicos³¹.

Sucede que, cada vez mais, a escassez de recursos em saúde tende a impulsionar comportamentos estigmatizantes dos mais novos em relação aos mais velhos³², o que faz com que o racionamento em função da idade domine o debate em questões relacionadas com a discriminação das pessoas idosas. Procuraremos, pois, ao longo das próximas linhas refletir se a utilização da idade como critério de racionamento de cuidados de saúde – v.g., como critério da decisão clínica de suspender ou interromper tratamentos – poderá ser considerada uma prática discriminatória e, enquanto tal, censurável.

Como refere ROGER W. HUNT, o autor de “*Settings Limits. Medical Goals in a Aging Society*” assume uma postura essencialmente coletivista acerca do envelhecimento, acabando por desconsiderar o indivíduo, enquanto ser ontologicamente anterior e fundante da sociedade, e os princípios éticos reclamados pela sua condição de humano e doente³³. De facto, ao utilizar a idade como critério puro e exclusivo de racionamento, sem considerar a necessidade médica do paciente, DANIEL CALLAHAN acaba por assumir as pessoas idosas como um

²⁷ *Idem*, p.18.

²⁸ *Idem*, p. 18 e 19.

²⁹ Chamando a atenção para estas e outras formas de «ageism», WILLIAMS, Phoebe, *Age Discrimination in the Delivery of Health Care Services to Our Elders*, in «Marquette Elder's Advisor», Vol. 11, 2010, p. 18, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1554060>.

³⁰ *Idem*, p. 19.

³¹ Cfr. KOLB, G./REHMANN, N./KARBE-VOIGT, N./ WOSTMANN, B., *Are old patients not fit for clinical trials, or do clinical trials not fit to old patients? A survey in 35 pharmaceutical companies*, in «European, Geriatric Medicine», Vol. 6, n.º 4, 2015, p. 354-357. Este artigo chama a atenção para a prática de exclusão ou de sub-representação dos idosos nos ensaios clínicos, mediante a invocação de argumentos vários como a toma de medicamentos, comorbidades ou demência. Todavia, esta prática pode colocar os idosos numa situação de fragilidade através da toma de medicamentos não testados, e configurar uma prática discriminatória com exclusão de um grupo etário que implicaria um maior custo dos ensaios clínicos.

³² Cfr. NORTH, Michael S. e FISKE, Susan, *An Inconvenienced Youth? Ageism and its Potential Intergenerational Roots*, in *Psychological Bulletin*, 138, n.º 5, 2012, p. 9, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3838706/>.

³³ Cfr. HUNT, Roger W., *A critique of using age to ration health care*, in «Journal of medical ethics», Vol. 19, n.º 1, 1993, p. 20, disponível em <http://jme.bmj.com/content/medethics/19/1/19.full.pdf>.

grupo etário homogéneo e não relevar a individualidade própria de cada idoso, quando a idade cronológica não *“indica praticamente nada sobre outras considerações clínicas mais importantes, como a qualidade de vida do paciente, a recetividade de uma condição ao tratamento e aos desejos expressos do paciente e da família”*³⁴.

Na verdade, as pessoas idosas constituem um grupo heterogéneo, com características distintas e estados de saúde diversos, que não se compadece com a suspensão e interrupção de tratamentos apenas e exclusivamente pelo facto de terem atingido os 70 ou 80 anos, como DANIEL CALLAHAN parece apontar.

Pelo exposto, as políticas de saúde e racionamento não poderão recorrer a um critério de idade puro e exclusivo para acesso às tecnologias de saúde (v.g. hemodiálise) ou para suspensão e interrupção de tratamentos. Afinal, como refere o *Comité National d’Ethique Médicale* (Tunísia), *“há um princípio ético absoluto: toda a pessoa é respeitável, independentemente da sua idade, da sua saúde física e mental. A idade não pode ser um fator de discriminação”*³⁵.

VI - Conclusão

O aumento da expectativa de vida, que decorre do constante progresso tecnológico e científico, apresenta enormes desafios éticos que têm que ser repensados. A incessante busca pela longevidade e pelo retardar do envelhecimento deve levar-nos a refletir sobre os objetivos da medicina e da investigação, sobretudo numa época de acentuada escassez de recursos.

A posição de DANIEL CALLAHAN, assumida na controversa obra *“Settings Limits. Medical Goals in a Aging Society”* e em artigos posteriormente publicados, tem o inegável mérito de contribuir para esta reflexão e chamar a atenção para a inadequação da procura desmedida pelo prolongamento da vida, sem olhar a custos. Também nós, com DANIEL CALLAHAN, consideramos que a medicina e a investigação não devem enveredar por uma procura desenfreada pelo aumento da vida, mas devem assumir a morte como fazendo parte do seu curso natural, alocando recursos a outras necessidades médicas prementes e à melhoria da qualidade de vida das pessoas mais velhas.

Neste sentido, este pioneiro da bioética sublinha a importância de travar os interesses da ciência na busca da vida eterna e canalizar esses rendimentos para a promoção de uma medicina de cuidado (e não apenas curativa) que alivie o sofrimento e dê sentido e significado ao envelhecimento. Afinal, mais do que viver mais tempo, é importante viver melhor e viver com qualidade, impondo-se, por isso, melhores cuidados, nomeadamente domiciliários, paliativos e continuados.

Apesar disso, a utilização da idade como critério de alocação de recursos em saúde nem sempre acautela a especial vulnerabilidade que caracteriza as pessoas idosas e a solidariedade que essa condição reclama de todos nós enquanto cidadãos.

Ao preconizar que, atingida uma determinada idade, a medicina deveria apenas limitar-se ao alívio do sofrimento e não a uma oposição frontal à morte, acaba por pressupor que todas as pessoas que atingem o final da década de 70 ou inícios dos anos 80 fazem parte de um grupo homogéneo, isto é, um grupo que apresenta as mesmas condições de saúde, as mesmas doenças crónicas e o mesmo grau de autonomia e vitalidade.

No entanto, as pessoas idosas não fazem parte de um grupo homogéneo, mas de um grupo de pessoas com vitalidade e autonomia distintas e com necessidades médicas também diferenciadas. A idade cronológica nem sempre corresponde à idade biológica e, nessa medida, a sua utilização como critério puro e exclusivo de suspensão e interrupção de tratamentos ou acesso a tecnologias de saúde (v.g., o racionamento da hemodiálise), sem atender à necessidade médica, poderá

³⁴ *Idem*, p. 22.

³⁵ Conferida proferida pelo Prof. Béchir Hamza, Président du Comité National d’Ethique Médicale, disponível em www.comiteethique.rns.tn/ethique/CONFERENCES_ET_PUBLICATIONS/VIEILLISSEMENT.pdf.

constituir uma discriminação para com os mais velhos, não podendo ser considerado um critério legítimo de racionamento.

Efetivamente, a utilização da idade cronológica como critério puro de racionamento, sem considerar as necessidades médicas, não acautela a vulnerabilidade e solicitude reclamada pelas pessoas idosas.

Obviamente que a idade terá de ser ponderada, na medida em que faz parte da história e da narrativa do paciente, mas deverá ser ponderada juntamente com outros critérios, nomeadamente a «necessidade médica». E, perante essa necessidade médica para a preservação da vida (v.g., cuidados de urgência), não se deve negar a assistência apenas e só porque o paciente atingira a duração natural da vida e porque tais cuidados pesam no erário público. Afinal, o Estado tem a obrigação de assegurar a todos os cidadãos o mínimo de existência condigna, não podendo rejeitar cuidados de saúde elementares com base em mera contenção de custos.

Muito embora se compreenda a importância da *equidade intergeracional*, entendemos que essa equidade entre gerações não poderá deixar de ser recíproca. Assim, se os mais velhos não podem esperar da medicina a satisfação de todos os seus desejos de prolongamento indefinido da vida, por outro lado, os mais novos têm o dever de financiar um sistema de saúde que acautele os mais velhos em situações de fragilidade.

Pelo exposto, consideramos que a «idade» apenas poderá ser usada como critério de racionamento em situações específicas e excecionais e sempre conjugada com outros critérios, nomeadamente a necessidade médica.

Referências Bibliográficas:

- ANTUNES, João Lobo, *Ética e Participação Pública*, in «Nanotecnologia e o.g.m., Ciência, ética, sociedade: Actas do 11.º Seminário do CNECV», Lisboa, 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica* (Edição espanhola), 1.ª edição, Reimpressão, Barcelona, Masson, 2002.
- BISCAIA, José Luís, *Dimensão social, económica e política da bioética*, in «Bioética», Lisboa-São Paulo, Editorial Verbo, 1996.
- BOITTE, Pierre, *Éthique, justice et santé: allocation des ressources en soins dans une population vieillissante*, Catalyses Artel-Fides, 1995.
- CALLAHAN, Daniel, *Aging and the Goals of Medicine*, in «The Hastings Center Report», Vol. 24, N.º 5, 1994.
- CALLAHAN, Daniel, *Poner límites. Los fines de la medicina en una sociedad que envejece* (Trad. Assumpta Mauri Mas y José Luis Puerta López-Cózar), Madrid, Editorial Tricastela, 2004.
- CALLAHAN, Daniel, *Must We Ration Health Care for the Elderly?*, in «Journal of Law, Medicine & Ethics», Vol. 40, n.º 1, 2012.
- CALLAHAN, Daniel, *Societal Allocation of Resources for Patients with ERSD*, in «The Roots of Bioethics: Health, Progress, Technology, Death», New York, Oxford University Press, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra Editora, 2014.
- DANIELS, Norman, *Just Health – Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, 2008.
- DANIELS, Norman, *Justice, Health, and Healthcare*, in «The American Journal of Bioethics», vol. 1, n.º 2, 2001.
- HUNT, Roger W., *A critique of using age to ration health care*, in «Journal of medical ethics», Vol. 19, n.º 1, 1993, disponível em <http://jme.bmj.com/content/medethics/19/1/19.full.pdf>.
- KOLB, G./REHMANN, N./KARBE-VOIGT, N./ WOSTMANN, B., *Are old patients not fit for clinical trials, or do clinical trials not fit to old patients? A survey in 35 pharmaceutical companies*, in «European, Geriatric Medicine», Vol. 6, n.º 4, 2015.

- MARQUES, Sibila, *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016.
- NEVES, Maria do Céu Patrão, *Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas*, in «Bioética - Revista do Conselho Federal de Medicina», vol. 7, n.º 2, 1999, disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/307/446.
- NEVES, Maria do Céu Patrão, *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, in «Revista Brasileira de Bioética», Vol. 2, n.º 2, 2006.
- NORTH, Michael S. e FISKE, Susan, *An Inconvenienced Youth? Ageism and its Potential Intergenerational Roots*, in *Psychological Bulletin*, 138, n.º 5, 2012, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3838706/>.
- NUNES, Lucília, *Olhares Bioéticos para o Envelhecimento. Dos documentos produzidos pelos Conselhos de Ética*, in «Revista Ibero-Americana de Saúde e Envelhecimento», Vol. 1, n.º 2, 2015.
- SERRÃO, Daniel, *A Ética Médica e os Custos dos Cuidados de Saúde*, in «Ética em Cuidados de Saúde», Porto Editora, Porto, 1998.
- VALE, Luís Menezes do, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde : contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. III, Coimbra, 2007.
- WILLIAMS, Phoebe, *Age Discrimination in the Delivery of Health Care Services to Our Elders*, in «Marquette Elder's Advisor», Vol. 11, 2010, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1554060>.

Processo administrativo disciplinar brasileiro Brazilian disciplinary administrative process

Giovani Orso Borile¹

Marianita Filippon²

Universidade de Caxias do Sul - UCS, Brasil

SUMÁRIO: Introdução. 1 Processo administrativo disciplinar: introdução e princípios orientadores. 1.1 Histórico e surgimento do poder disciplinar. 1.2 Processo disciplinar: averiguação e punição de ilícitos. 1.3 Fases e exigências do processamento. 2 Princípios do contraditório e da ampla defesa: aspectos gerais e fundamento constitucional. 2.1 princípio do contraditório. 2.2 Princípio da ampla defesa. 3 Necessidade de defesa técnica ao acusado: divergências. 3.1 Análise esquematizada da situação posta. 3.2 Do direito à defesa técnica por advogado: entendimentos conflitantes. Considerações finais. Referências.

Resumo: A defesa técnica é necessária e deverá estar ao lado do acusado em processo administrativo disciplinar. O referido processo é o meio de averiguação e punição de faltas graves cometidas no âmbito da Administração Pública, devendo obedecer a uma série de fases, bem como aos princípios constitucionais vigentes, dentre eles o contraditório e a ampla defesa. A defesa técnica por advogado, por sua vez, é elemento indissociável da ampla defesa, o que restou ameaçado pela edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF. O presente trabalho visa demonstrar a efetiva necessidade de defesa técnica, da qual carece o acusado em processo administrativo disciplinar, buscando-se comparar dispositivos da legislação brasileira com posicionamentos doutrinários da área do direito administrativo. Busca-se demonstrar a (in) constitucionalidade da referida súmula vinculante, realizando um confronto de ideias em torno da efetiva necessidade de defesa técnica, que deveria tornar-se novamente obrigatória. Ao final, será adotada a posição mais conveniente, a fim de que se possa agir de acordo com o que prevê a Lei Maior, sem prejuízo aos direitos fundamentais do servidor público que integra o polo passivo do processo.

Palavras-chave: Processo Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Defesa técnica.

Abstract: Technical defense is necessary and should be on the side of the accused in administrative disciplinary proceedings. This process is the means of ascertaining and punishing serious misconduct committed within the Public Administration, and must comply with a series of phases, as well as the constitutional principles in force, including the contradictory and ample defense. Technical defense by a lawyer, in turn, is an indissociable element of the broad defense, which was threatened by the edition of Binding Precedent No. 5 of the STF. This paper aims to demonstrate the effective need for technical defense, which the accused lacks in administrative disciplinary proceedings, seeking to compare provisions of Brazilian law with doctrinal positions in the area of administrative law. It seeks to demonstrate the (in) constitutionality of said binding summary, making a confrontation of ideas about the effective need for technical defense, which should

¹ Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Graduando em Sociologia pela Universidade Paulista- UNIP. E-mail: goborile@ucs.br

² Possui graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. E-mail: marianitafilippon@gmail.com

become mandatory again. At the end, the most convenient position will be adopted, in order to be able to act according to the provisions of the Major Law, without prejudice to the fundamental rights of the public servant who is part of the passive side of the process.

Keywords: Administrative Process. Administrative Disciplinary Process. Technical defense.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo, de um modo geral, é uma área fascinante, além de fundamental para o “caminhar” da sociedade. Esta área é uma ramificação do Direito Público, ao qual somos vinculados, seja na área da Educação, Saúde, Finanças, Agricultura, Meio Ambiente, enfim. Esta área regula, através de princípios e normas, a atuação da administração pública, bem como as relações entre esta e seus administrados, cuja finalidade principal é a satisfação do interesse coletivo.

A administração pública, por sua vez, atua por meio de seu quadro funcional, composto por servidores públicos, os quais executam a atividade administrativa. Estes servidores, no entanto, estão sujeitos ao cometimento de atos que desrespeitem regras e normas administrativas, o que faz surgir impasses a serem resolvidos, para isso haverá a instauração de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

A instauração do processo administrativo é possível através do Poder Disciplinar, que é inerente ao Direito Administrativo e à atuação dos administradores públicos em geral. Outrossim, o processo administrativo disciplinar pode constituir-se em um modo pelo qual busca-se o aperfeiçoamento do quadro funcional, de modo que este seja capacitado e respeite as normas e os princípios impostos. Conquanto, a atitude dos servidores no exercício da função pública também é refletida no modo como é prestado o serviço à população.

O servidor, diante da condição de acusado terá o direito de se defender, sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa, ambos previstos constitucionalmente. Porém, a partir da edição da Súmula vinculante nº 5 do STF, surgiu uma discussão doutrinária a respeito da efetiva necessidade de defesa técnica ao servidor acusado. A referida súmula vinculante torna facultativa a presença de advogado nos processos administrativos disciplinares.

Pretender-se demonstrar o conceito e a finalidade do Processo Administrativo disciplinar, bem como as fases que o compõem, com a análise posterior dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como forma de ressaltar a importância de sua aplicação, com relação ao assunto.

Sabe-se que a finalidade primordial objetivada pelo Processo Administrativo Disciplinar vem a ser a averiguação de irregularidades praticadas por servidores no âmbito da administração pública. O referido Processo vem, também, com o intuito de formular meios cada vez mais adequados para proceder a este tipo de verificação, bem como de aplicar as sanções cabíveis para a prática de fatos comuns e novos que possam surgir, visando desde sempre a melhor prestação do serviço público.

Dada a importância devida à defesa técnica, caso ao servidor acusado lhe seja restrita, ocorrerá irrefutável violação à Constituição Federal (art. 5º, LV, da CF), uma vez que a defesa técnica é indispensável ao servidor acusado em processo administrativo disciplinar, pois apenas um profissional do direito pode representar habilmente o servidor público que integra o polo passivo do processo. Assim, a autodefesa não é aconselhável, uma vez que o aspecto emocional do indivíduo viria a prejudicar o seu ponto de vista racional, e conseqüentemente a sua defesa.

Ademais, é inadmissível que se trate com descaso a situação do servidor acusado, uma vez que o sustento dele e de sua família estão sendo discutidos diante do processo administrativo disciplinar contra ele instaurado. Ora, como pode a Suprema Corte contrariar garantias asseguradas constitucionalmente? Diante deste

questionamento, vê-se a importância do assunto em questão, que demonstra controvérsias entre legislação e doutrina, com relação à necessidade de defesa, por profissional do direito, ao servidor público acusado.

Por fim, busca-se, no desenrolar da pesquisa proposta, evidenciar a posição mais adequada, a fim de que se possa garantir um procedimento justo e coeso para as ambas as partes, com a constatação do dever imposto à Administração Pública em disponibilizar o direito à necessária defesa técnica acusado.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: INTRODUÇÃO E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

O Direito é uma única ciência. Seu desdobramento em áreas jurídicas se dá para que melhor se possa absorver o conteúdo. Assim, com a constante mutabilidade dos conceitos sociais se evidencia também a necessidade de aprimorar o direito, atualizar e adequar o conceito desta grandiosa área de estudo e de conhecimento.

É sabido que onde houver sociedade haverá também a presença do direito, sendo ele responsável por dirimir conflitos advindos das aglomerações humanas. Desde os primórdios, as relações entre os homens não são previsíveis, motivo pelo qual, muitas vezes fogem ao conteúdo da previsão legal. Surge, assim, a necessidade de existirem regras e mais regras que possam apresentar soluções para eventuais atritos entre indivíduos inseridos na mesma sociedade.

Nesse sentido, Schmitt³ afirma que as rápidas e constantes transformações nas relações humanas, acarretaram o aumento de conflitos, diante da contradição de interesses entre particulares. Com o passar do tempo, houve aumento da discórdia na sociedade, ainda mais por questões de divergências entre os proprietários de terras e os trabalhadores.

Diante da necessidade cada vez mais premente de imposição de certa ordem social, surgiu um poder superior ao interesse das partes conflitantes, que veio por trazer equilíbrio e paz social. Este poder é conhecido ainda hoje como Estado, e atua fortemente sobre a solução de conflitos⁴.

Com o passar do tempo a figura do Estado foi se afirmando em nosso meio social, e o sistema de composição de conflitos foi evoluindo constantemente, fazendo surgir formas de julgamento cada vez menos arbitrárias, concedendo certa estabilidade aos órgãos dessa competência, bem como às partes envolvidas nos litígios⁵.

Com relação à necessidade de imposição de regras na sociedade, vejamos o que diz Schmitt⁶:

Ao conjunto das regras abstratas é que se convencionou chamar de Direito. Evidencia-se, assim, a caracterização da existência de uma correlação entre a sociedade e o ordenamento denominado jurídico, devido à função de coordenação dos interesses existentes na vida social, objetivando a organização e a cooperação entre os integrantes do grupo e a composição dos conflitos decorrentes dos interesses divergentes.

No início da sociedade, através das primeiras aglomerações humanas, os eventuais conflitos existentes eram dirimidos através de regras criadas pelo próprio grupo social. Com o tempo, surgiram novas categorias de pessoas, novas classes sociais, e as regras então existentes não mais serviam para o fim inicialmente desejado. O Estado sobreveio como um representante do interesse coletivo, responsável por

³ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 93.

⁴ *Idem, ibidem*, p.93.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 93-94.

⁶ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 94.

garantir a ordem e a aplicação de normas. Então, para que essas normas fossem respeitadas, admitia-se inclusive o uso da força para a punição de quem as descumprisse⁷.

O Direito como um conjunto de normas criadas e impostas pelo Estado, age de modo a regular a conduta social. Este regramento se dá para que o poder público possa controlar a sociedade, de modo a fazer com que todos cumpram as leis, visando a harmonia geral da sociedade, buscando pela Justiça, que deve estar presente em todas as relações. Deste modo, tal conjunto de regras busca, através de princípios, assegurar a defesa de direitos e garantias fundamentais para todos⁸.

O operador do direito, no que tange às suas funções, tem a vida dos indivíduos nas mãos. É através dos direitos e garantias que se busca o progresso da sociedade, o bem-estar, a paz social enfim. O direito é fascinante por isso, pois decide a vida e o rumo da população, de cada indivíduo e da sociedade como um todo. Regula a vida humana em todos os seus setores. É a cruz e a espada de cada indivíduo, pois que busca punir a quem praticou ato criminoso ou irregular, bem como representa a defesa, a voz e a vez daquele que tiver o seu direito violado.

O presente trabalho se baseia especificamente em um dos ramos do Direito Público Interno, qual seja o Direito Administrativo. Esta área tem por objeto a Administração Pública, e tudo que a circunda, em qualquer das esferas de governo, seja federal, estadual, distrital ou municipal. Onde houver Administração Pública, haverá a incidência, a regulação e a atuação do Direito Administrativo.

Em um sentido mais prático, podemos dizer que o Direito Administrativo regula as relações entre a Administração Pública com os indivíduos, os quais podem ser identificados também como administrados, bem como organiza a realização dos serviços públicos, tendo em vista a satisfação do interesse comum, que é o principal objetivo da Administração Pública. A respeito disso, vejamos o que diz Bacellar Filho⁹:

O bem comum não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a administração pública não pode objetivar interesses particulares. O administrador que transgredir este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição referiu-se expressamente ao bem comum como objetivo de toda sua atividade.

O Direito Administrativo é responsável por estruturar e organizar as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com base em princípios e normas que regulam suas funções específicas. Para Hely Lopes Meirelles¹⁰, Direito Administrativo é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. De outro modo, Cretella Júnior¹¹ define o Direito Administrativo como sendo “o ramo do direito público interno que regula a atividade e as relações jurídicas das pessoas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas”.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 95.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 97-98.

⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27-28.

¹⁰ MEIRELLES, H. L.. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 40.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 24.

A esse ramo do Direito cabe, portanto, estabelecer, regular, proibir ou limitar o comportamento dos servidores, além de prever formas de punição diante do cometimento de irregularidades.

A partir de agora, se desenvolverá assunto relativo às relações entre a Administração Pública com seus administrados, que muitas vezes culmina na instauração de um processo administrativo disciplinar.

1.1 HISTÓRICO E SURGIMENTO DO PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar, assim como os demais poderes administrativos (poder vinculado, poder discricionário, poder hierárquico, poder regulamentar e poder de polícia), é considerado um “poder instrumental”, de acordo com o entendimento de Hely Lopes Meirelles¹², pois surge com a Administração Pública, ou seja, é inerente a ela, sendo utilizado durante o desenvolvimento das atividades administrativas.

Para Meirelles¹³:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

Bacellar Filho¹⁴ entende que o poder disciplinar decorre de obrigação imposta ao Estado para que se mantenha a disciplina da atividade funcional, podendo, caso seja necessário, se utilizar de meios coercitivos, desde que obedecidos os limites previamente estabelecidos.

O Poder Disciplinar surgiu por influência da Igreja Católica, através da “disciplina eclesiástica”, cuja obediência se devia em razão de um conjunto de normas existente à época, as quais não possuíam, no entanto, qualquer fundamentação jurídica¹⁵.

Foi instituído na França o *Conselho de Estado*, cuja atribuição era centralizar o poder disciplinar, onde eram realizados os julgamentos dos funcionários. Tais julgamentos, com o passar do tempo, eram utilizados como fundamentos para o *Estatuto dos Funcionários*, uma vez que a legislação existente à época não era suficiente, e sim considerada inadequada¹⁶.

No Brasil, os direitos dos funcionários, assim como as regras de disciplina no serviço público, foram consolidados a partir da Constituição de 1937, em seu artigo 156, que rezava: “O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos, já em vigor”. Após, em 1939, surgiu o Decreto-Lei nº 1.713, que dispunha acerca do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, concedendo aos mesmos a libertação¹⁷. Posteriormente surgiu a Lei nº 1.711/52¹⁸ sob o amparo da Constituição de 1967.

¹² MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 130.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 138.

¹⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

¹⁵ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 75.

¹⁶ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 76.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 76.

¹⁸ A Lei nº 1.711/52 que dispunha sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos civis da União, foi revogada pela Lei nº 8.112/90, a qual encontra-se em vigor nos dias de hoje e trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Nesse sentido, Bacellar Filho¹⁹ aponta que:

A regra constitucional assegurava a ampla defesa definida em lei ao acusado. Bem por isso, os tribunais vislumbravam como inserida na liberdade de configuração legislativa a definição do momento de se proporcionar a ampla defesa, desde que anterior à decisão final do processo administrativo.

Segundo seu estudo, Schmitt²⁰ refere:

Desde então, mesmo que de forma lenta, o assunto evoluiu através da menção nas posteriores Cartas Políticas e do aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional, regrando os direitos, os deveres e as obrigações dos servidores, desaguando na Lei Maior de 1988, que contempla a matéria e, inclusive, define questões de cunho processual, evoluindo o tema para diminuir os privilégios da Administração Pública e aumentar a segurança dos servidores.

O poder disciplinar, como se vê, existe para que a supremacia do Estado seja preservada. Assim, todos que ao Estado se vinculam, direta ou indiretamente, definitiva ou temporariamente, a ele terão de se subordinar.

Hely Lopes Meirelles²¹ refere que:

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas.

A Administração, quando se utiliza do poder disciplinar, busca inspecionar o desempenho das funções internas do ente público, visando o aprimoramento dos serviços públicos prestados. Este poder, por sua vez, aplica sanções apenas em âmbito administrativo, abrangendo tão somente ilícitos relacionados com o serviço público. Deste modo, eventuais crimes cometidos serão discutidos na esfera judicial, através do poder punitivo do Estado, o que não se confunde com o poder disciplinar aplicado na Administração Pública. “Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal”, defende Meirelles²².

Bacellar Filho²³ considera que o ilícito pode ocorrer em sentido amplo e/ou em sentido estrito. Na primeira hipótese, a ilicitude na atividade administrativa pode ocorrer através de um ato positivo, isto é, uma ação, ou de um ato negativo, ou seja, uma omissão, as quais deverão estar em desacordo com o regramento legal, ou então devem estar em contrassenso com a ética e a moral que servem de comandos para a conduta administrativa. Já em sentido estrito, o ilícito administrativo causado por uma ação ou por uma omissão, se dá estritamente no exercício de cargo público desde que ofenda um conjunto de deveres impostos.

¹⁹ BACELLAR FILHO, R.C.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

²⁰ SCHMITT, *op. cit.* p. 77.

²¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 138.

²² *Idem*, *ibidem*, p. 139.

²³ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

Assim, as condutas que não estiverem de acordo com o regramento e normas impostas deverão ser apontadas, do contrário supõe-se a conivência da autoridade competente.

Schmitt entende que o Poder Disciplinar possui duplo caráter, o preventivo e o repressivo, isto é, tem o intuito de prevenir a prática de novos atos, bem como punir o servidor pela respectiva prática irregular. Afirma, ainda, que este poder trata de questões atinentes à Administração Pública internamente, tomando como base as determinações estatutárias, as quais delimitam a atuação dos servidores, de modo a estabelecer-lhes deveres e proibições, fazendo valer a hierarquia devida ao superior hierárquico²⁴.

De outro modo, no que se refere à hierarquia, a disciplina do servidor com relação ao superior hierárquico não deve ser absoluta, vez que a relação jurídica caracterizada é limitada às responsabilidades assumidas pelo primeiro, de acordo com as necessidades do ente público, ao qual estiver vinculado²⁵.

Sem a hierarquia o direito não teria campo de atuação. Cretella Júnior²⁶, expõe que a *hierarquia administrativa* é considerada pedra angular do Direito Administrativo e, especialmente, do Direito Administrativo Disciplinar, dada a importância de seu papel nesta área.

Levando-se em consideração o que acaba de ser exposto, há de se ressaltar, conforme Cretella Júnior²⁷, que “hierarquia, disciplina, ordem, obediência e administração constituem um mesmo bloco de ideias afins sem as quais o Direito Administrativo e o Direito Administrativo Disciplinar perderiam sua razão de ser”. Verifica-se que o Direito Administrativo é dependente de diversos fatores, como os que acabamos de mencionar. Portanto, a violação a qualquer destes fatores, constitui ofensa ao poder disciplinar.

1.2 PROCESSO DISCIPLINAR: AVERIGUAÇÃO E PUNIÇÃO DE ILÍCITOS

Tempos atrás, a criação e posterior imposição de regras pelo ente estatal faziam supor a harmonia social e a inexistência de controvérsias na sociedade. Os particulares, então, começaram a se valer da Jurisdição, advinda da justiça pública, se utilizando do processo²⁸ como instrumento para obter a manifestação do Estado acerca dos conflitos. Na seara do direito administrativo, os processos administrativos surgem a partir de meros procedimentos administrativos, os quais deverão possibilitar sempre o contraditório e a ampla defesa²⁹, fazendo valer o que preconiza a Constituição Federal de 1988³⁰.

Bacellar Filho³¹ afirma que:

A opção constitucional pelo “processo administrativo” ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da

²⁴ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 81.

²⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 81.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79-80.

²⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 81.

²⁸ “Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”. (MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 774.)

²⁹ Art. 5º da Constituição Federal, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

³⁰ BACELLAR FILHO, R.F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 51.

exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna. [...]

O Processo Administrativo Disciplinar, também chamado de “*inquérito administrativo*”³² é utilizado para a verificação de irregularidades eventualmente praticadas pelos que se vinculam à Administração Pública, com a consequente e respectiva punição administrativa. Nesse sentido, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 148³³ define o processo disciplinar, como sendo um instrumento que se destina à apuração de responsabilidades por infrações funcionais.

Interessante ressaltar a Lei nº 9.784 de 1999, a qual dispõe, no *caput* do seu artigo primeiro³⁴, acerca dos objetivos visados pelo Processo Administrativo Disciplinar. Já o artigo segundo³⁵ da referida lei diz respeito aos princípios que devem ser observados, durante o tramite do processo.

Por meio do Processo Disciplinar, busca-se manter o controle das relações entre a Administração e seu quadro de servidores, devendo ocorrer sempre que a Administração se ver obrigada, diante de grave conduta faltosa do servidor, a aplicar-lhe uma das sanções disciplinares previstas em lei³⁶.

Nas palavras de Cretella Júnior³⁷:

Processo administrativo disciplinar ou simplesmente processo disciplinar é o capítulo do direito administrativo,

³² MOREIRA NETO, D. F.. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 325.

³³ Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

³⁴ Art. 1º. Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

³⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 583.

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82-83.

extraordinariamente vasto e importante, que consiste no conjunto ordenado de formalidades a que a Administração submete o servidor público (ou universitário) que cometeu falta grave atentatória à hierarquia administrativa.

Diogenes Gasparini³⁸ defende que dois são os fundamentos que possibilitam a instauração de Processo Administrativo Disciplinar quando necessário, quais sejam: a) fundamento constitucional, o qual garante a observância dos princípios constitucionalmente previstos, como o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, por exemplo; b) e o fundamento legal, que vem a ser o Regimento Jurídico dos Servidores de determinado ente público. Cita-se a título de exemplo a Lei nº 9.784 de 1999, para os servidores públicos federais.

A finalidade do Processo Administrativo Disciplinar, de acordo com Gasparini³⁹ é apurar as infrações cometidas, e não necessariamente aplicar as sanções, pois que durante o processo o acusado poderá ser absolvido. Isto é, a partir da produção de provas pode-se constatar a absolvição do servidor acusado, não sendo necessário seguir com o processo.

A autoridade competente, por sua vez, constatada a atitude faltosa tem a obrigação de instaurar processo administrativo disciplinar, ou, caso não seja de sua alçada, encaminhar à autoridade competente para que o faça. Contudo, tem-se que a finalidade primordial do referido processo é manter o controle das ações dos servidores, de modo a primar pela boa prestação dos serviços públicos, até mesmo para que se preserve o princípio da eficiência previsto em nossa Carta Magna⁴⁰.

O Processo Administrativo Disciplinar se mostra necessário, ainda, através de outros dispositivos legais⁴¹, como o artigo 41, §1º, II da Carta Magna⁴², que prevê a demissão de servidor estável apenas através da instauração de Processo Disciplinar.

Outra exigência está exposta no artigo 146 da Lei nº 8.112 de 1990⁴³, sendo obrigatória a instauração de Processo Disciplinar quando as penalidades aplicadas aos servidores forem superiores a 30 (trinta) dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou então quando da destituição de cargo em comissão.

³⁸ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1007.

³⁹ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1008.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 1008.

⁴¹ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711-712.

⁴² Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidez por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

⁴³ Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

Um último dispositivo importante a ser citado é o artigo 100 do Decreto-lei nº 200⁴⁴, o qual dispõe acerca da obrigatoriedade de instauração de Processo Disciplinar para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, quando o mesmo for ineficiente ou desidioso no desenvolvimento das atividades relacionadas ao seu cargo ou à sua função.

A intenção da Administração, portanto, é manter a qualidade dos serviços prestados, a fim de atingir o seu objetivo principal, qual seja, a satisfação do interesse público. À Administração não cabe, no entanto, julgar práticas criminosas do servidor acusado, o que seria discutido pela via judicial, mas apenas reprimir a conduta irregular do acusado e prevenir a prática repetitiva de determinados atos, em âmbito administrativo somente.

A realização deste controle será possível através da observância de normas e princípios aplicáveis. De acordo com a Controladoria-Geral da União⁴⁵, durante o processo, não basta seguir apenas os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁴⁶, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há de se observar, ainda, princípios que atingem a esfera pessoal de cada indivíduo, dos quais os mais importantes serão analisados a seguir.

a) *devido processo legal*: Sobre este princípio, se fundam todos os demais. Trata-se do princípio basilar do processo administrativo. Está previsto na Constituição Federal⁴⁷, e garante o direito ao processo regular, mediante o qual serão apurados fatos, consequências e possível culpa do acusado, a quem será sempre garantida a manifestação, para que possa defender-se acerca de qualquer afirmação ou fato que lhe seja imputado. Para que isto ocorra, Schmitt⁴⁸ pondera que:

Na processualidade administrativa disciplinar, embora a supremacia do interesse público e da realidade da existência dos direitos fundamentais do cidadão, no caso específico do denunciado, impõe-se proporcionar ao servidor, nesta situação, o tratamento de igualdade com a Administração Pública.

b) *contraditório e ampla defesa*: Por hora, este princípio será apenas citado, pois será abordado em capítulo específico, dada sua importância para o desenvolvimento do presente trabalho, considerando o tema proposto;

c) *formalismo moderado*: Segundo este princípio, os atos a serem utilizados serão apenas e tão somente os necessários para a apuração dos fatos e da culpa, sendo dispensadas formas rígidas no que tange ao procedimento. Segundo Odete Medauar⁴⁹:

[...] Na verdade, o *princípio do formalismo moderado* consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório

⁴⁴ Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.

⁴⁵ MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015, p. 14-19.

⁴⁶ Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: [...]

⁴⁷ Art. 5º, inciso LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁴⁸ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 137-138.

⁴⁹ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 187.

e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

d) *verdade real*: Segundo este princípio, cabe à Comissão o dever de realizar a apuração da verdade material pela forma que achar necessária, por meio de provas, por exemplo. Medauar⁵⁰, nesse sentido, afirma que a Comissão processante “para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos”;

e) *presunção de inocência*: Através deste princípio, o acusado, até o momento da decisão, na qual se comprove a culpa, será considerado inocente. Trata-se, pois, de adequação ao Processo Administrativo do previsto no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”;

f) *motivação*: Através deste princípio, tem-se que os atos da Administração Pública deverão ser motivados, isto é, deverão ser justificados, uma vez que implicam sobre concessão ou restrição de direitos dos cidadãos. “O princípio da obrigatória motivação impõe à Administração Pública o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato [...]”⁵¹.

A observância aos princípios mencionados faz com que se preserve os termos da Constituição Federal, além de efetivar os direitos e garantias por ela assegurados. De outro modo previne a atuação arbitrária das autoridades, no que tange ao modo pelo qual deve-se processar caso a caso. Assim, o processo administrativo disciplinar será conduzido de modo a garantir a apuração coerente dos fatos e uma decisão justa ao acusado, bem como para o ente, ao qual estiver vinculado.

1.3 FASES E EXIGÊNCIAS DO PROCESSAMENTO

Todo o processo administrativo obedecerá a certa ordem de execução, a qual chama-se de procedimento. O procedimento é formado por fases, através das quais a questão objeto do processo vai se dirimindo. No caso do processo disciplinar, apenas uma das possibilidades de se instaurar um processo na administração pública, não seria diferente. Será abordado a partir de agora, uma a uma das fases deste processo.

A Lei nº 8.112 de 1990, em seu artigo 151⁵², estabelece quais são as fases a serem obedecidas, quais sejam: instauração, inquérito e julgamento.

Embora a legislação federal, de um modo geral, preveja apenas três fases para que o processo administrativo se desenrole, Di Pietro⁵³ entende que o processo administrativo disciplinar deverá ocorrer de modo a obedecer às seguintes fases:

a) *instauração*: esta é a fase inicial de todo o processo. A instauração será determinada por despacho de autoridade competente, tão logo esta obtiver ciência da prática irregular. Com a atuação do processo e com o encaminhamento do mesmo à comissão disciplinar, esta instaurará o processo por meio de portaria, na qual conste o nome dos envolvidos, a infração em que incorreram, juntamente com uma breve descrição dos fatos e apontamento dos dispositivos legais atingidos⁵⁴. Cretella Júnior⁵⁵, por sua vez, não considera a instauração uma fase do

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 187.

⁵¹ MAZZA, A.. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 124.

⁵² Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento.

⁵³ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712-713.

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 712.

processo. Segundo ele, o processo administrativo disciplinar deve se desenvolver em quatro fases apenas, quais sejam, instrução, defesa, relatório e julgamento. Ao contrário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a considera a primeira fase (instauração), Cretella Júnior entende se tratar apenas da apuração dos fatos, não sendo considerada uma fase, visto que, pelo seu próprio entendimento, é anterior ao processo;

b) *instrução*: Di Pietro afirma que esta fase se realiza com fulcro nos princípios da Oficialidade e do Contraditório. O primeiro leva a comissão a iniciar a fase instrutória, no sentido de proceder à realização de provas, quantas forem necessárias, para o desenvolvimento do processo. Já o segundo princípio disponibiliza ao acusado a oportunidade e o direito de ter conhecimento dos fatos alegados contra ele⁵⁶. Cretella Júnior⁵⁷ denomina esta fase de instrução ou inquérito. Segundo ele, é nesta fase que a Comissão deve reunir todos os elementos relativos à falta e ao servidor responsável por ela. O doutrinador, ainda, aponta que o prazo, no qual deverá se desenvolver o inquérito é de trinta a sessenta dias, e que em caso de força maior o referido prazo poderá ser prorrogado por mais trinta por iniciativa da autoridade, cuja ordem determinou a instauração do processo;

Di Pietro⁵⁸ explica que:

A citação do indiciado deve ser feita antes de iniciada a instrução e acompanhada de cópia da portaria para permitir-lhe pleno conhecimento da denúncia; além disso, é permitido a ele assistir a inquirição das testemunhas e reperguntar às mesmas, por intermédio da comissão, devendo comparecer acompanhado do seu defensor.

c) *defesa*: neste momento será concedido vistas do processo ao acusado, o qual tem garantido o direito ao contraditório, podendo manifestar-se em defesa⁵⁹. De maneira clara e sucinta, Cretella Júnior⁶⁰ explica que “defesa é o conjunto de argumentos que o indiciado reúne a seu favor, complementados por documentos e testemunhas”. Afirma que o prazo para a manifestação da defesa dependerá do que estiver fixado no Estatuto dos servidores, de acordo com o ente federativo ao qual estiver envolvido (União, Distrito Federal, Estado ou Município);

d) *relatório*: é o momento no qual a comissão opina a respeito do caso, pela absolvição ou não do acusado, indicando todos os meios de prova utilizados, bem como o que foi constatado. O relatório será encaminhado à autoridade competente, que poderá aceitar ou não os termos expostos, podendo julgar de forma diversa, caso entenda cabível⁶¹. Bacellar Filho⁶² afirma que “[...] o relatório é peça-chave do ‘processo disciplinar’: a autoridade julgadora somente poderá dele divergir se contrário à prova dos autos (art. 168⁶³ da Lei n. 8.112/90) ”;

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

⁵⁶ DI PIETRO, *op. cit.* p. 712.

⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.* p. 84-85.

⁵⁸ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁵⁹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712.

⁶⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

⁶¹ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁶² BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 294.

⁶³ Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

e) *decisão*: esta é a última fase do processo, na qual a autoridade competente decide, de acordo com o princípio da legalidade, se acolhe ou não o relatório da Comissão, absolvendo ou aplicando a penalidade ao servidor acusado. Deverá ser realizado exame exaustivo do processo, a fim de ser verificada sua legalidade por meio da autoridade julgadora, através do qual poderá até ser declarado nulo⁶⁴.

Conforme se pôde perceber, de acordo com as fases acima expostas, o Processo Disciplinar deverá ser conduzido por uma Comissão Disciplinar. Segundo Di Pietro⁶⁵, a instauração da referida comissão é fundamental, pois visa garantir a imparcialidade durante a instrução processual, uma vez que a mesma é considerada órgão estranho à relação dos envolvidos.

A comissão, com base na Lei Federal nº 8.112/90, art. 149⁶⁶, deverá ser composta por servidores estáveis, três no total, os quais serão designados pela autoridade competente, devendo conduzir o processo de forma independente e imparcial, conforme dispõe o art. 150⁶⁷ da mesma lei.

Em se tratando da aplicação de sanções, o administrador o fará de forma discricionária, uma vez que esta competência não é vinculada a previsão legal. Será aplicada a punição de acordo com critérios achados cabíveis em consonância com a falta cometida, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência segundo entendimento da autoridade competente. Assim, o superior hierárquico tem o poder-dever de aplicar a pena disciplinar ao subordinado, sempre que este último incorrer em alguma irregularidade apurada através de Processo Administrativo Disciplinar⁶⁸.

A Lei nº 8.112, em seu art. 127⁶⁹, prevê seis formas de punição, desde a simples advertência até a pena de demissão. O art.128⁷⁰ da mesma lei expõe que, serão levados em consideração, para a aplicação da penalidade, fatores como a natureza e a gravidade da infração, os danos que sobrevierem para o serviço público e, ainda, as circunstâncias relativas ao servidor acusado.

Importante salientar que a discricionariedade concedida ao superior hierárquico não deve ser confundida com a arbitrariedade nas decisões. Para que isso não ocorra,

⁶⁴ DI PIETRO, *op. cit.* p. 713.

⁶⁵ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 712.

⁶⁶ Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. § 1º A Comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.

§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.

⁶⁷ Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.

Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.

⁶⁸ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 139-140.

⁶⁹ Art. 127. São penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

⁷⁰ Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

deverá se observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conforme se verá logo mais.

Como vimos no parágrafo único do artigo 128 da Lei nº 8.112/90, acima exposto, a imposição de sanção disciplinar deverá, sempre, ser fundamentada, obedecendo ao princípio da motivação. Neste momento o administrador deverá expor os motivos e os fundamentos pelos quais impôs determinada penalidade ao acusado. Portanto deve-se obedecer a exigência da lei em evidência, caso contrário a pena será considerada inválida⁷¹.

Há de se dizer que, além do processo administrativo disciplinar, a Administração Pública pode se utilizar ainda de meios sumários como forma de apuração de irregularidades, quais sejam a Sindicância e a Verdade Sabida, reservada a inconstitucionalidade deste último. Estes meios sumários, embora não sejam objetos do estudo aqui proposto são também defendidos por Di Pietro⁷².

Gasparini⁷³ alerta que os institutos da *verdade sabida* e do *termo de declaração*, embora previstos em nosso ordenamento jurídico, em algumas leis esparsas, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual eventual utilização destes meios será considerada nula, vez que contraria o texto da Lei Maior, mostrando-se inconstitucional, portanto.

Estes dois institutos, são meios pelos quais aplicava-se as penalidades. O primeiro, *verdade sabida*, consiste no conhecimento pessoal do superior hierárquico no que tange ao ato infracional, o que lhe concedia a possibilidade de aplicar a pena de forma direta. Já através do *termo de declaração*, o autor que incorreu em infração confessava-se através de declaração expressa em termo. Mesmo assim, ou seja, mesmo que o superior tenha conhecimento da prática irregular, ou então, mesmo que o servidor confesse a infração lhe é assegurado o direito ao devido processo legal e o direito à defesa, conforme bem preceitua nossa Carta Magna⁷⁴.

Destaca-se, portanto, que todo o cuidado é pouco no que tange à apuração de ilícitos, para que se observe os princípios já mencionados, para que se cumpra os preceitos da Constituição Federal e para que a aplicação de sanções não ocorra de forma arbitrária e infundada.

2. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA: ASPECTOS GERAIS E FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Os princípios exercem importante papel no âmbito do direito, uma vez que alvitram o entendimento dos institutos legais e jurídicos.

Por ocasião da instauração de um processo administrativo disciplinar se torna necessário observar os princípios existentes em nosso ordenamento jurídico. No capítulo anterior foram elencados os princípios mais importantes para a instauração do referido processo. Dentre eles, mencionamos os princípios do contraditório e da ampla defesa, assunto principal a ser debatido a partir de agora.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos constitucionalmente (art. 5º, inciso LV)⁷⁵. A Constituição Federal de 1988, também é conhecida como Constituição Cidadã, por trazer muitas benesses à população brasileira, como a garantia de direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de uma garantia constitucional fundamental aos litigantes, seja em processo judicial, ou em processo administrativo.

A existência de princípios, de um modo geral, é fundamental para a formação do sistema constitucional, uma vez que possuem caráter interpretativo e integrativo

⁷¹ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 141.

⁷² DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 711.

⁷³ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1008.

⁷⁴ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1024.

⁷⁵ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

com relação ao texto da Constituição. Os princípios, portanto, funcionam como elos de ligação entre as regras constitucionais⁷⁶.

Acerca dos princípios constitucionais, para que se possa obter melhor entendimento sobre os mesmos, importante destacar o exposto por Bacellar Filho⁷⁷, no seguinte sentido:

Os princípios constitucionais possuem marca distintiva, embora atuem conjugadamente, complementando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Tudo porque se assentam em *base antropológica comum*: a dignidade da pessoa humana. Em sua interação recíproca, ocorrem *deslocações compreensivas*, ou seja, modificações no entendimento do conteúdo de um princípio podem produzir reflexos na compreensão de outro.

Marcos Porta denomina-os de “princípios instrumentais-constitucionais concretizadores do devido processo legal administrativo”. O autor entende que o devido processo legal possui relevante abstração jurídica, e que por isso somente se efetiva a partir da aplicação do contraditório e da ampla defesa⁷⁸. Já Lúcia Valle Figueiredo⁷⁹ engloba os princípios em comento em um único termo, qual seja, *amplo contraditório*.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰, uma vez que os princípios em comento estejam previstos no texto da Constituição Federal de 1988, entende que:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Os princípios devem ser interpretados de modo eficiente, a fim de efetivamente colaborarem com a correta aplicação das normas conferindo, assim, certa e suficiente consistência nas decisões, de modo a elidir qualquer interpretação equivocada ou imprecisa⁸¹.

João Carlos Schmitt⁸² refere que três são os princípios fundamentais do processo disciplinar, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. A falta de observância de um destes três princípios descaracteriza os dois restantes. Dada a importância de tais princípios, o autor reforça a necessária presença dos mesmos

⁷⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 155.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 156.

⁷⁸ PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 116.

⁷⁹ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 432-433.

⁸⁰ DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.115.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p.116.

⁸² SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 145.

em todos os momentos processuais. Assim, importante expor entendimento do autor:

Em cada uma das fases do processo instaurado, deve se fazer presente de forma insofismável o contraditório e a ampla defesa, com todas as condições como indispensáveis para a concretização de cada um deles, na condição de suportes do devido processo legal, todos interagindo entre si⁸³.

A seguir, para que melhor se compreenda a relevância dos princípios em questão, é interessante proceder à análise em separado, o que se passa a fazer.

2.1 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O que seria da humanidade se todos fossem fadados a aceitar um único pensamento, uma única ideia ou uma única decisão? Aos indivíduos cabe o direito de contradizer, de apresentar argumentos para desdizer um pensamento, uma ideia ou então uma decisão. Aí está o contraditório, tão comum em nosso dia a dia, existente em todas as relações, inerente ao ser humano, muito antes de ser reconhecido juridicamente.

No âmbito do direito, a verdade pressupõe a existência de ideias contrapostas, pois não pode ser simplesmente adquirida. Nesse sentido, a superação da dúvida, a partir do julgamento, se dá graças à apreciação de teses contrárias. Tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro o processo representa muito mais do que o interesse particular, pois o deslinde da ação (da dúvida) interessa muito mais à coletividade. Para tanto, é incabível que se forme uma verdade que atinja a todos sem antes existir o confronto de interesses⁸⁴.

O contraditório se trata da intenção de convencer o julgador, bem como a parte contrária, que até então só conhece a própria verdade, de que existe um outro modo pelo qual se pode vislumbrar determinada situação. Trata-se da proposta de repensar a ideia alheia ou a própria, tendo em vista que um pensamento, assim como uma ideia ou uma decisão não pode ser estanque. O pensamento muda, a verdade muda e as circunstâncias também.

O contraditório caracteriza-se, pela “necessidade de informar e possibilidade de reagir”. Isto é, a *necessidade de informar* se caracteriza pelo dever das partes de trazer para o processo as versões dos fatos, as alegações e os argumentos que lhe aprouverem. A *possibilidade de agir*, por outro lado, vem a ser o direito de defesa de que gozam, igualmente, as partes, tendo em vista que poderão se manifestar em contrário, um sobre as alegações do outro⁸⁵.

Bacellar Filho⁸⁶ conclui que o contraditório utiliza como método o diálogo, sem o qual não há confronto de pensamentos. Contrariamente, o monólogo é um limitador de perspectivas, pois que incita a formação de um juízo fechado e provavelmente estático.

⁸³ SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236.

⁸⁵ PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003, p. 116.

⁸⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237.

Odete Medauar⁸⁷ entende que “o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios, ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem”. Tal princípio é necessário para a caracterização do próprio processo, de modo que uma parte deva aceitar a manifestação do direito da outra. Resta claro que o contraditório e a ampla defesa se inter-relacionam⁸⁸.

Odete Medauar aponta alguns importantes elementos emanados do contraditório. O primeiro elemento vem a ser a *Informação geral*, que confere às partes o direito de obterem ciência dos fatos que estejam sendo alegados ou levados ao processo em qualquer momento, bem como o direito a ter vistas dos documentos juntados, das provas e de quaisquer dados relativos ao caso. Como segundo elemento considerado pela autora tem-se a *Ouvida dos sujeitos*, considerado assim o direito de manifestação das próprias razões, contradizendo os fatos e os argumentos da parte contrária. O terceiro e último elemento apontado pela autora é a *Motivação*, o qual corrobora para que a Administração possa demonstrar o momento certo que determinado fato ou determinada alegação influenciou na decisão final, ou seja, tal elemento, segundo a autora, reforça a legalidade e a transparência dos atos da Administração Pública, o que facilita o controle sobre as decisões⁸⁹.

Bacellar Filho⁹⁰ afirma que:

Com efeito, o contraditório imprime bilateralidade ao instrumento processual, acarretando a contraposição dinâmica entre as partes envolvidas (autor-réu, acusador-acusado). A expressão “partes” envolvidas denuncia a essência do contraditório. São partes porque ambas não detêm a verdade processual. Parte é quem emite uma opinião no processo: juízo incompleto, fragmentário, carecedor de contraposição. Ainda aqui, tem-se uma visão incompleta. A autoridade julgadora também participa deste diálogo quando controla e direciona a atividade processual.

A bilateralidade, em relação ao processo administrativo disciplinar, será efetivada pelo envolvimento das seguintes partes: administração x servidor acusado. Nesse sentido, Bacellar Filho⁹¹ assegura que:

Em razão do contraditório, o servidor, colocado em confronto com a administração no exercício da competência disciplinar, detém *status* ativo no processo. A acusação da administração constitui juízo de opinião que, confrontada com a opinião do acusado, dará ensejo à decisão administrativa. A acusação configura, então, juízo parcial e relativo.

Schmitt⁹² refere que a aplicação do contraditório se resume a:

Possibilitar a visão de um mesmo assunto de diferentes posições e permitir argumentações diversas, discernindo justamente na defesa das posturas em contrário, fazem com que ao julgador seja facilitada a tarefa de aplicação das

⁸⁷ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 182.

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 183.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 183 e 184.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 243-244.

⁹² SCHMITT, J.C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146-147.

normas concernentes ao tema sob exame, de forma mais adequada, devendo resultar numa decisão justa.

Vê-se que a efetiva observância do contraditório será possível se antes existir diálogo entre as partes, importante para o adequado deslinde da controvérsia, com vistas a uma decisão final justa.

O contraditório tem íntima relação com o princípio da igualdade, uma vez que a todos os indivíduos cabe o direito ao acesso à justiça e que a condição financeira do denunciado ou demandado não deve interferir na concessão ou na privação desse direito⁹³.

Com muito esforço, além da seara judicial, o contraditório foi abarcado também pela Administração Pública. Este avanço se deu graças ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o princípio da igualdade, como aborda Schmitt⁹⁴. Afinal, são partes no processo administrativo disciplinar de um lado o servidor demandado e de outro a própria Administração Pública.

Conforme expõe Schmitt⁹⁵:

De igual forma, como nos processos que correm no judiciário, a pretensão do contraditório no Processo Administrativo Disciplinar é o de estabelecer um diálogo entre o servidor denunciado e o Estado, apresentando aquele visão do fato de prisma diferente do ponto de vista da Administração Pública, colaborando assim com o esclarecimento dos eventos vinculados ao assunto sob exame, na expectativa de um julgamento em que sejam levadas em consideração todas as versões dadas a conhecer.

Bacellar Filho⁹⁶, afirma que:

A finalidade do contraditório no processo administrativo disciplinar não difere daquela prevista pelo processo judicial: proteger a capacidade de influência dos sujeitos processuais (administração/servidor acusado ou litigante) na formação do convencimento do órgão julgador. [...]

Com base nos entendimentos acima expostos conclui-se que é necessária a aplicação do contraditório com vistas a evitar qualquer arbitrariedade por parte do órgão julgador, que no caso de processo administrativo disciplinar, é a própria Administração Pública. Esta não deve se utilizar da soberania que lhe é inerente a fim de intimidar o acusado, ou impedir-lhe o direito de manifestação.

A aplicação do contraditório é possível apenas levando-se em consideração a igualdade que deve ser dispensada às partes, ou seja, estas devem gozar da igualdade de oportunidades no que tange ao processo administrativo disciplinar que as envolve.

Bacellar Filho⁹⁷, com relação à distinção entre o processo judicial e o administrativo, explica que “mais do que uma relação jurídica entre os sujeitos processuais e, portanto, regrada pelo direito, o contraditório visa equilibrar as ‘forças’ de cada polo da relação. O autor, ainda, assegura que “a efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária. Onde o contraditório é

⁹³ SCHMITT, J.C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 147.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 148-149.

⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 149.

⁹⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

⁹⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 249.

efetivo, a defesa é obrigatória. O diálogo é imposto, mesmo na omissão da parte acusada, em face da indisponibilidade do direito material”⁹⁸.

Verifica-se, que o contraditório exerce papel social, uma vez que às partes cabe o direito de alegar as próprias razões, possibilitando ao julgador o necessário para decidir, de modo a absolver ou condenar o acusado. Se resultar na condenação, será imposta ao acusado, portanto, a sanção. O poder sancionatório, por fim, demonstra, seja pela Administração Pública ou pelo Judiciário, a busca pelo justo, pela efetiva repressão de ilícitos, isto é, a busca pela justiça, não somente entre as partes envolvidas, para que esta reflita à coletividade⁹⁹.

Moreira Neto¹⁰⁰ defende que o contraditório deve servir para a proteção dos direitos e, acima disso da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, o contraditório “[...] é, assim, o instrumento de *garantia constitucional* imprescindível da observância de uma extensa gama de *liberdades e direitos fundamentais*”, aos quais deverá se garantir a inviolabilidade.

O contraditório deve estar presente em todos os momentos, em todas as fases processuais¹⁰¹. Entende-se, portanto que a efetiva concessão do contraditório ao acusado inicia com a citação do mesmo, momento em que é informado de que atua em processo administrativo disciplinar, ficando intimado para que produza sua defesa. A respeito disso, a Lei nº 9.784 de 1999, em seu artigo 26¹⁰², regula a maneira como a Administração Pública deve proceder à intimação do servidor acusado. De outro modo, o artigo 28¹⁰³ da mesma lei impõe o dever de defesa ao acusado, cujo interesse em permanecer no cargo é atingido diante da instauração de um processo administrativo disciplinar.

Para que o contraditório seja efetivamente concedido, há de se obedecer ao direito à defesa do acusado. Nesse sentido, para o direito de defesa se perfectibilizar é indispensável o cumprimento da fase probatória no processo administrativo disciplinar. Assim, a prova é de extrema relevância para o desenvolver do processo administrativo. A produção de provas tem, segundo Bacellar Filho¹⁰⁴, dois sentidos: 1) exterioriza o papel das partes, que buscam demonstrar a verdade ou a

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 250.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 251.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92.

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 252.

¹⁰² Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1º A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

¹⁰³ Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276-277.

inverdade dos fatos; 2) contribui para a formação do convencimento do juiz, que ensinará a decisão.

O contraditório deve estar presente, como já mencionado, em todas as fases do processo administrativo. Na fase do relatório, mais especificamente, tal princípio resta demonstrado na motivação que deve conter as alegações finais do ente público (órgão acusador). A referida motivação, referenciada pela Lei nº 8.112/90 em seu artigo 165¹⁰⁵, proporcionará a oportunidade de defesa do acusado, como refere Bacellar Filho¹⁰⁶, o qual ainda lembra que “[...] o contraditório vai além da oportunidade de ser ouvido antes da decisão final, para constituir-se na oportunidade de influir no *inter* formativo do convencimento do julgador”¹⁰⁷.

Di Pietro¹⁰⁸ entende que o contraditório é inseparável do direito à defesa, pois “é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta”. A união destes dois princípios (contraditório e ampla defesa) faz supor o conhecimento das alegações por parte do servidor acusado, com a consequente manifestação em defesa bem como a participação em todas as fases do processo que lhe for pertinente.

Por fim, há de se ressaltar que o art. 3º da Lei nº 9.784/99¹⁰⁹, obedecendo aos princípios do contraditório e da ampla defesa, prevê quais são os direitos dos administrados envolvidos em processo administrativo disciplinar. Lhes é garantido desde a ciência da tramitação do processo até o direito a defesa técnica (ainda que de forma facultativa)¹¹⁰.

2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 garante, juntamente com o contraditório, o direito à ampla defesa, tão importante quanto o primeiro. Bacellar Filho¹¹¹ arrisca dizer que a origem desse direito é divina, uma vez que até Deus, antes de expulsar Adão do paraíso, deu-lhe a oportunidade de defesa, ouvindo-o.

Trazendo esta ideia para o sistema jurídico hoje, o direito à ampla defesa encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, inciso LV, bem como nos artigos 41¹¹² e 247¹¹³ da Carta Magna.

¹⁰⁵ Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

¹⁰⁶ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 294.

¹⁰⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 295.

¹⁰⁸ DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 704.

¹⁰⁹ Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

¹¹⁰ DI PIETRO, *op. cit.* p. 705.

¹¹¹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 302.

¹¹² Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso.

De acordo com o apontado por Bacellar Filho¹¹⁴, o direito constitucional à ampla defesa pôde ser considerado como o ponto de partida para a admissão do regime processual de sanções vigente, adequado ao atual estado democrático de direito. Assim, não deve ser considerado como um direito qualquer, pois que se trata de um direito fundamental, independentemente da existência de leis infraconstitucionais que o disciplinem, ficando a Administração Pública vinculada à sua aplicação¹¹⁵.

Medauar¹¹⁶, ao iniciar seu debate acerca do princípio da ampla defesa, lembra a época em que a vontade do soberano prevalecia, o que era capaz de retirar a vida e os bens de qualquer indivíduo. Isso demonstra um caminho árduo que vem sendo percorrido, a fim de se considerar a dignidade da pessoa humana e os direitos a ela inerentes. Pode-se dizer assim que as trevas ficaram no passado e que a realidade brasileira hoje é totalmente inversa, diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o *direito de defesa* é uma das garantias fundamentais.

Segundo o entendimento de Medauar¹¹⁷, o direito de defesa “tem o sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medidas, condutas, decisões, declarações, vindos de outrem”. Nesse sentido, a Carta Magna menciona a ampla defesa de modo a substanciar a sua importância e melhor garantir a sua observância.

Medauar¹¹⁸ aponta alguns desdobramentos atinentes ao princípio da ampla defesa. O primeiro trata-se do *Caráter prévio da defesa*¹¹⁹, segundo o qual a defesa deve ser anterior à tomada da decisão final, como regra. Excepcionalmente, segundo a autora, admite-se a apresentação da defesa posteriormente à decisão, o que ocorre em casos que envolvem risco de vida e segurança da população.

O segundo desdobramento é o *Direito de interpor recurso administrativo*¹²⁰, que se encontra previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXXIV, alínea a¹²¹ que trata do direito de petição, tendo perfeito respaldo no princípio da ampla defesa, cuja observância é obrigatória.

Coincidência ou não, o terceiro (e importantíssimo) desdobramento apontado pela autora é a *Defesa técnica*¹²², ponto que será debatido exaustivamente no próximo capítulo. Trata da defesa realizada pelo advogado da parte interessada.

O quarto desdobramento é o *direito à notificação*¹²³, com a necessária inserção no texto dos fatos e da base legal em que se fundamenta, vinculando ainda o *direito*

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

¹¹³ Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 304.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹¹⁶ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 184.

¹¹⁸ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 184-185.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 185.

¹²¹ XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹²² MEDAUAR, *op. cit.* p. 185.

de ser cientificado, ou seja, a cada documento inserido, a cada prova que se pretende realizar, a cada argumento trazido ao processo, caberá à Administração o dever de cientificar o acusado.

O quinto e último desdobramento à ampla defesa vem a ser o *direito de solicitar a produção de provas*¹²⁴, sendo uma garantia das partes vê-las realizadas e levadas ao processo, afastando a produção de provas ilícitas (artigo 5º da Carta Magna, inciso LVI¹²⁵).

Entende-se, pois que o direito de defesa não deve ser concedido por um ato de compaixão da autoridade competente ou do julgador. O servidor demandado não é mero pedinte, mas titular de um direito, o qual não deve ser restrito sob pena de violação a preceito constitucional¹²⁶.

Existem dois enfoques sobre os quais deve-se analisar o direito de defesa, quais sejam: o subjetivo e o objetivo. De acordo com o enfoque subjetivo, o direito de defesa é imprescindível para a segurança do indivíduo demandado, vinculando-se a esfera pessoal do mesmo. Já, de acordo com o enfoque objetivo, o direito de defesa demonstra vinculação com o Estado Democrático de Direito, fazendo valer na prática o que prevê a legislação, ou seja, cumprindo objetivamente o que prevê o ordenamento jurídico brasileiro¹²⁷.

Justen Filho¹²⁸ defende que a administração deve possibilitar a participação das partes interessadas na solução do conflito, o que garante a efetiva existência de um Estado Democrático de Direito e reforça a importância do direito à ampla defesa.

Com o intuito de reforçar a importância dos dois princípios, contraditório e ampla defesa, há de se mencionar o entendimento de Schmitt¹²⁹, no seguinte sentido:

Indiscutível o entrelaçamento da ampla defesa com o contraditório, não somente pela circunstância de constarem do mesmo dispositivo constitucional, mas porque sob o ponto de vista prático, cada princípio, de forma recíproca, é absolutamente dependente do outro. Quando um não estiver presente, torna-se impossível se reconhecer a existência do outro. Por outro lado, o exercício da ampla defesa e do contraditório dá a necessária sustentação para o reconhecimento da possibilidade de ter sido instaurado o devido processo legal como garantia constitucional aos acusados e litigantes.

Pode-se verificar, assim, a dependência que existe entre os princípios em questão, e o quanto a ausência de aplicação de um pode implicar negativamente na característica própria do outro. O princípio da ampla defesa é tão vasto que sua análise deve considerar mais do que o direito de que goza o demandado de trazer as suas razões para o processo, assim como eventuais provas realizadas. A ampla defesa compreende muito mais, isto é, constitui uma garantia constitucional do acusado de manifestar-se em defesa, argumentando e trazendo as próprias alegações, de modo a esclarecer os fatos, bem como formar a consciência do julgador, que se expressará na decisão final¹³⁰.

¹²³ *Idem, ibidem*, p. 185.

¹²⁴ *Idem, ibidem*, p. 186.

¹²⁵ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹²⁶ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 167.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, p. 167.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

¹²⁹ SCHMITT, *op. cit.* p. 170.

¹³⁰ SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 170.

Schmitt¹³¹, com vistas a impossibilitar possível atuação arbitrária da autoridade competente, assim refere:

[...] o princípio sob análise exige o desenvolvimento de um processo administrativo disciplinar conduzido na forma preceituada pela Carta Maior, impondo-se interpretação de abrangência condizente com o significado da palavra “ampla”, sob pena de nada valer o resultado extraído do mesmo.

Salienta-se que em processo administrativo disciplinar, as questões preliminares deverão ser discutidas e decididas antes do mérito, com vistas a economia processual¹³².

Bacellar Filho¹³³ defende a necessidade da “existência de individualização das condutas no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, nas situações em que mais de um servidor é acusado de praticar determinado ilícito funcional”. Quando necessário haverá de se fazer tal observação, tendo em vista a preservação do princípio da ampla defesa.

Di Pietro¹³⁴ assegura que “o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas”. Não poderia ser diferente, visto que a ampla defesa é uma garantia fundamental. Assim, deixar de observá-la seria uma inconstitucionalidade.

Gasparini¹³⁵, de forma exaustiva, defende que o direito à ampla defesa:

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa; de ter advogado quando for economicamente insuficiente; de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los; de perguntar e reperguntar; de oferecer a defesa final; de recorrer, para que prove sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.

Assim deverá se desenvolver o processo administrativo, de maneira a se observar os princípios constitucionalmente previstos como forma de expressão e aplicabilidade do devido processo legal. Entende-se, contudo, que “o acusado tem o direito de dar, a viva voz, sua versão aos fatos e de justificar sua atitude, seu comportamento. A falta desse pronunciamento leva a nulidade ao processado”¹³⁶.

3 NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA AO ACUSADO: DIVERGÊNCIAS

Chega-se ao terceiro capítulo deste trabalho com o conhecimento do que seja o processo administrativo disciplinar, explanado no primeiro capítulo, bem como o que se entende pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, cuja análise foi desenvolvida no segundo capítulo. Pois bem. Propõe-se explorar, a partir de agora, tema referente à necessidade de defesa técnica do acusado no âmbito do processo administrativo disciplinar.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 170.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 171.

¹³³ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 311.

¹³⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 704.

¹³⁵ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1010.

¹³⁶ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1011.

Não bastasse a necessária observância às rigorosas fases do referido processo, a Administração Pública deverá obedecer aos princípios admitidos pelo direito administrativo e pela ordem constitucional vigente para a garantia de sua plena atuação.

Quando a instauração de um processo disciplinar se torna necessária, há de se ter certa preocupação com a figura do acusado, que embora tenha seus direitos garantidos pela Constituição Federal, ainda figura como parte vulnerável da relação, vez que a Administração Pública, além de gozar da Supremacia, que lhe é inerente, é parte e também o órgão julgador do próprio caso.

O Contraditório e a Ampla Defesa, conforme leciona Schmitt¹³⁷, colocam-se “na condição de suportes do devido processo legal”. Entende-se, pois, que para a própria existência do devido processo legal, a aplicabilidade de tais princípios se faz indispensável.

Surge, no entanto, com a edição da Súmula Vinculante nº 5, certa discussão acerca da efetiva necessidade de defesa técnica do acusado, o que parecia garantido através do artigo 5º, LV da Constituição Federal, conforme o que se passa a expor.

3.1 ANÁLISE ESQUEMATIZADA DA SITUAÇÃO POSTA

Vigia no ordenamento jurídico brasileiro a Súmula 343 do STJ com o seguinte texto: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Tal dispositivo foi revogado por ocasião da edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, que traz a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Com relação a derrogada Súmula 343 do STJ, Bacellar Filho¹³⁸ sustenta que sua edição “foi, sem dúvida, um avanço na jurisprudência brasileira, preocupada em dar concretude aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório”. Porém, o Supremo Tribunal Federal decidiu de maneira contrária, após o julgamento do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF¹³⁹, negando o cerceamento de defesa de acusados em processo administrativo disciplinar, uma vez inexistindo a obrigatoriedade de representação por advogado para a defesa técnica, alegando, portanto, a inexistência de violação aos dispositivos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

As razões que levaram o STF a editar a Súmula Vinculante nº 5, ocorreram de acordo com o seguinte precedente extraído do acórdão do Recurso Extraordinário 434.059-3, abaixo referido:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (...). Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em

¹³⁷ SCHMITT, João Carlos. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 146.

¹³⁸ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 319.

¹³⁹ EMENTA: 1. Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

juízo a outras pessoas. (RE 434059, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008).

Ocorre que tal entendimento causou certa insegurança aos operadores do direito, que veem um lamentável retrocesso no sistema jurídico brasileiro, no que se refere às garantias fundamentais já instituídas constitucionalmente, além de fazer com que o acusado em processo administrativo disciplinar seja posto em situação de maior vulnerabilidade diante de possíveis arbitrariedades da Administração Pública. Sob o enfoque de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes¹⁴⁰, a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 é certa. Os autores consideram que a defesa técnica nada mais é do que uma garantia de todo o cidadão, seja servidor ou não, em ver seus direitos defendidos por um profissional capaz tecnicamente, o que se dá somente pela presença de um advogado, seja ele contratado pela via particular, ou então por defensor público. Ocorre que, o cidadão leigo, não possui a competência necessária para atuar na defesa de seus direitos, de forma técnica. Ademais, sem a presença de um advogado, até mesmo a garantia de acesso à justiça resta violado.

Finalizam os autores por dizer que, sem defesa técnica não há contraditório, nem ampla defesa, o que fere consequentemente o devido processo legal. Por fim, garantem que sem a estrita observância a tais princípios, não é processo, mas inquisição, com ampla possibilidade da ocorrência de arbítrio por parte da Administração Pública.

Luiz Fernando Gama Pellegrini¹⁴¹, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, considera lamentável a edição da Súmula Vinculante nº 5, visto que o jurisdicionado terá de arcar com o peso trazido pelo referido dispositivo. A bem da verdade, de acordo com Pellegrini, é que a Suprema Corte, embora tenha a incumbência de zelar pela correta interpretação da Constituição Federal, pode sim incorrer em erro, como supõe que tenha ocorrido através da edição da Súmula nº 5, analisando a Lei nº 8.112/90.

Pellegrini aponta que a decisão tomada pelo STF se deu, possivelmente, com base na gigantesca gama de processos administrativos abarrotando o sistema, fato que jamais poderia justificar a restrição de direitos e garantias constitucionais, como é o caso da ampla defesa.

Bacellar Filho¹⁴² realiza importante estudo acerca das razões trazidas na decisão proferida ante o Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF, que ensejou a Súmula Vinculante nº 5. Segundo o autor, nenhum dos motivos trazidos pelos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal tem condições, por si só, de justificar a infeliz redação da referida Súmula Vinculante. Vejamos:

- Uma vez garantidos ao acusado os direitos de informação, de comunicação e de ver seus argumentos considerados, a defesa terá sido exercida em sua plenitude, tornando a defesa técnica prescindível. (Cf. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, fls. 742-743 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁴³.

A Suprema Corte embasou tais pressupostos na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, porém os mesmos não bastam para que se diga que o direito

¹⁴⁰ DE OLIVEIRA, M. A. C.; NUNES, D. J. C. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional>. Acesso em 31 de outubro de 2016, às 16:18.

¹⁴¹ PELLEGRINI, L. F. G. *Súmula Vinculante Nº 5 do STF e Súmula Vinculante Nº 343 do STJ: Considerações*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, 09 de junho de 2010. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes>. Acesso em 31 de outubro de 2016, à 16:01.

¹⁴² BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320-345.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 321.

à ampla defesa foi efetivamente e exaustivamente aplicado, isto é, a aplicação de todos os pressupostos deve ser efetuada. Dentre os pressupostos suscitados, como o direito à informação, à comunicação e à consideração dos argumentos de defesa, encontram-se, por exemplo, o caráter prévio da defesa, o dever de individualização das condutas, o direito à realização de provas, e finalmente o direito à defesa técnica, o que demonstra escassa a justificativa apontada pela Suprema Corte Brasileira neste ponto¹⁴⁴.

Moreira Neto¹⁴⁵ refere que os estatutos gozam de certa liberdade com relação à regulamentação do procedimento, ficando vinculados, no entanto, à ampla defesa. Os artigos 5º, LV, e 41, §1º, II da Constituição facultam o direito à ampla defesa ao servidor acusado, o qual, por sua vez, terá o direito de obter ciência de fatos e alegações contra ele imputados, bem como da colheita de provas, o que lhe possibilitará a apresentação das próprias razões, de forma escrita, ou então por meio de advogado¹⁴⁶.

- A exigibilidade de defesa técnica depende da complexidade da questão, a qual deve tornar inapto o acusado para o fim de se autodefender, ou então em situações em que o servidor, por si só, não conseguisse simular a própria defesa. (Cf. Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, fls. 747 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁴⁷.

A defesa técnica, em si, é a defesa realizada por profissional do direito, isto é, por advogado. A ela está relacionada a ideia de equilíbrio entre as partes do processo, bem como a ideia de especialidade inerente ao profissional da advocacia, no sentido de que este sabe como conduzir a defesa de maneira técnica, com vistas à satisfação da justiça e do devido processo legal¹⁴⁸.

A afirmação acima exposta baseia-se em duas hipóteses, quais sejam: (i) em casos considerados “simples” o acusado teria plenas condições de se defender sozinho; (ii) já em casos complexos sim, haveria extrema necessidade do acusado ser representado tecnicamente por um advogado. Ocorre que tal ponto de vista é equivocado, uma vez que somente um profissional (advogado) terá condições de defender tecnicamente o acusado, independentemente da complexidade do caso¹⁴⁹. Bacellar Filho¹⁵⁰ assegura que por mais simples que seja uma acusação, esta, sempre demandará de uma série de argumentos de ordem jurídica que apenas o profissional do direito domina. “Do contrário, o acusado terá apenas uma *defesa*, mas não uma *ampla defesa*, tal qual assegurada pelo texto constitucional”. Tem-se, pois que a autodefesa do acusado lhe é mais prejudicial do que favorável, seja em razão de sua falta de conhecimento técnico, ou por estar emocionalmente envolvido, seja em um caso complexo ou singelo.

Algacir Mikalovski¹⁵¹ refere que:

Por garantia de defesa se deve entender não só a observância do rito adequado, mas também a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 321-322.

¹⁴⁵ MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 325.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322.

¹⁴⁸ MEDAUAR, O. A *processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 118.

¹⁴⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 322.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 322-323.

¹⁵¹ MIKALOVSKI, A. *Prática em processos e procedimentos administrativos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 23.

Ademais, há de se ressaltar, que o enunciado da Súmula Vinculante nº 5 não faz distinções com relação à complexidade ou não dos casos de processos administrativos disciplinares. Restará clara mais uma vez a inconstitucionalidade da referida súmula, uma vez que em determinado caso complexo, no qual o acusado tenha que se defender, a ampla defesa lhe restará prejudicada pela falta de conhecimento e técnica, o que viola o direito fundamental garantido por força do art. 5º, LV, da Carta Magna¹⁵²;

- Da interpretação do art. 133 da CF, no sentido de que o advogado é indispensável à administração da justiça, devendo-se considerar apenas a sua função jurisdicional. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 750 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF e Ministro Cezar Peluso, às fls. 753)¹⁵³.

A interpretação a ser concedida às normas constitucionais deve se dar de maneira a maximizar a efetividade dos direitos fundamentais, e jamais com a intenção de limitar a sua aplicabilidade. O advogado, assim como preceitua o texto do artigo 133 da Constituição, é indispensável à administração da justiça. A partir desta previsão deve-se entender que todo e qualquer processo (judicial ou administrativo) que demande a defesa e a conservação da justiça ao acusado deverá contar com a intervenção de um advogado, que por sua vez é dotado de capacidade técnica e especialidade, a fim de se observar a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e de fato garanti-lhe os direitos que lhe são devidos¹⁵⁴.

Deve-se compreender o verdadeiro significado do art. 133 da CF, no sentido de que o advogado é indispensável em toda e qualquer circunstância em que a atividade da advocacia se fizer necessária, a fim de que os direitos e garantias fundamentais sejam assegurados. No âmbito do direito administrativo, diante da instauração de processo administrativo disciplinar, o servidor, não dispondo de defesa técnica, poderá ter sua defesa fragilizada, ficando vulnerável a arbitrariedades, ou até mesmo à possível lesão de seus direitos, em razão da ampla defesa não lhe ter sido asseguradas¹⁵⁵.

- A hipótese de que o art. 5º, LV, da CF não torna a defesa técnica obrigatória nos processos administrativos, e que isso na verdade ensejaria algo superior ao direito à ampla defesa. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 751 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁵⁶.

Bacellar Filho¹⁵⁷ entende que “a defesa técnica constitui, obviamente, um meio inerente à ampla defesa”, pois não quis o legislador acrescentar um adorno com relação à gramática do termo, mas sim torna-la possível a todos, assegurando aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, a mais plena exercibilidade do seu direito à defesa, e que esta fosse a mais ampla possível. O inciso LV do artigo 5º da Constituição é considerado como o “dispositivo chave em matéria de processo administrativo disciplinar”, dada sua importância.¹⁵⁸

A defesa deverá explorar potencialmente todos os argumentos que estejam ao lado do acusado. Para que isto ocorra, a defesa técnica é imprescindível, juntamente com a presença de um advogado, o que não ocorrendo acarretará em mera simulação de defesa. Assim, a defesa técnica em processo administrativo disciplinar

¹⁵² BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

¹⁵³ *Idem, ibidem*, p. 323.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 324.

¹⁵⁵ BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 324-325.

¹⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 325.

¹⁵⁸ MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 74.

não deve ser vista como um exagero, mas sim como uma forma de garantir a defesa ampla ao acusado, como preconiza a Constituição Federal¹⁵⁹.

Verifica-se, outrossim, uma desconsideração com relação à equiparação que a Constituição de 1988 busca fazer entre o *processo judicial* e o *processo administrativo*, por força do art. 5º, LV, da CF. Tanto no processo judicial como no processo administrativo o réu necessita de defesa técnica, pois a finalidade do contraditório e da ampla defesa é resguardar as garantias dos litigantes, pois o litígio em si sempre irá ameaçar a “esfera jurídica individual do cidadão”¹⁶⁰.

Diante o exposto, não há como estabelecer diferença no que tange à concessão do direito à defesa técnica seja no processo judicial, ou no processo administrativo, o qual demanda qualidade e especialidade na defesa, tanto quanto em âmbito de um processo judicial. A defesa técnica nada mais é do que um desdobramento do direito à ampla defesa¹⁶¹.

Um ponto importante de ser ressaltado é a questão da interpretação do texto constitucional, isto é, deve-se interpretar a norma de modo a potencializá-la, não podendo contentar-se apenas com a letra morta da lei, de modo a dar-lhe maior grau de efetividade possível. A esta forma de interpretação chama-se de *princípio da máxima efetividade*¹⁶². Veja-se que a ampla defesa “tem sentido de busca da preservação de algo que será afetado por atos, medida, condutas, decisões, declarações vindos de outrem”¹⁶³.

Destaca-se que não se tem o objetivo de afastar o direito à autodefesa do acusado, mas apenas deixar claro que esta não é suficiente para caracterizar a ampla defesa. Portanto, não é possível satisfazer por completo o direito à ampla defesa apenas através da autodefesa, em razão de que o acusado há de contar com uma assistência técnica de modo a fortalecer a argumentação em seu favor¹⁶⁴.

- Caso a defesa técnica passasse a ser uma exigência, isso acarretaria na sobrecarga de demandas à Defensoria Pública. (Cf. Ministro Carlos Ayres Britto, fls. 752 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁶⁵.

Tal fundamento é completamente descabido, pois que quando se nega a necessidade de defesa técnica, está-se admitindo que o Estado atua de acordo com a ideia de “reserva do possível” como um limite à aplicação dos direitos fundamentais. Estar-se-ia afirmando que o Poder Público restringe sua atuação, portanto, a efetivação dos direitos fundamentais de acordo com a sua capacidade financeira¹⁶⁶.

Segundo Medauar¹⁶⁷, a defesa técnica deverá ser obrigatória nos processos que contam com certa gravidade, como naqueles em que seja decidido pela demissão do servidor acusado, pela cassação de aposentadoria, enfim, cujas penas sejam efetivamente gravosas. A ideia de torna-la obrigatória seria impraticável, pois acarretaria, de fato, grande volume de trabalho à Defensoria Pública. Nos casos considerados leves, portanto, a defesa técnica deverá ser facultativa¹⁶⁸.

Bacellar Filho¹⁶⁹ refere:

¹⁵⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 326.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 326.

¹⁶¹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 327.

¹⁶² *Idem, ibidem*, p. 327.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 111.

¹⁶⁴ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 328.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 330.

¹⁶⁷ MEDAUAR, *op. cit.* p. 119.

¹⁶⁸ MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 119.

¹⁶⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 330.

Ora, se tal premissa fosse válida, o aumento excessivo de acusados em processos criminais, com o consequente abarrotamento da Defensoria Pública, eximiria a instituição do dever de promover a defesa técnica de todos eles, a pretexto de encontrar-se demasiadamente atarefada. A adesão a esse entendimento afronta, logicamente, o sistema constitucional brasileiro.

Para tanto, prevê a Carta Magna em seu art. 5º, LXXIV, que o Estado terá a incumbência de prestar assistência jurídica gratuita aos que se encontrarem em condição de hipossuficiência. Essa assistência se dará através das Defensorias Públicas. Deste modo, se o próprio Estado é responsável por prestar tal serviço aos que dele necessitem, porque haveria de negá-lo? Ocorre que, mesmo com a efetivação de tais direitos fundamentais com o consequente aumento da demanda das Defensorias Públicas, a sobrecarga de trabalho não deve ser levada em consideração de modo a “autorizá-las a se despir de uma incumbência que lhes é constitucionalmente imposta”¹⁷⁰.

Assim, pode-se entender que, negando a defesa técnica aos acusados, o Estado estaria se esquivando de exercer os deveres que lhe são inerentes, o que é inadmissível. Lembra-se, ainda, da figura do defensor dativo, o qual em caso de insuficiência da Defensoria Pública, no caso do processo administrativo, será nomeado pela Comissão Processante de modo a garantir o direito mínimo de acesso à justiça ao acusado¹⁷¹.

- A hipótese de que a Constituição assegura apenas o direito ao contraditório, uma vez que se trata da possibilidade efetiva de intervir na formação da decisão do julgador, cabendo ao acusado se utilizar dele ou não, assim como no processo civil. (Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 753-754 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁷².

O motivo acima exposto parte de pressupostos equivocados. O primeiro ponto é a confusão estabelecida entre o contraditório e a ampla defesa, o que não tem razão de ser, já que é sabido que os dois são princípios distintos, cada um com sua conceituação própria, mesmo que estejam previstos no mesmo inciso do artigo 5º da Constituição¹⁷³.

Bacellar Filho¹⁷⁴ sustenta que o contraditório:

Diz respeito, portanto, a ambas as partes do processo e não apenas ao réu. Seu fundamento está na bilateralidade do processo, e seu conteúdo traduz-se no direito que cada sujeito processual - no caso, administração e servidor acusado - ostenta de se manifestar para destruir a credibilidade do argumento utilizado pela outra parte.

Já a ampla defesa “diz respeito ao conjunto de mecanismos necessários e capazes de fornecer ao réu condições de se opor, de forma efetiva, à pretensão punitiva da administração pública”¹⁷⁵. Diante disso, com relação à importância de se levar em conta o significado próprio de que gozam os dois princípios, cabe ressaltar que “nessa medida, o princípio constitucional da ampla defesa não se limita à oportunização do contraditório, pois este é apenas o ponto de partida para o exercício do direito de defesa”¹⁷⁶.

¹⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 331.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 333.

¹⁷² BACELLAR FILHO, R. F.. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 335.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 335.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 336.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 336.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 336.

A partir do que fora mencionado, entende-se que o princípio da ampla defesa não deve ser vislumbrado apenas sob seu aspecto negativo, qual seja a *função de defesa* somente, mas sobretudo sob seu aspecto positivo que é a *função prestacional*, a qual configura-se como incumbência do Estado, ou seja, a função de disponibilizar os instrumentos adequados e de forma exaustiva ao acusado para que este tenha condições de se defender¹⁷⁷. Afinal, “é assegurado ao interessado produzir a mais ampla defesa, envolvendo todos os fatos e argumentos que reputar cabíveis”¹⁷⁸.

Bacellar Filho¹⁷⁹ assevera:

Entre tais instrumentos, como exaustivamente reiterado, está a defesa técnica por advogado. Se assim não ocorrer, estar-se-á apenas respeitando o direito ao contraditório, mas ofendendo a dimensão positiva do direito à ampla defesa, que exige a criação, por parte do Estado, dos pressupostos necessários ao real exercício desse direito.

Outro ponto que merece ser debatido é a comparação feita pelo insigne Ministro Cezar Peluso, de modo a comparar o processo civil com o processo administrativo disciplinar¹⁸⁰. Vejamos as controvérsias:

-o processo administrativo disciplinar nada tem a ver com o processo civil, visto que as duas modalidades de processo possuem natureza diversa. O processo civil não possui caráter sancionatório, o que o difere, por si só, do processo administrativo disciplinar, este pode se assemelhar ao processo penal, uma vez que este sim tem a finalidade de punir, e necessita de defesa técnica assim como o processo administrativo disciplinar. Neste a defesa não pode ocorrer de acordo com as conveniências particulares do acusado, assim como é possível no processo civil, pois a mera condição de acusado necessita de uma defesa, no mínimo efetiva¹⁸¹;

-como o processo administrativo disciplinar pode acarretar a perda ou a restrição de direitos indisponíveis, uma possível revelia seria nula, o que desabona o argumento suscitado. De sorte não se poderia cogitar a ocorrência de uma revelia, o que torna infeliz a comparação realizada¹⁸².

Bacellar Filho¹⁸³ declara que:

No processo administrativo disciplinar, a honra e a imagem do servidor sempre serão colocados em xeque, além de outros bens jurídicos, tal como o trabalho, cujo valor social constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, VI, da CF). Todos esses valores são albergados na Constituição Federal como direitos fundamentais (art. 5º, X, e art. 6º), traduzindo, portanto, direitos indisponíveis.

-um terceiro ponto, ligado diretamente com o aludido anteriormente, é de que a revelia, ainda que em se tratando de direitos disponíveis, não poderia se dar automaticamente, diante apenas do não comparecimento em juízo, considerando o prejuízo imediato da parte ré, juntamente com e o nível de ignorância de

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 337.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, M.. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 369.

¹⁷⁹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337-338.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 338.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 338.

¹⁸² *Idem, ibidem*, p. 339.

¹⁸³ *Idem, ibidem*, p. 339.

considerável gama da população brasileira¹⁸⁴. “O mesmo raciocínio pode ser emprestado ao exame da falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar”¹⁸⁵.

Pelas razões acima relacionadas, a intenção de comparar o processo administrativo disciplinar com o processo civil é descabida, não justificando a “dispensabilidade de defesa técnica por advogado”¹⁸⁶;

- A defesa técnica reservada ao processo penal constitui uma exceção, em razão de que por meio dele se discute um direito indisponível, que por sua vez não pode ser renunciado. (Cf. Ministro Cezar Peluso, fls. 754 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁸⁷.

É verdade que a rápida aceitação da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares se deu pela semelhança com o processo penal¹⁸⁸. Sabe-se que em processo penal a defesa técnica é indispensável, bem como que o que está em jogo são direitos indisponíveis, assim como a liberdade, por exemplo. Porém, o que parece incompreensível é o porquê de tornar o processo penal superior ou distinto do processo administrativo disciplinar, vez que este também dispõe acerca de direitos fundamentais, indisponíveis, portanto¹⁸⁹.

Conforme os fatos acima expostos, todo o processo disciplinar que for instaurado sempre versará acerca de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, porém, “mesmo com a aplicação da penalidade menos grave prevista pela lei, o agente terá sua ficha funcional maculada, sendo timbrado com a pecha de ímprobo, desonesto, negligente ou ineficiente”¹⁹⁰.

Bacellar Filho¹⁹¹ expõe que:

[...] ainda que não se discuta a possibilidade de se dispor do direito de defesa – que deveria ser a discussão preliminar – e volte-se o holofote para os direitos que estão em risco no processo penal e no processo administrativo disciplinar, a conclusão a que chegou o STF continua sendo contraditória com os postulados do ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o *princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição* e com o regime jurídico dos direitos fundamentais, que outorga a todos o atributo da indisponibilidade.

- A hipótese de que a defesa técnica pode ser substituída pela autodefesa, ou então por procurador, o qual não necessita ser advogado, por força do art. 156 da Lei nº 8.112/90. (Cf. Ministro Marco Aurélio, fls. 757 do acórdão proferido no RE nº 434.059-3/DF)¹⁹².

O fundamento acima exposto, exarado pelo STF, ofende uma das grandes lições relacionadas à hermenêutica constitucional, qual seja: “são as leis que devem ser interpretadas à luz da Constituição, e jamais o contrário”¹⁹³. Isto é, desconsiderar a necessidade de defesa técnica, elemento derivado do direito fundamental à ampla

¹⁸⁴ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-340.

¹⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 340.

¹⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

¹⁸⁹ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 341.

¹⁹⁰ BACELLAR FILHO, R.F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

¹⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 342.

¹⁹² *Idem, ibidem*, p. 343.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, p. 343.

defesa, com base no art. 156 da Lei infraconstitucional nº 8.112/90, “significa inverter a hierarquia das fontes do direito brasileiro”¹⁹⁴.

De outro modo, a defesa técnica como uma faculdade pode ser encarada como um privilégio conferido ao acusado, que poderá, de acordo com sua conveniência, escolher defender-se por advogado ou não¹⁹⁵. Ademais, o fato de não ser a defesa técnica uma exigência, não pode significar que o advogado será sempre dispensado de atuar em processo administrativo disciplinar. Deste modo, poderá ocorrer casos excepcionais, cuja solução dependa da atuação de um advogado, para que nenhuma garantia fundamental seja violada¹⁹⁶.

Bacellar Filho¹⁹⁷ afirma que:

A única forma constitucionalmente adequada de interpretar o art. 156 da Lei nº 8.112/90 é atribuindo-lhe o sentido de que, além de poder acompanhar o processo pessoalmente, o servidor tem o direito a uma defesa técnica por procurador, o qual, pela aplicação do art. 133 da CF, deve necessariamente ser advogado.

Diante das razões explanadas no sentido de considerar equivocados os pressupostos lançados pelo STF na decisão proferida por ocasião do Recurso Extraordinário 434.059-3/DF, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5, uma vez que “a defesa técnica, consoante amplamente demonstrado, constitui inobjetable exigência do direito fundamental à ampla defesa no processo administrativo disciplinar”¹⁹⁸.

3.2 DO DIREITO À DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO: ENTENDIMENTOS CONFLITANTES

Através dos fatos e fundamentos acima explanados com relação à decisão do STF, que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 5, verifica-se certa ofensa ao princípio da ampla defesa, por meio da declaração de dispensabilidade de defesa técnica por advogado. Diante disso, passa-se a analisar a necessidade da tão abordada defesa técnica.

Entende-se por autodefesa a possibilidade reservada ao servidor, de que o mesmo possa se defender e fazer suas alegações durante a tramitação do processo. Ficam-lhe reservados os direitos de presença e de audiência. Conforme o direito de presença, o servidor acusado terá o direito de acompanhar os atos a serem desenvolvidos, como a possibilidade de assistir à realização de provas, podendo contradita-las. Consoante ao direito de audiência, terá o servidor o direito de falar, de expressar diretamente suas razões no processo¹⁹⁹.

O servidor, como parte em um processo administrativo, ganha um *status* processual ativo, o que torna um sujeito processual que deverá estar “apto a participar do conjunto de atos processuais capazes de influenciar o convencimento do julgador”. Mas, infelizmente, o acusado não consegue, verdadeiramente, atingir este status processual, ou então incorporar o direito de defesa que lhe é inerente,

¹⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 344.

¹⁹⁵ MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015, p. 132.

¹⁹⁶ *Idem, ibidem*, p. 133.

¹⁹⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 344.

¹⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 345.

¹⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 316.

uma vez que lhe falta a capacidade técnica, que somente um operador do direito, um advogado, que em si é dotado de conhecimento técnico, poderá o fazer²⁰⁰.

Toma-se por base o que disciplina o artigo 133²⁰¹ da Constituição Federal, no sentido de que “o advogado é indispensável à administração da justiça”, o que não poderá ser analisado de forma distinta, vez que o acusado, muitas vezes se deixa levar pelo aspecto emocional não conseguindo efetivamente defender-se de modo a fazer valer os princípios do contraditório e da ampla defesa que lhe são garantidos. Se no processo administrativo, assim como no processo judicial, o que se busca é a justiça, seja por meio da averiguação de condutas e eventual aplicação de sanções, e sendo que o advogado é por seu mister, indispensável à administração da justiça, então não há que se falar em prescindibilidade da defesa técnica por advogado.

O direito de presença ultrapassa a autodefesa, havendo forte relação com a defesa técnica²⁰². Deste modo deve-se interpretar o artigo 156²⁰³ da Lei nº 8.112/90, de forma que o direito de presença seja concedido ao servidor e ao seu defensor.

Odete Medauar afirma, com relação à defesa técnica, que “a presença do advogado evita que o sujeito se deixe guiar por emoções de momento”²⁰⁴.

Bacellar Filho²⁰⁵ refere:

Ao nosso ver, a defesa técnica constitui elemento indispensável da ampla defesa, sendo indiferente a gravidade da pena que possa resultar do processo. A constituição Federal, no art. 5º, LV, não assegura uma defesa qualquer, mas uma defesa *ampla*. Isso significa que a defesa não deve ser mais ou menos robusta conforme a intensidade da sanção que puder advir da decisão proferida no bojo do processo administrativo disciplinar: a mera possibilidade de o processo culminar em restrição à esfera jurídica individual do servidor reclama a maximização dos mecanismos de defesa.

Vê-se no entendimento acima exposto a preocupação com o fato de que a ampla defesa deve ser considerada minuciosamente, como um meio de garantir o pleno exercício do direito de defesa ao acusado. Certamente, se for considerada a defesa técnica como uma exigência da ampla defesa se culminará na inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF²⁰⁶.

Pedro Lenza²⁰⁷, a contrário sensu, constitucionalista ferrenho que é, defende que o entendimento trazido pela Súmula Vinculante nº 5 do STF deve prevalecer sobre o trazido pela Súmula nº 343 do STJ, a qual restou superada, na visão do autor, simplesmente pelo fato da referida súmula vinculante não haver restringido o direito à ampla defesa, mas “apenas” a defesa técnica.

Fato é que a Súmula Vinculante nº 5 obriga os julgadores à desconsiderarem a necessidade de defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares, derrubando o entendimento da Súmula nº 343 do STJ. A partir disso, consagrou-se uma inconstitucionalidade gritante, “em desprestígio às conquistas da

²⁰⁰ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.

²⁰¹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²⁰² BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 317.

²⁰³ Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

²⁰⁴ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 185.

²⁰⁵ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 318.

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 318.

²⁰⁷ LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 892.

doutrina em matéria de garantias constitucionais do processo administrativo disciplinar²⁰⁸.

Com o intuito de ver reparada tamanha aberração jurídica, fora apresentada proposta de cancelamento da Súmula Vinculante nº 5 ao Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo requerimento ainda aguarda julgamento²⁰⁹.

Lúcia Valle Figueiredo realiza analogia com relação ao processo penal, considerando a defesa técnica como um elemento próprio da ampla defesa não podendo dela se separar. Tanto é que se o acusado estiver impossibilitado de se defender por advogado, lhe deverá ser nomeado defensor dativo, sob pena de nulidade processual, em razão de tamanha importância que goza a defesa técnica²¹⁰.

Para Bacellar Filho²¹¹:

[...] a ausência de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar afronta diretamente o direito fundamental à ampla defesa, assegurado pela Lei Maior em seu art. 5º, LV, aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo e judicial.

João Carlos Schmitt, em meio ao seu discurso, defende que a defesa técnica confere verdadeiro sentido à palavra “ampla” do direito à ampla defesa, vez que através da defesa realizada por advogado devidamente constituído estar-se-ia fazendo valer o previsto no art. 5º, LV, da Constituição²¹².

Através da análise doutrinária realizada percebe-se, realmente, que o direito à defesa técnica resta prejudicado, ante à previsão da Súmula Vinculante nº 5. Porém, razões não faltam para a arguição de entendimento contrário, já que o que se pretende é reafirmar a necessária observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Assim, pugna-se pela preservação da previsão constitucional e de normas que sejam favoráveis ao acusado em processo administrativo disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo se sustenta através de normas e princípios jurídicos, sendo a maioria destes últimos de ordem constitucional. Cita-se, por exemplo, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, além de outros que foram abordados a partir da pesquisa aqui realizada. Portanto, há de se atentar para a existência de princípios, tendo em vista à supremacia inerente à Administração Pública, a qual jamais poderá agir de modo arbitrário sobre qualquer cidadão.

Para o cumprimento das metas propostas na presente pesquisa, buscou-se realizar uma análise acerca do histórico e surgimento do poder disciplinar, bem como a conceituação do processo administrativo disciplinar. Através da elucidação de cada uma das fases que compõem o referido processo, pôde-se perceber a rigidez que o envolve.

Através da análise, em específico, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente, demonstrou-se sua importância e sua influência na decisão, a qual poderá comprometer seriamente o acusado, que é parte vulnerável da relação processual.

²⁰⁸ BACELLAR FILHO, *op. cit.* p. 319.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 319.

²¹⁰ FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 439.

²¹¹ BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 320.

²¹² SCHMITT, J. C. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004, p. 176.

A grande questão proposta, com relação à necessidade de defesa técnica do acusado em processo administrativo disciplinar, foi debatida por ocasião do terceiro capítulo. A partir da análise de diferentes posicionamentos doutrinários, foi possível compreender que o acusado, na condição de cidadão leigo, e por isso sem o conhecimento jurídico necessário não tem condições suficientes de prover a autodefesa de seus direitos ante um processo administrativo disciplinar contra ele instaurado.

Outrossim, deve-se ressaltar que o aspecto emocional do servidor acusado, o impede de manifestar-se racionalmente, o que também lhe é prejudicial. Além disso, cabe mencionar que os motivos que levaram à edição da Súmula Vinculante nº 5 são altamente questionáveis, o que deixa de conferir consistência aos julgados baseados no referido dispositivo.

Verificou-se que a ampla defesa não se esgota apenas através da concessão do direito à informação, de comunicação e de consideração das razões a serem levantadas pelo acusado, mas sobretudo através da obrigatoriedade de defesa técnica por advogado. Esse direito à defesa técnica deverá ser concedido independentemente da complexidade do caso que envolve a Administração e o servidor acusado. Desde modo, deverá se considerar muito mais do que a mera função jurisdicional do advogado, mas sim a sua condição de administrador da justiça (art. 133 da CF).

A obrigatoriedade de defesa técnica do acusado em processo administrativo disciplinar jamais poderá ser considerada um exagero, visto que se trata do efetivo cumprimento de dispositivo constitucional (art. 5º, LV da CF), onde está previsto o contraditório e a ampla defesa. Considerando que a defesa técnica confere o verdadeiro sentido ao termo *ampla defesa*, a garantia da defesa por advogado jamais poderá ser considerada uma sobrecarga de trabalho para o Estado, o qual é responsável por prestar tais direitos, neste caso, através das Defensorias Públicas, nos casos em que o acusado não tiver condições de arcar com as despesas provenientes da contratação de advogado particular.

O direito à defesa técnica não deve constituir mera faculdade, mas sim uma obrigatoriedade, assim como a derogada Súmula 343 do STJ previa. O processo administrativo, assim como o processo penal, também envolve direitos indisponíveis, para tanto manter o direito à defesa técnica como faculdade poderia ser considerada até mesmo uma omissão do Estado, no sentido de garantir a manutenção de tais direitos ao acusado.

A respeito da responsabilidade conferida ao Estado para que o mesmo garanta o direito à defesa ao acusado, não se pode deixar o dever de defesa nas mãos do próprio acusado, de acordo com sua liberalidade. De outro modo, seria uma total irresponsabilidade conferi-la a alguém que não possui instrução jurídica tanto quanto um profissional do direito, um advogado, portanto.

Com relação à Súmula Vinculante nº 5 do STF, a mesma se apresenta inconstitucional, através dos fundamentos jurídicos e princípios lógicos alegados que rebatem com maestria os motivos julgados suficientes, pelos insignes ministros do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário.

A decisão proferida com relação ao RE nº 434.059-3/DF é, no mínimo, altamente questionável, uma vez que põe em risco as garantias constitucionais inerentes ao cidadão, seja ele servidor público ou não. Com isso, para os operadores do direito, a edição da Súmula Vinculante nº 5 acarretou um retrocesso com relação à garantia dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se que o direito à defesa técnica passa a ser corolário lógico dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ambos os princípios, conforme demonstrado culminam no devido processo legal. Tem-se, pois que se o direito à defesa técnica for negado ao acusado, se restringirá a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, conseqüentemente, sem a disponibilização do direito à defesa técnica não ocorrerá o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROS, W. P. *Curso de Processo Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BLANCHET, L. A. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado federal, 1988.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Prática do Processo Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- DE OLIVEIRA, M. A. C.; NUNES, D. J. C.. *Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional*. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional>. Acesso em 31 de outubro de 2016.
- DI PIETRO, M. S. Z.. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FIGUEIREDO, L. V.. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- FURASTÉ, P. A. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico*. 18. ed. Porto Alegre: Dáctilo-Plus, 2016.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Pulo: Saraiva, 2010.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUZ, E. M. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. 1. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- MADALENA, P.O *Processo Administrativo Disciplinar sob o enfoque prático*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2015.
- MAZZA, A. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDAUAR, O. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- MIKALOVSKI, A. *Prática em processos e procedimentos administrativos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- MOREIRA NETO, D. F. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OLIVEIRA, R. C. R. *Princípios do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- PELLEGRINI, L. F. G. *Súmula Vinculante Nº 5 do STF e Súmula Vinculante Nº 343 do STJ: Considerações*. Universo Jurídico, Juiz de Fora, 09 de junho de

2010. Disponível em:
<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6972/sumula_vinculante_n_5_do_stf_e_sumula_n_343_do_stj_consideracoes>. Acesso em 31 de outubro de 2016.
- PORTA, M. *Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2003.
- ROZA, C. *Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- SCHMITT, J. C.. *O Poder Administrativo Disciplinar e o Devido Processo Legal*. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2004
- STF. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- STJ. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 01 de novembro de 2016.
- UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL - UCS. Sistema de Bibliotecas. *Guia para elaboração de trabalhos acadêmicos [recurso eletrônico] SIBUCS*; organização Michele Marques Baptista... [et al.]. 4. ed. 2016. Dados eletrônicos (1 arquivo).
- XAVIER, M. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar à luz da Súmula Vinculante nº 05/2008. *JurisWay: Sistema educacional online*, 06 de outubro de 2015. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15549>. Acesso em 06 de novembro de 2016.

EL DERECHO AL OLVIDO **THE RIGHT TO BE FORGOTTEN**

Pablo Fernández García-Armero¹

Abogado ICA Coruña

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto histórico. 2.1. Origen del problema. 2.2. Situación actual. 3. Aproximación al derecho al olvido. 3.1. Objeto. 3.2. Configuración jurídica. 3.3. Limitaciones. 3.4. Mecanismos. 4. El derecho al olvido en España. 4.1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español. 4.2. Derechos fundamentales afectados. 4.3. La Agencia Española de Protección de Datos. 4.4. La sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000. 5. El derecho al olvido en la Unión Europea. 5.1. La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014. 5.2. El Derecho Administrativo Europeo. 5.3. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Resumen: Los cambios tecnológicos están incidiendo en algunos derechos históricos y forjando nuevos derechos como el denominado derecho al olvido. Este trata de proteger una serie de derechos asociados a su concepto frente a otros. Como en cualquier colisión de derechos, la solución deberá venir marcada por una ponderación proporcional de los mismos que evite el sacrificio completo de uno de ellos. De este modo, no existe una fórmula general para resolver este tipo de conflictos, debiendo ponderar cada caso en concreto. Así, el derecho al olvido parcialmente reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no prevalecerá siempre. El poder legislativo europeo recoge este derecho en el reciente Reglamento 2016/679. Solo el paso del tiempo dirá si esta regulación es suficiente.

Palabras clave: privacidad, nuevas tecnologías, derechos fundamentales, protección administrativa.

Abstract: The new technological changes are having an impact on some historical rights, creating new ones as the recent “right to be forgotten”. This aims at protecting a series of rights associated to existing ones. As it usually happens when different rights collide, the solution should focus on carrying out a proportional analysis of them to prevent one or some from being sacrificed. As no formula exists when it comes to solving these kinds of conflicts, they should be analysed on a case by case basis. Therefore, the “right to be forgotten” partially recognised by the Court of Justice of the European Union will not always prevail. The European legislative power recognises this right in the recent Regulation (EU) 2016/679. Only time will tell whether this regulation is enough.

Keywords: privacy, new technologies, fundamental rights, administrative protection.

1. Introducción

El derecho al olvido o a ser olvidado no aparece tipificado directamente en la Constitución Española de 1978, pero entronca con varios derechos fundamentales de larga tradición en la historia de nuestro constitucionalismo y que nuestra Carta

¹ Licenciado en Derecho por la USC, Título de Especialización en Abogacía, Procuraduría y Práctica Jurídica por la USC y Graduado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

Magna sí recoge. Buena muestra de ello es la Constitución de 1869, la cual innova profundamente en materia de reconocimiento de libertades públicas y garantías jurídicas².

El paulatino reconocimiento de este derecho en los diversos ordenamientos jurídicos se ha hecho de diferentes maneras. El caso español cobra importancia debido a que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, la cual aborda por primera vez en el ámbito comunitario esta cuestión.

No es de extrañar que el derecho al olvido siga evolucionando debido a los vertiginosos cambios tecnológicos que cada día se producen, si bien conviene tener presente que en no pocas ocasiones la realidad jurídica va un paso por detrás de los hechos. Es por ello que los nuevos problemas jurídicos requieren de soluciones normativas uniformes o, al menos, ausentes de evidentes contradicciones, que eviten una dispersión legislativa que dificulte la seguridad jurídica y desvirtúe el contenido de este derecho.

A lo largo de estas líneas se pretende dar una visión del derecho al olvido desde la perspectiva española, sin obviar las necesarias referencias a otros sistemas de derecho ni a la realidad europea. No obstante, debe tenerse presente que el derecho al olvido se caracteriza por ser temporalmente reciente en comparación con otros derechos y por carecer de una completa configuración legal. Si a esto se añade que versa sobre una materia susceptible de evolucionar, no queda sino concluir que su estudio requiere ser abordado con una especial cautela.

2. Contexto histórico

2.1. Origen del problema

Una de las principales vertientes del derecho al olvido viene determinada por la protección del derecho a la privacidad. Desde este punto de vista se aprecia una clara distinción en la forma de tratar este derecho, que es reflejo de los dos principales sistemas desde los que se puede abordar el Imperio del Derecho; esto es, el Rule of Law anglosajón y el Droit Administratif de origen francés³.

De ahí que los paradigmáticos casos de Arrington y Campbell hayan tenido consecuencias distintas. En el primero de ellos el demandante pretendía que se declarara que se había vulnerado su derecho a la privacidad, fundamentando su petición en el hecho de que había sido fotografiado sin su permiso para ilustrar un texto periodístico con el que no estaba de acuerdo. La Corte desestimó su solicitud. Sin embargo, en el caso de la conocida modelo Naomi Campbell, la divulgación de unas fotografías saliendo de una clínica de rehabilitación se consideró como una violación de su derecho a la privacidad. De este modo, puede apreciarse como en el caso Arrington el concepto de privacidad pivota sobre la noción de control; mientras que en el caso Campbell lo hace como derecho a la dignidad o a la intimidad⁴.

A grandes rasgos, el sistema estadounidense liberal se caracteriza por tratar de preservar la libertad individual⁵. A tal efecto se establecen una división de poderes y un equilibrio de los mismos. Además, en el marco de las relaciones entre los distintos poderes se aprecia un Estado débil y una sociedad civil fuerte⁶. Es en

² Vid. SOUTO PAZ, J.A. "Las libertades públicas en la Constitución de 1869", *Revista de Derecho Político*, nº 55-56, 2002, p. 131.

³ Vid. PEREIRA MENAUT, A.C. *Lecciones de Teoría Constitucional*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 1997, pp. 99-130.

⁴ Vid. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. "La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014, pp 4-9.

⁵ Vid. DEL MASSO, F., MIRANDA GONÇALVES, R. y ZEFERINO FERREIRA, R. M. "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

⁶ Vid. PARRADO, S. "Estados Unidos" en VV.AA., *Gobiernos y Administraciones públicas en perspectiva comparada*, editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013, pp. 301-305.

este contexto donde se comprende la praxis estadounidense que otorga una preponderancia a la libertad de expresión frente a la privacidad⁷.

La realidad española, en contraste con la estadounidense, ha hecho prevalecer la libertad de expresión en algunas ocasiones, mientras que otras veces ha optado por proteger la privacidad. Cabe destacar que a medida que la noción de derecho al olvido ha ido penetrando en nuestro sistema, el ordenamiento ha tratado de proteger al individuo de las injerencias en su intimidad frente a otros derechos. Esto no quiere decir que la libertad de expresión deba ceder sistemáticamente ante otros derechos fundamentales.

En este punto no está de más aludir a la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 1981, que versa acerca de los límites de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español, toda vez que aquellos pueden operar también en caso de conflicto entre varios. Así: "Constituye el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales, deja de pertenecer a este tipo, desnaturalizándose"⁸.

2.2. Situación actual

En los últimos años se ha producido un notable incremento en las formas de comunicarse, fundamentalmente derivado del uso de las nuevas tecnologías. El vocablo web 3.0 surge a comienzos del siglo XXI para hacer referencia a un modo de interactuar en internet, el cual permite la relación en tiempo real entre distintos usuarios alejados temporal y espacialmente debido a la globalización. Esta forma de comunicarse permite exportar e importar a la red ingentes cantidades de información propia y ajena, muchas veces sin ser completamente conscientes de ello. En otras ocasiones, como en el caso de las redes sociales, se da la posibilidad a los usuarios de decidir el tipo de información que quieren proyectar en la red.

En este sentido, las herramientas que más triunfan en internet son aquellas que se nutren de las aportaciones realizadas por los propios usuarios y en las que se interactúa con otros miembros, pasando estos a ser miembros proactivos en lugar de meros espectadores. A esto hay que añadir el hecho de que la información contenida en la red es de fácil acceso para una inmensa mayoría de la población⁹.

La proliferación de las nuevas formas de comunicación ha puesto en entredicho buena parte de los mecanismos que se venían utilizando para salvaguardar nuestros derechos relacionados con el uso de internet, ya que estos están sometidos a nuevas amenazas para las que el derecho no había pensado¹⁰. Hasta el auge y universalización de internet era posible cancelar unos datos que se habían facilitado para una finalidad concreta. Sin embargo, en los últimos años esta tarea se complica pudiendo devenir imposible debido, entre otros factores, a la conservación indefinida de los datos y su ubicación en diversos lugares provocado por el efecto multiplicador de los motores de búsqueda. Con lo cual, es posible cancelar los datos de una página web y evitar que aparezcan en esta, pero es muy probable que estos hayan sido remitidos a una gran cantidad de sitios web que el usuario desconoce, haciendo inviable la cancelación total de datos¹¹.

A mayor abundamiento, las consecuencias para el usuario pueden ser peores ya que sus datos pueden ser manipulados y falseados, provocando una situación de imprevisibles consecuencias para su vida, máxime cuando en estos tiempos la identidad digital va cobrando cada vez más importancia hasta el punto de poder llegar a ser confundida con la identidad personal. Además, hay que tener presente

⁷ Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., p. 15.

⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

⁹ Vid. RALLO LOMBARTE, A. "El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010, p. 104.

¹⁰ Vid. ARENAS RAMIRO, M. "Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014, pp. 537-538.

¹¹ Op. Cit. RALLO LOMBARTE, A., p. 105-108.

el supuesto en que los datos reales de una persona coinciden con los de otra, normalmente el nombre y los apellidos, por lo que varias identidades pueden quedar inextricablemente asociadas, provocando un perjuicio o un beneficio según el caso concreto.

La batalla por los datos personales de millones de usuarios no es cuestión baladí, puesto que su manejo constituye una fuente de control, poder y riqueza a la que ningún país está dispuesto a renunciar. Por tal motivo no sorprende que los grupos de presión estadounidenses lleven años luchando contra la regulación europea de protección de datos, tratando de influir para evitar que los usuarios puedan disponer de sus datos personales¹².

3. Aproximación al derecho al olvido

3.1. Objeto

El derecho al olvido o a ser olvidado pretende dar una respuesta a los mencionados problemas derivados de las nuevas tecnologías. Tradicionalmente puede ser considerado como una aplicación del principio de seguridad jurídica, la cual sancionaba los gravámenes de cualquier índole ilimitados en el tiempo. Este principio se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 de la Constitución Española¹³.

Este derecho carece de una definición consensuada pero su objeto, en un ejercicio de reduccionismo, puede concretarse en determinar si un usuario tiene o carece de derecho a seleccionar y purgar la información contenida en internet si la considera perjudicial para sus intereses y contraria a los derechos contenidos en su legislación. De esta manera, se pueden alegar una serie de derechos para hacer efectivo el olvido¹⁴.

No obstante, el borrado de los datos o del rastro dejado en internet es una cuestión técnica que, si bien precisa una cobertura normativa, necesita una serie de medios eficaces que puedan hacer efectivo este olvido, tal y como se manifestará en el cuarto apartado de este título. De nada sirve legislar sobre una materia si, a pesar de que el supuesto cumpla con lo establecido, no se puede materializar de ninguna manera. Además, debe tenerse presente que se trata de una materia ideológicamente muy sensible. Todo ello dificulta la promulgación de normas efectivas sobre este derecho¹⁵.

No se pueden ignorar las amenazas ya aludidas a las que se enfrentan los usuarios de las nuevas tecnologías, por lo que se hace imprescindible que estos puedan controlar buena parte de su información que accede a internet. De lo contrario buena parte de sus derechos se verán conculcados por quien carece de legitimación para ello.

3.2. Configuración jurídica

El derecho al olvido se encuentra en una fase inicial si se compara con otro tipo de derechos históricos. Ahora bien, conviene tener presente que este derecho al olvido, como tal, no se encuentra recogido en la mayoría de ordenamientos, sin perjuicio de que su protección pueda dimanar de otros derechos sí contemplados en las diferentes normas y jurisprudencia de los distintos países.

La escasa regulación en comparación con otros derechos otorga un amplio margen de maniobra a los respectivos legisladores, que deberán completar su incipiente configuración jurídica para dotarlo de efectividad. El hecho de que este

¹² Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., p. 57.

¹³ Artículo 9.3: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

¹⁴ Vid. CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo" en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013, p. 1.

¹⁵ Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 24-25.

derecho esté en una fase inicial es relevante para comprender las futuras modificaciones que es probable que se produzcan, debido a que trata sobre una materia susceptible al cambio. Del mismo modo, al no estar plenamente consolidado, se albergan fundadas dudas sobre su efectiva existencia y sobre su necesidad.

En este punto es necesario matizar este derecho al olvido, ya que, además de ser regulado de manera tangencial y en ocasiones diversa por los distintos países, no se puede caracterizar como un derecho absoluto que se pueda invocar siempre, sino que aparece esporádicamente requiriendo soluciones individuales al caso concreto, en función de los derechos que cada ordenamiento jurídico entienda vulnerados. Destáquese, en el ámbito comunitario, que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 debe ser analizada con cautela, puesto que no proclama la existencia de un derecho al olvido que permita hacer desaparecer nuestros datos de internet, simplemente resuelve un caso específico. El resto de los supuestos deberá ser analizado y ponderado individualmente¹⁶.

Téngase presente que existen diversas disposiciones a lo largo de la geografía en las que se alude al derecho al olvido, uno de cuyos múltiples ejemplos lo constituye Francia, que es uno de los países pioneros en reconocer un principio de derecho al olvido digital en el año 1978, mediante la ley nº 78-17 del 6 de enero, lo cual supone una excepción a la generalidad¹⁷. Sin embargo, este derecho carece de un claro reconocimiento general en la mayoría de los estados y las organizaciones de ámbito internacional que le permita tanto ser aplicado directamente, como garantizar la salvaguardia del bien que trata de proteger. En este sentido, es necesario tratar de concretar este concepto jurídico indeterminado.

Así, no se puede afirmar categóricamente la existencia de un derecho al olvido, sino diversas manifestaciones legislativas y jurisprudenciales, algunas de ellas inconexas e incluso incompatibles entre sí, que requieren de una buena práctica legislativa para que este pueda ser configurado jurídicamente sin que pierda su razón de ser; esto es, proteger la información del usuario en los diversos medios a través de los cuales puede ser vulnerada.

3.3. Limitaciones

A la hora de regular el derecho al olvido algunos autores, entre los que se encuentra Jeff Ausloos, defienden la necesidad de imponerle unos límites para tratar de acotar su ejercicio y evitar que se solape con otros derechos. Pueden ser condensados, siguiendo a la profesora Abril y al profesor Pizarro, de la siguiente manera:

En primer lugar, la mirada limitada (Limited Scope). De este modo, el alcance del derecho al olvido se restringe por la existencia de una relación previa “contractual”, es decir, cuando el afectado ha prestado su consentimiento con carácter previo. Sin embargo, este concepto es inadecuado para los supuestos en los que los datos se obtuvieron sin el consentimiento de la persona. Además, conviene tener presente que el derecho en este ámbito soluciona los problemas con posterioridad.

En segundo lugar, los datos anónimos (Anonymized Data). Es evidente que la persona no puede cribar los datos de una información anónima, ya que se desconoce el contrario ante quien podría hacerse valer este derecho.

En tercer lugar, la censura (Subtle Censorship). Consiste en permitir a los individuos eliminar los datos que les afecten, por lo que la información relevante puede alterar la realidad. Este argumento permite censurar y, con ello, afectar a las libertades de expresión e información.

En cuarto lugar, las dificultades prácticas (Practical Difficulties). La eliminación

¹⁶ Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., p. 552.

¹⁷ Vid. PÉREZ GÓMEZ, A.M. “Cuando Google juega con la información privada... el derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes”, *Revista la propiedad inmaterial*, nº 22, 2016, pp. 173-186.

de datos tiene una serie de obstáculos técnicos que pueden imposibilitar el objetivo final de borrar el rastro personal de un sujeto.

En quinto y último lugar, la ilusión de la opción (The Illusion of Choice). Es probable que el derecho a ser olvidado sea insuficiente para afrontar los problemas de privacidad en la red, por lo que se puede hablar de una fantasía o una ilusión. De este modo, el derecho que se ha concedido puede verse frustrado¹⁸.

Debe tenerse en cuenta que existen más límites a este derecho en la regulación de cada país. Cítense a modo de ejemplo diversos supuestos en los que se acota su aplicación, como algunos casos en los que la información pertenezca a un personaje público o cuando tenga un gran valor histórico.

3.4. Mecanismos

Existen una serie de recursos técnicos que podrían hacer plenamente efectivo el derecho al olvido mediante el borrado de datos o del rastro dejado en internet, si bien requieren de un apoyo legislativo que todavía no se ha producido. El citado Jeff Ausloos propuso tres mecanismos que agrupa bajo el nombre de Códigos, para tratar de garantizar la privacidad en la red. Todo ello sin perjuicio de otros mecanismos que existen y a los que previsiblemente se incorporarán aquellos que serán integrados por el paso de los años debido a los avances técnicos. Huelga decir que la referencia al futuro pone de manifiesto la dificultad de llevar a cabo a día de hoy dicha tarea. En este punto se vuelve a seguir a la profesora Abril y al profesor Pizarro.

El primer mecanismo es la fecha de expiración (Expiry Date). Se pretende que los datos que se comparten en la red nazcan con fecha de caducidad, pero esto no evitaría que los mismos pudieran ser copiados y seguir siendo utilizados, con lo que la utilidad de esta herramienta quedaría en entredicho.

El segundo mecanismo tiene que ver con los gerentes de reputación (Reputation Managers). Se caracteriza por la aparición de esta figura en internet, ofreciendo los sitios webs para controlar toda la información que circula sobre una persona, la defensa de su reputación técnica y legalmente e, incluso, para definir su imagen.

El tercer y último mecanismo alude a las alternativas (Alternatives). Alude a la búsqueda de opciones que surjan favoreciendo la protección de la privacidad en el funcionamiento normal de la intercomunicación en la red¹⁹.

4. El derecho al olvido en España

4.1 Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español

España no es ajena a la realidad general anteriormente descrita, por lo que buena parte de todo lo afirmado hasta ahora se le puede aplicar. Ahora bien, su sistema de derecho posee una serie de especificidades que consigue diferenciarlo del resto de países, con lo que la regulación desde la óptica española del derecho al olvido contiene caracteres propios que deben ser reseñados.

Debe tenerse presente que nuestro país fue el precursor de una cuestión perjudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en la que se recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario, siendo este pronunciamiento coherente con una parte de las resoluciones emitidas por España en la materia, pues ya se venía reconociendo de manera más o menos implícita la existencia de este derecho.

La Constitución Española recoge una serie de derechos fundamentales que forman uno de los pilares sobre los que se sustenta nuestro sistema de derecho. Conviene precisar que nuestra norma fundamental no precisa el contenido de los derechos, lo cual no es extraño a la vista del constitucionalismo comparado. Con respecto a la naturaleza de los derechos y libertades en nuestro ordenamiento jurídico, remítase a otra sentencia de nuestro Tribunal Constitucional en donde se

¹⁸ Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 12-13.

¹⁹ Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 51-52.

resume esta cuestión: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, predicables de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y más tarde en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”²⁰.

La norma normarum de 1978 recoge por primera vez en un texto constitucional español los derechos fundamentales como tales, de ahí la solemnidad del título I: “De los derechos y deberes fundamentales”. El capítulo II de este título, en su sección 1ª, recoge específicamente los derechos fundamentales y las libertades públicas. La incorporación y reconocimiento de tales derechos y libertades obliga a una elevada exigencia de garantías, las cuales se concretan en: la necesidad de un procedimiento agravado para su reforma, la obligación de revestir la forma de ley orgánica, la reserva de ley y la posibilidad de acudir a un procedimiento sumario para su tutela.

Con respecto a la caracterización de los derechos en la Constitución, se pueden concretar en los siguientes puntos: su reconocimiento constitucional preferente, su fundamento supraconstitucional, la pluralidad en su titularidad, la pluralidad en cuanto a su eficacia, la existencia de elementos de delimitación de la acción de los poderes públicos, su carácter limitado, irrenunciable e imprescriptible²¹.

No se puede obviar la existencia de ciertos límites en los derechos, de ahí que existan varios derechos cuyos límites se superponen y que algunos puedan entrar en conflicto. Para tratar de solventar el problema concreto es necesario ponderar proporcionalmente los derechos enfrentados, con el objetivo de optar por la prevalencia de uno sobre el otro, si bien debe tratarse de evitarse el sacrificio completo de cualquiera de ellos. En ocasiones el propio legislador se anticipa al conflicto, constituyendo un buen ejemplo el derecho contenido en el artículo 16 que promueve la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, pues este está limitado por el mantenimiento del orden público protegido por la ley²².

Como es evidente, es muy difícil que legislador sea capaz de prever todos los tipos de conflictos que puedan surgir entre derechos, por lo que en estos casos las cuestiones que se susciten son dirimidas por los tribunales o por una legislación ad hoc a posteriori. En el caso de que la colisión que se produzca sea entre dos derechos fundamentales, la solución no suele caracterizarse por sus efectos generales ni por la extensión de estos a otros supuestos parecidos, sino por resolver el caso concreto. Buena parte de los asuntos de esta índole son resueltos por el Tribunal Constitucional.

Si a la ausencia de previsión del legislador ante una eventual colisión de derechos, algunos de ellos fundamentales, se añade la pretensión de proteger una materia que no está perfectamente delimitada, el asunto se complica en demasía. Es lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico con el incipiente derecho al olvido, el cual puede proyectarse sobre varios derechos fundamentales, algunos de los cuales pueden llegar a contraponerse entre sí. Conviene recordar que nuestra Constitución no recoge este derecho de manera específica.

4.2. Derechos fundamentales afectados

El derecho al olvido se relaciona con diversos derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la intimidad personal desde la vertiente de su protección, o

²⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.

²¹ Vid. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V. *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, editorial Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 23-32.

²² Op. Cit. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V., pp. 59-64.

el derecho a la libertad de información y expresión desde el prisma contrario²³. Además, la negación del derecho al olvido podría afectar a la dignidad de la persona en cuanto derecho que sirve de fundamento del orden político y de la paz social, tal y como establece el artículo 10.1 de la Constitución.

Conviene precisar que el artículo 20, que comprende, entre otros, el derecho a la libertad de información y de expresión contiene, en su apartado cuarto, ciertos límites a su ejercicio que se relacionan con el derecho al honor y el derecho a la intimidad, poniendo de manifiesto una frecuente colisión entre estos derechos²⁴.

De tal manera, ha de tenerse en cuenta la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información a la hora de ser ponderado con otros derechos, como el del honor o el de la intimidad personal. Esto obedece a que el derecho a la libertad de información posee un doble carácter de libertad individual y de garantía institucional, al ser considerado como una manifestación del pluralismo político instaurado como valor superior sobre el que se asienta nuestro ordenamiento jurídico. Para que prime este derecho, la información debe ser veraz y referida a asuntos o personas de relevancia pública que sean de interés general²⁵.

Con respecto a los derechos de la personalidad, entre los que se encuentran el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como su entronque con la dignidad humana, cabe destacar el evidente trasfondo iusnaturalista que inspira su consagración en nuestra norma fundamental²⁶. En relación a los sujetos legitimados para ejercitarlos, al ser derechos que todo ciudadano podría llegar a invocar llegado el caso, cabe destacar su universalización confirmada por el Tribunal Supremo: "La idea o sentimiento del honor ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales, para convertirse en los grupos sociales y categorías jurídicas de las naciones de cultura occidental, como un atributo inherente a toda persona, cualquiera que sea su clase social, profesión, religión, raza o sexo; algo que nace con la persona y sólo se extingue con su muerte"²⁷.

Es evidente que esta sentencia tiene trascendencia en el ámbito del derecho al olvido, porque no solo se universaliza la legitimación de los denominados derechos de la personalidad, sino que también lo hacen las nuevas tecnologías debido a su fácil acceso y al fenómeno de la globalización, con sus consiguientes consecuencias para los derechos de los usuarios.

4.3. La Agencia Española de Protección de Datos

Esta autoridad administrativa ha ido reconociendo paulatinamente la existencia de un derecho al olvido a través de sus resoluciones, sabiendo adaptarse a la defensa de los intereses de los usuarios en consonancia con el desarrollo digital. En este sentido, ha contemplado la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercitar un derecho de oposición y cancelación de sus datos personales, además de propugnar que la información que se pretende eliminar desaparezca de los motores de búsqueda web. Esta responsabilidad del servidor supone un cambio en su forma de actuar, pues la Agencia Española de Protección de Datos no apreciaba la responsabilidad del servidor en sus primeras resoluciones.

Este organismo entiende que el derecho al olvido se incorpora al derecho a la protección de datos que, a pesar de no tener reflejo directo en la Constitución, se apoya en algunos de sus artículos y en las leyes orgánicas que desarrollan los derechos de la personalidad. De este modo, la Agencia Española de Protección de

²³ Vid. SEISDEDOS POTES, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Direito Actual*, n° 2, 2014, pp. 119-121.

²⁴ Artículo 20.4: "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

²⁵ Op. Cit. SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E., pp. 45-49.

²⁶ Op. Cit. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V., pp. 229-231.

²⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987.

Datos se apoya en dos principios recogidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, para amparar el derecho al olvido.

Así, el artículo 4.5 de esta Ley Orgánica establece el principio de finalidad como límite a la conservación de los datos registrados, por lo que se impone la obligación de cancelar los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. El final de este artículo concluye con una excepción que ha de ser determinada reglamentariamente con el objetivo de poder mantener íntegramente una serie de datos históricos, estadísticos o científicos. Por lo tanto, reconoce un derecho al olvido digital referente a la finalidad que inspira la protección de datos.

El segundo artículo de la Ley Orgánica 15/1999 en el que se pretende sustentar el derecho al olvido es más problemático. Su artículo 6 regula el principio del consentimiento inequívoco del afectado y la existencia de un interés público actual como requisitos necesarios para el tratamiento de datos. Sin embargo, este consentimiento no es necesario en el caso de que los datos personales aparezcan contenidos en una fuente de acceso público. En este supuesto, el principio del consentimiento no sustenta por sí mismo el derecho al olvido digital²⁸.

La importancia de la Agencia Española de Protección de Datos radica en suplir las deficiencias en la técnica legislativa y por ser un órgano no jurisdiccional que garantiza una protección jurídica. Además, inicia el camino que concluirá con la sentencia que reconoce parcialmente el derecho al olvido en el ámbito europeo, la cual se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, debe tenerse presente que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece un procedimiento judicial especial para tratar de asegurar el equilibrio entre los derechos de propiedad intelectual en la red y otros derechos fundamentales. Se excluye del conocimiento de este tipo de asuntos a la jurisdicción civil²⁹.

El recorrido legal que da cobertura al derecho al olvido en el ámbito administrativo comenzó con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, introduce en la norma de 2002 una nueva letra que recoge la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual y un nuevo apartado en su artículo 8. Además, también es necesario tener presente el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Las medidas restrictivas contenidas en esta Ley 34/2002 deben respetar según esta las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger una serie de derechos cuando estos pudieran resultar afectados, entre los que se encuentran: el derecho a la intimidad personal y familiar, la protección de los datos personales, la libertad de expresión y la libertad de información; esto es, derechos que afectan a la materia contenida en el derecho al olvido. La norma advierte expresamente que estas medidas sólo podrán ser adoptadas por la autoridad judicial competente.

El apartado siguiente, que se corresponde con el artículo 8.2 anteriormente referido, establece literalmente: "Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, con el objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-

²⁸ Vid. LÓPEZ PORTAS, B. "La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pp. 157-161.

²⁹ Op. Cit. LÓPEZ PORTAS, B., p. 148.

administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación”.

El segundo supuesto que prevé la Ley 34/2002 de intervención judicial a través del procedimiento especial regulado en el artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, alude a la ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual³⁰.

4.4. La sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000

La trascendencia de esta sentencia obedece al hecho de que viene a establecer de manera clara y contundente el derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo, quedando configurado su contenido por los principios y derechos que se contemplan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Debe tenerse presente que esta sentencia declaró la inconstitucionalidad y nulidad de algunos puntos de esta norma. Esta resolución viene a significar un nuevo paso en la regulación del derecho al olvido, demostrando que su configuración se va adaptando poco a poco a la realidad sobre la que debe legislar.

Se transcriben estos dos párrafos porque condensan perfectamente la ratio decidendi de la sentencia: “El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado.

De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”³¹.

5. El derecho al olvido en la Unión Europea

5.1. La sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014

Como ya se ha afirmado con anterioridad, esta sentencia recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario. El origen de esta viene por una demanda que interpone la Agencia Española de Protección de Datos contra Google, lo que motivó que la Audiencia Nacional elevara una cuestión prejudicial al tribunal europeo a raíz de un caso surgido en nuestro país.

El señor Costeja realizó lo que se denomina una “búsqueda vanidosa” y se encontró con una información que le llevaba perjudicando durante años, por el embargo al que se vio sometido por no pagar unas deudas debidas a la Seguridad Social. Los anuncios de la subasta de su inmueble fueron publicados por el

³⁰ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. “Procedimientos especiales” en VV.AA., *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Open Ediciones Universitarias, 2ª edición, Madrid, 2016, pp. 190-192.

³¹ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000.

periódico La Vanguardia en el año 1998, dando así cumplimiento a las disposiciones legales que exigen que se le dé la máxima publicidad posible a dicho trámite para conseguir ejecutar la cantidad debida³². El hecho de que el señor Costeja satisficiera su deuda no pudo evitar que su nombre siguiera asociado a la situación que había padecido hace años, ya que su información fue indexada por Google en el momento en el que se digitalizó el periódico³³.

Ante esta situación el señor Costeja acudió a la Agencia Española de Protección de Datos contra Google Spain, S.L., Google Inc. y contra La Vanguardia Ediciones S.L. por no haber sido atendido debidamente su derecho de oposición y solicitando la apertura de un procedimiento sancionador. El resultado de la reclamación fue dispar. Mientras que la reclamación contra la Vanguardia Ediciones S.L. fue desestimada por cumplir esta con su obligación de publicitar las subastas, la referente a Google Spain, S.L. y a Google Inc. fue atendida, requiriéndoles para que adoptasen las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitasen el acceso futuro a los mismos³⁴.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014³⁵ debe ser analizada en profundidad, puesto que aborda varios aspectos fundamentales. En primer lugar, concluye que Google Spain se dedica al ejercicio real y efectivo de una actividad mediante una instalación estable en España, por lo que las invocaciones de Google a otro fuero territorial no se tuvieron en cuenta. Esta afirmación es coherente con el Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012³⁶, en el que se consideró que Google se presta a nivel mundial con versiones adaptadas al idioma nacional.

En segundo lugar, no se puede sustraer la responsabilidad de Google porque se constata que realiza un tratamiento de los datos personales en su establecimiento. Esta obligación persiste aun cuando los datos personales ya hubieran sido publicados por medios de comunicación social. En base a esto, con respecto a la actividad de Google como proveedor de contenidos, el tribunal europeo diferencia la actividad de los editores de las páginas web de la actividad llevada a cabo por el buscador, el cual ejerce de multiplicador de la información. El aspecto fundamental es si se puede imputar o no una responsabilidad a Google, teniendo en cuenta que los buscadores solo indexan aquello que se les permite. Por lo tanto, se corre el riesgo de que Google en su cualidad de intermediario tenga que responder por la negligencia en la forma de tratar los datos, extendiendo el ámbito de su responsabilidad desde una concurrencia de culpas con la página web originaria hasta su culpa exclusiva.

Sin embargo, la sentencia hace hincapié en los perniciosos efectos padecidos por la protección de datos por culpa de los buscadores en internet, por lo que imputa una mayor responsabilidad a estos por provocar, en comparación con una página web, una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada.

Por estos motivos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea impone a Google la obligación de eliminar los links a la información de los datos. No obstante, hay que matizar este deber ya que no opera automáticamente, puesto que es necesario hacer una ponderación de los intereses en juego que podría llegar a exonerar a Google de su obligación. Esto se produce porque Google debe tener

³² Vid. artículo 645 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; y artículo 117.1 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

³³ Op. Cit. CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., pp. 1-2.

³⁴ Vid. Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 30 de julio de 2010.

³⁵ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.

³⁶ Vid. Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012.

presente los derechos de cancelación y oposición en relación con el resto de principios que rigen los datos personales, como son el de finalidad de los tratamientos y el de calidad de los datos³⁷.

Adviértase que la sentencia es cuestionable jurídicamente por diversos motivos, ya que la responsabilidad al motor de búsqueda debería ser limitada a retirar los datos de sus servidores y, en algún supuesto, a suprimir los links donde se trata la información. Puede ocurrir que Google decida convertirse en un censor decidiendo lo que se puede indexar y lo que no, para evitar la responsabilidad a la que tiene que hacer frente por culpa del abandono de las obligaciones de un tercero.

La resolución del tribunal europeo tampoco puede garantizar que los datos que han sido borrados no sigan circulando por la red y puedan ser indexados por otros buscadores. La atribución de responsabilidades a Google por las copias o enlaces que hayan hecho terceras personas, puede provocar situaciones anómalas de difícil solución.

Además, la obligación de Google de aplicar el derecho al olvido sitúa a los buscadores en una compleja posición, toda vez que no es un órgano judicial que pueda ponderar con la misma eficacia que un tribunal las circunstancias concretas de cada caso, máxime cuando estas surgen como resultado de un conflicto de intereses³⁸. En todo caso, adviértase que el tribunal europeo sí ofrece algunas reglas precisas que permiten realizar la ponderación requerida para abordar el derecho al olvido, como las siguientes: no es preciso que la información contenida en el tratamiento de datos cause un perjuicio al interesado; el derecho a la intimidad del interesado prevalece, en todo caso, al interés económico del buscador; y la intimidad del afectado prevalece al interés público en general de acceder a la información excepto cuando por razones concretas deba reconocerse que existe un interés preponderante del público en acceder a la información, como en los casos en que el interesado tenga un papel importante en la vida pública.

Finalmente, destáquese la sentencia dictada el 29 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sección Primera³⁹, donde finalmente se resuelve el tema planteado por el señor Costeja integrando los argumentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014. Su importancia estriba en que es la primera ocasión en la que se reconoce el derecho al olvido en el ámbito judicial español.

Describe este derecho como el poder de disposición del particular sobre las informaciones que se publican en la red sobre su persona. Además, esta sentencia de la Audiencia Nacional corrobora lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que hace hincapié en la obligación que tiene el motor de búsqueda de desindexar una lista de resultados vinculada a una persona, así como en la ausencia de necesidad de que la información cause un perjuicio al interesado⁴⁰.

5.2. El Derecho Administrativo Europeo

El hecho de que buena parte de lo relativo al derecho al olvido se atribuya a órganos administrativos y a la jurisdicción contencioso-administrativa, obliga a hacer una referencia a este derecho en el ámbito de la Unión Europea. Su importancia radica en que este derecho de índole supranacional es un derecho que ejecuta las disposiciones provenientes de las instituciones comunitarias. Debe matizarse que este derecho comprende el de las administraciones nacionales, ya

³⁷ Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., pp. 546-550.

³⁸ Op. Cit. ARENAS RAMIRO, M., pp. 554-556.

³⁹ Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 29 de diciembre de 2014.

⁴⁰ Vid. AZURMENDI, A. "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, n° 92, 2015, pp. 292-295.

que estas ejecutan indirectamente este derecho de la Unión Europea. Por lo tanto, los estados miembros deberán adoptar todas las medidas para dar cumplimiento a los actos jurídicamente vinculantes.

Desde este punto de vista, es necesario que se garantice la uniformidad y eficacia de lo legislado por Europa, hasta el punto de que en algunos supuestos esta organización internacional puede asumir algunas competencias de ejecución, sustrayéndoselas a los estados miembros. Sin embargo, conviene advertir que la Unión Europea carece de una competencia formal para intervenir en el ámbito de las Administraciones Públicas, pero esto no es óbice para que influya de otras maneras.

En un sentido más estricto, el Derecho Administrativo Europeo sería el Derecho de la Administración Europea, entendiendo como tal una serie de aparatos administrativos de las Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. De este modo, la estructura administrativa europea se encarga de ejecutar el derecho emanado de dicha organización internacional.

Señálese que tanto la función administrativa como la ejecutiva no aparecen reflejadas en los Tratados, por lo que se hace necesario acudir a la jurisprudencia, la cual atiende a dos criterios: el formal y el sustantivo. Con respecto al primero, es evidente que un acto que desarrolla directamente el Tratado sería de naturaleza legislativa, mientras que un acto que desarrolla directamente otro acto que sí desarrolla el Tratado sí sería de naturaleza ejecutiva. En relación al segundo, el ámbito propio de la función ejecutiva se desenvolverá en los elementos que no son esenciales⁴¹.

El reglamento es un acto europeo que se caracteriza por su carácter fundamentalmente normativo, aplicable a categorías indeterminadas en abstracto y en su conjunto, no a destinatarios determinados, designados o identificables. Puede calificarse, en palabras del profesor Fuentetaja como: "el instrumento normativo por excelencia para establecer el régimen jurídico de la Administración europea, pues por su estructura interna y por sus efectos constituye una norma completa". Vincula a la administración, pudiendo originar derechos y obligaciones para los ciudadanos de manera directa. Con respecto a su naturaleza legislativa o ejecutiva dependerá de su procedimiento de adopción⁴².

5.3. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016

El título completo de esta norma es bastante significativo: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)⁴³. Apréciase que este instrumento jurídico es el idóneo para abordar esta materia por las razones expuestas en el apartado anterior.

Un análisis detallado del Reglamento 2016/679 ayuda a comprender el último eslabón de la protección del derecho al olvido y de los derechos inherentes a este. Ya en el preámbulo queda de manifiesto la importancia otorgada al derecho a la protección de datos de carácter personal, así como la afirmación categórica de que su tratamiento debe estar concebido para servir a la humanidad. También se hace patente el reconocimiento de que las nuevas tecnologías han sentado un precedente sin parangón a la hora de utilizar los datos personales, por lo que se hace necesario tratar de paliar esta situación. Motivos todos ellos por los cuales el legislador europeo se ve abocado a intervenir, toda vez que la jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado.

⁴¹ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014, pp. 30-51.

⁴² Op. Cit. FUENTETAJA PASTOR, J.A., pp. 85-86.

⁴³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

El preámbulo realiza una serie de advertencias dignas de ser reseñadas. Una en el sentido de que la protección de las personas físicas debe ser tecnológicamente neutra y no debe depender de las técnicas utilizadas. Otra refiriéndose a que los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Del mismo modo, el Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas, mientras que los niños merecen una protección específica de sus datos personales. Además, se declara expresamente que los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales merecen una especial protección, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales. En particular, las categorías especiales de datos personales que merecen mayor protección únicamente deben tratarse con fines relacionados con la salud cuando sea necesario para lograr dichos fines en beneficio de las personas físicas y de la sociedad en su conjunto.

Continúa el preámbulo incidiendo en la necesidad de que deban arbitrase fórmulas para facilitar al interesado el ejercicio de sus derechos, incluidos los mecanismos para solicitar y, en su caso, obtener de forma gratuita, en particular, el acceso a los datos personales y su rectificación o supresión, así como el ejercicio del derecho de oposición. Con ello se pone de manifiesto la importancia del consentimiento.

Entrando en las disposiciones del Reglamento, el artículo 1 tipifica su objeto, el cual se circunscribe a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. El artículo 2, en lo referente al ámbito de aplicación material, establece que se aplica al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero, si bien establece una serie de excepciones. El artículo 3, relativo al ámbito territorial, pretende garantizar la aplicabilidad de la norma en un buen número de supuestos, para tratar de evitar que se conculque el sentido de este Reglamento. Señálese que el artículo 4 define una serie de conceptos recurrentes a lo largo del texto legal, lo que redundará en tratar de obviar las interpretaciones que obstaculicen lo establecido por el legislador.

El artículo 5 merece una especial atención, ya que establece los principios relativos al tratamiento de los datos, lo cual tiene una especial trascendencia pues constituyen el fundamento primigenio de la regulación de esta materia. Sin perjuicio de un análisis pormenorizado de alguno de ellos, se transcribe literalmente: "1. Los datos personales serán:

a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);

b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);

e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el

artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

El principio de transparencia es uno de los nuevos principios aplicables que el Reglamento recoge en relación con la protección de datos. Su preámbulo ya establece en varias ocasiones la exigencia de que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, así como que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Además, el artículo 12 regula específicamente la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado.

Este principio otorga además al titular de los datos el derecho a estar informado sobre el tratamiento que se está haciendo de sus datos, para que el interesado pueda conocer quién, cómo y para qué están tratando sus datos en todo momento, así como saber con exactitud el tipo de datos que están siendo tratados y las incidencias que se produzcan en relación a los mismos. El reconocimiento de este principio implica, correlativamente, en el caso de que los datos se recaben directamente del interesado, un aumento de la información que el responsable del fichero deberá poner a disposición del titular de los datos antes de obtenerlos o al momento de destinar los ya obtenidos a una nueva finalidad. Se regula también el principio de responsabilidad del responsable del tratamiento, que es objeto de desarrollo en el artículo 24⁴⁴.

El artículo 6 impone una serie de condiciones para que el tratamiento sea lícito. El siguiente instaure otra novedad al regular las condiciones para entender válidamente prestado el consentimiento, entre las que destacan el que deba ser manifiestamente otorgado y, en algunos casos, explícito. El original artículo 8 instaure las condiciones aplicables al consentimiento de los niños. En la siguiente disposición se añaden nuevas categorías especiales de datos personales que se suman a las existentes, entre las que se encuentran los datos genéticos y los datos biométricos, sobre los que decreta la prohibición de su uso siempre que estos tengan la finalidad de identificar a una única persona.

Se reconocen nuevos derechos, o nuevas variantes de los recogidos, en la protección de datos recogidos entre los artículos 12 y 21, ambos inclusive. Entre estos: transparencia (anteriormente referenciado), información, acceso, rectificación, supresión o derecho al olvido, limitación del tratamiento, oposición y portabilidad de datos. Este último consiste, tal y como tipifica el artículo 20, en el derecho que tiene el interesado en recibir los datos personales que le incumbran en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, así como a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado, siempre que se cumplan una serie de condiciones⁴⁵.

Del resto de novedades que instaure el Reglamento conviene destacar la contenida en el artículo 17, en virtud del cual se reconoce el derecho al olvido, anteriormente reconocido por la jurisprudencia. Su tenor literal es el siguiente: “1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

⁴⁴ Vid. MAYOR GÓMEZ, R. “Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)”, *Gabilex*, nº 6, 2016, pp. 11-12.

⁴⁵ Op. Cit. MAYOR GÓMEZ, R., pp. 13-15.

a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento de conformidad con el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), y este no se base en otro fundamento jurídico;

c) el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 1, y no prevalezcan otros motivos legítimos para el tratamiento, o el interesado se oponga al tratamiento con arreglo al artículo 21, apartado 2;

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente;

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento;

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1.

2. Cuando haya hecho públicos los datos personales y esté obligado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, a suprimir dichos datos, el responsable del tratamiento, teniendo en cuenta la tecnología disponible y el coste de su aplicación, adoptará medidas razonables, incluidas medidas técnicas, con miras a informar a los responsables que estén tratando los datos personales de la solicitud del interesado de supresión de cualquier enlace a esos datos personales, o cualquier copia o réplica de los mismos.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el tratamiento sea necesario:

a) para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información;

b) para el cumplimiento de una obligación legal que requiera el tratamiento de datos impuesta por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, o para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable;

c) por razones de interés público en el ámbito de la salud pública de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letras h) e i), y apartado 3;

d) con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, en la medida en que el derecho indicado en el apartado 1 pudiera hacer imposible u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de dicho tratamiento, o

e) para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones".

El legislador decide reconocer en vía legislativa un derecho que es necesario para tutelar una serie de derechos relacionados con el olvido. De lo contrario, se corría el riesgo de que se siguieran produciendo no solo vulneraciones totales o parciales de los mismos, sino que la evolución del uso de las nuevas tecnologías provocara otra serie de transgresiones en este tipo de derecho. A pesar de que estas son difíciles de prever, lo cierto es que su regulación aminora las posibles consecuencias que podrían llegar a producirse.

En un mundo cada vez más globalizado es necesaria una regulación uniforme, aunque sea en el ámbito comunitario, que dé una respuesta común a los problemas que se plantean en el ámbito del derecho al olvido. Es más, el carácter tuitivo del Reglamento hace que su aplicación se extienda al tratamiento de los datos de los ciudadanos europeos fuera del ámbito de la Unión Europea. El hecho de haber adoptado la forma de un reglamento es una muestra de la importancia que le ha concedido el legislador europeo a esta materia.

Como toda legislación que contiene aspectos que se regulan ex novo, es probable que necesite más tiempo del habitual para que todos los operadores jurídicos puedan adecuarse a ella. Ello no obstará para que a este Reglamento se le puedan ir reconociendo una serie de méritos, como el haber trascendido el contenido clásico del derecho de cancelación. Seguramente sea mejorable y también necesite adaptarse a los cambios que se van a seguir produciendo en el mundo tecnológico, pero para ello ya tendrá tiempo el legislador para volverse a adaptar a los tiempos.

6. Conclusiones

Las nuevas tecnologías han venido provocando sistemáticamente la conculcación de una serie de derechos y la aparición de otro tipo de problemas a los que el derecho debe hacer frente. El derecho al olvido afecta a varios derechos que se encuentran enfrentados, por eso es conveniente ponderarlos para determinar el que debe tener preferencia en el caso concreto, tratando de evitar que ninguno sea sacrificado.

Conviene recordar que el derecho al olvido no es absoluto y que existen ocasiones en los que no se dan los presupuestos para que se pueda aplicar. Sirva como ejemplo el caso de la persona de relevancia pública cuyos datos son de interés público que pretendiese ejercer este derecho o la protección de determinados tipos de datos como son los históricos. Sin embargo, estas generalizaciones no nos pueden hacer obviar la necesidad de seguir analizando cada caso de manera diferente. Por ello, retomando uno de los supuestos anteriores, se plantea la duda de hasta cuando se entiende limitada temporalmente la existencia de interés público o, por el contrario, perdura indefinidamente. Desde el otro punto de vista, se ignora donde se encuentran los límites al derecho a la libertad de información y a la censura.

Señálese que los ordenamientos de los distintos países no abordan esta cuestión de manera homogénea, toda vez que las diferencias entre sistemas reflejan, en no pocas ocasiones, las diversas concepciones de los derechos afectados, lo que provoca que ante supuestos iguales se articulen diversas soluciones, como en el caso de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente a la privacidad en la tradición americana. Recuérdese que la privacidad en este sistema se fundamenta en la noción de control, mientras que en Europa lo hace como derecho a la dignidad o a la intimidad.

El ordenamiento español ha abordado su contenido desde distintos ámbitos legislativos, siendo relevantes las resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos, cuya trayectoria refleja una mayor protección conforme pasan los años. En consonancia con esto, la configuración del derecho al olvido ha ido evolucionado como respuesta al desarrollo de las nuevas formas de comunicarse. Una de las muestras que corroboran lo anterior es el importante cambio en materia de disposición de los datos por parte de los ciudadanos, pasando de ser un control a posteriori a un control a priori. Además, nuestro país fue el precursor de una cuestión perjudicial que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014, en la que se recoge parcialmente el derecho al olvido en el ámbito comunitario, siendo esta una resolución que confirma normativa anterior y coherente, a su vez, con la realidad legislativa española.

Anteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 ya había venido a establecer la protección de datos como derecho fundamental autónomo, puesto que su objeto no se circunscribe solamente a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo.

Retomando la resolución del tribunal europeo y sin negar su importancia, esta tampoco puede garantizar que los datos que han sido borrados no sigan circulando por la red y puedan ser indexados por otros buscadores. Una vez más los hechos van por delante del derecho y tratándose de las nuevas tecnologías este axioma cobra más sentido si cabe. De ahí la necesidad de un impulso legislativo que culminó, varias normas después, con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. En esta norma se reconoce el derecho al olvido sin ambages, con una profusión requerida por la realidad tecnológica y que, en principio, parece que puede ser efectiva para el cumplimiento de sus objetivos si no se distorsiona su aplicación.

Sin embargo, a pesar de la existencia de este derecho en diversa normativa y en reiterada jurisprudencia en múltiples ordenamientos, asoman una serie de interrogantes que solo el paso del tiempo ayudaría a dilucidar y que requieren de un tratamiento más sosegado. Por ejemplo, se ignoran las consecuencias de los

procesos de recolección de grandes cantidades de datos y su inmediato análisis para alcanzar varios objetivos, conocidos como Big Data. Esta práctica salió a la luz para una inmensa mayoría de los ciudadanos a raíz de su uso en las elecciones presidenciales estadounidenses por parte del equipo de Obama, el cual iba modificando sus discursos y mensajes en función de estos datos recogidos en la red.

Asimismo, también seguirán existiendo tensiones entre el derecho al olvido y otros derechos referentes a él. Baste recordar la cíclica polémica entre los que propugnan que ciertos delincuentes puedan disfrutar del derecho al olvido y los que defienden que la población debe ser avisada para poder extremar las medidas de precaución. También es célebre la postura que mantiene que deberían elaborarse listas públicas con determinados tipos de delincuentes con el mismo objetivo previsor.

Finalmente, el estado actual en la regulación al derecho al olvido parece consolidar una tendencia hacia una mayor protección. Sin embargo, ello no es óbice para que los grandes poderes interesados en el control de los datos para todo tipo de fines, consigan cambiar esta dinámica en connivencia con los poderes públicos. Del mismo modo, puede suceder que el retroceso en la protección derivada de este derecho se deba a otro tipo de factores que tengan que ver, por ejemplo, con un cambio de mentalidad general que sea más permisiva con la pérdida de intimidad. Quizás simplemente, parafraseando a Mario Benedetti, el olvido esté lleno de memoria.

7. Bibliografía

- ARENAS RAMIRO, M. "Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso Costeja (Google vs. AEPD)", *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014.
- Auto de la Audiencia Nacional nº 725/2010, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, de 27 de febrero de 2012.
- AZURMENDI, A. "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, nº 92, 2015.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R.C. "Indexación, información, motores de búsqueda y protección de datos o la cuadratura del círculo" en el Observatorio de la Cátedra de Paz, Seguridad y Defensa de la Universidad de Zaragoza, de 2 de septiembre de 2013.
- DEL MASSO, F., MIRANDA GONÇALVES, R. y ZEFERINO FERREIRA, R. M. "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. *Derecho Administrativo Europeo*, editorial Civitas, 1ª edición, Navarra, 2014.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. "Procedimientos especiales" en VV.AA., *Introducción a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Open Ediciones Universitarias, 2ª edición, Madrid, 2016.
- GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, M.V. *Derechos y libertades en la Constitución Española de 1978*, editorial Sanz y Torres, Madrid, 2011.
- LÓPEZ PORTAS, B. "La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015.
- MAYOR GÓMEZ, R. "Contenido y novedades del Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016)", *Gabilex*, nº 6, 2016.

- PARRADO, S. "Estados Unidos" en VV.AA., *Gobiernos y Administraciones públicas en perspectiva comparada*, editorial Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2013.
- PEREIRA MENAUT, A.C. *Lecciones de Teoría Constitucional*, editorial Colex, 3ª edición, Madrid, 1997.
- PÉREZ GÓMEZ, A.M. "Cuando Google juega con la información privada... el derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes", *Revista la propiedad inmaterial*, nº 22, 2016.
- RALLO LOMBARTE, A. "El derecho al olvido y su protección: a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº 85, 2010.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).
- SÁNCHEZ ABRIL, P., PIZARRO MORENO, E. "La intimidad europea frente a la privacidad americana: Una visión comparativa del derecho al olvido", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2014.
- SEISDEDOS POTES, V. "Derecho al olvido. Jaque a Google en Europa", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987.
- SOUTO PAZ, J.A. "Las libertades públicas en la Constitución de 1869", *Revista de Derecho Político*, nº 55-56, 2002.

Nanotecnologias e direitos humanos¹

Nanotechnologies and Human Rights²

Wilson Engelmann³
UNISINOS, Brasil

SUMARIO: Introdução. 2 As nanotecnologias: entre as novidades e os riscos. 3 A ausência (?) regulatória legislativa e o papel da RRI: novos caminhos para a *ciência regulatória*. 4 O reflexo do RRI na estrutura organizacional dos direitos humanos como condição de possibilidade para se lidar com os riscos nanotecnológicos: as alternativas da responsabilidade social empresarial a partir de John Gerard Ruggie.

Resumo: Este Trabalho Final de Investigação apresenta as nanotecnologias no cenário da Quarta Revolução Industrial e os seus desafios jurídicos. Não existem marcos regulatórios legislativos específicos bem definidos para as investigações, produções industriais, comercialização e a destinação final de produtos que contenham nanopartículas. Por conta disso, este trabalho apresenta o framework e os princípios orientadores, que foram estruturados por John Gerard Ruggie, como um arcabouço regulatório a guiar a construção de instrumentos autorregulatórios por parte das organizações que inovam a partir da escala nanométrica. Desde as características da *Responsible Research and Innovation* (RRI) se sinaliza a utilização da *due diligence* da governança das organizações de base nanotecnológica. A partir da Ciência Regulatória se projeta estes elementos substanciais para a arquitetura do ambiente regulatório, cujos resultados internos, hermeneuticamente vinculados se projetam na emissão de uma *Comfort Letter* como a concretização da responsabilidade social empresarial das organizações inovadoras no cenário das nanotecnologias.

Palavras chave: Nanotecnologias; Direitos Humanos; John Gerard Ruggie; Riscos; Ciência Regulatória; Ambiente Regulatório; Responsible Research and Innovation.

Abstract: This Final Research Paper presents nanotechnologies in the scenario of the Fourth Industrial Revolution and its legal challenges. There are no well-defined

¹ Resultado parcial das investigações científicas desenvolvidas pelo autor no âmbito dos seguintes projetos: a) Edital 02/2017 – Pesquisador Gaúcho – PqG: Título do Projeto: “A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos”, com apoio financeiro concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS; b) Chamada CNPq n. 12/2017 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa – PQ, projeto intitulado: “As nanotecnologias e suas aplicações no meio ambiente: entre os riscos e a autorregulação”; c) Edital: Apoio a Projetos de Pesquisa/MCTI/CNPq/Universal 14/2014, projeto intitulado: “Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala”, em prorrogação até 31/07/2018.

² Trabalho Final de Investigação (TFI) apresentado como requisito final para a conclusão do *Curso de Postdoctorado en los Retos Actuales del Derecho Público*, realizado junto ao Centro de Estudos de Seguridade (CESEG), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha, tendo como Tutor o Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez.

³ Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinios.br

specific regulatory structures for researches, industrial production, commercialization and the final destination of products containing nanoparticles. This work presents the framework and guiding principles, which were structured by John Gerard Ruggie, as a regulatory framework to guide the construction of self-regulatory instruments by organizations that innovate from the nanometric scale. From the characteristics of Responsible Research and Innovation (RRI) it signals the use of due diligence of the governance of nanotechnology-based organizations. From regulatory science, these substantial elements are projected into the architecture of the regulatory environment, whose internal results, hermeneutically linked, are projected in the issuance of a Comfort Letter as the realization of corporate social responsibility of innovative organizations in the nanotechnology scenario.

Keywords: Nanotechnologies; Human Rights; John Gerard Ruggie; Risks; Regulatory Science; Regulatory Environment; Responsible Research and Innovation.

1 INTRODUÇÃO

O século XXI se caracteriza pela emergência de uma revolução tecnocientífica sem precedentes, impulsionada pelos avanços de novos produtos, dispositivos e processos com nanotecnologias. Vale dizer: é a possibilidade humana de acessar a escala nanométrica, que equivale à bilionésima parte de um metro. Os investigadores abrem o caminho, fazendo as descobertas; as indústrias promovem a criação de produtos, a partir deste primeiro estágio; o comércio vibra com as possibilidades de vendas que os consumidores levam para as suas casas, usam nos seus corpos e povoam o meio ambiente com lixo que tem características inusitadas. Aqui se tem alguns degraus do ciclo de vida dos nanomateriais e nanopartículas. Permeando estes e outros degraus, se verifica a emergência de riscos, que, igualmente, poderão apresentar contornos novos e desafiadores a partir do presente, em direção ao futuro.

As questões que se colocam são: como e onde o Direito entra nesta revolução nanotecnocientífica? Como regular? O quê regular, já que esta é uma das funções precípua do Direito, se, inclusive as áreas exatas têm dificuldades de fazer este dimensionamento?

A partir do panorama apresentado, este Trabalho Final de Investigação (TFI), representa a última etapa do *Curso de Postdoctorado en los Retos Actuales del Derecho Público*, realizado junto à Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha, tendo como Tutor o Prof. Dr. José Julio Fernández Rodríguez. Além disso, a pesquisa que sustenta este TFI também está ancorada nas atividades de investigação desenvolvidas junto ao Grupo de Pesquisa JUSNANO, cadastrado junto ao CNPq/Brasil⁴, e liderado pelo autor deste trabalho. Ao mesmo tempo, esta investigação está conectada aos projetos de pesquisa desenvolvidos pelo autor no Brasil, conforme descrito na nota n. 1.

O tema da investigação versará sobre os avanços das nanotecnologias, que estão ladeados pelas possibilidades e pelos seus riscos, ambos ainda em processo de instalação na sociedade global e o modo como o Direito poderá lidar com tais características, que fogem da previsibilidade e da segurança peculiares ao contexto do jurídico.

Considerando-se este tema, o problema que este TFI pretende enfrentar, poderá ser assim demarcado: Quais são os elementos estruturantes de um ambiente regulatório, a partir das características da *Responsible Research and Innovation* (RRI)⁵, aplicado aos laboratórios e ao setor industrial, tendo como

⁴ Disponível em: <<http://jusunano.blogspot.com.br>>.

⁵ “É um processo interativo transparente onde os atores sociais e os inovadores se tornam mutuamente responsáveis pela perspectiva de aceitação (ética), sustentabilidade e desejabilidade social do processo de inovação e comercialização de produtos”. (SCHOMBERG, R. “A vision of responsible innovation”. OWEN, R., HEINTZ, M., and BESSANT, J. (Eds.)

orientação o respeito aos Direitos Humanos, por meio das contribuições de John Gerard Ruggie, na busca de uma gestão de conformidade global dos riscos nanotecnológicos?

A hipótese para este problema é: John Gerard Ruggie⁶ liderou o desenvolvimento, junto à ONU, de princípios para aplicar os elementos estruturantes dos direitos humanos às empresas transnacionais. Tais princípios, com aspiração global, buscam prevenir e reparar os atos praticados por empresas que violam ou colocam em situação de vulnerabilidade os direitos humanos. Portanto, aqui se tem um nascedouro da possibilidade de uma sanção não criada legislativamente ao descumprimento dos referidos princípios, que serão integrados aos pressupostos que caracterizam a *Responsible Research and Innovation* (RRI), como um conjunto mínimo que os investigadores e os inovadores empresariais em nanotecnologia e/ou escala nanométrica, deverão cumprir, comprometendo-se em uma *Comfort Letter*⁷, que será apresentada para comprovar a preocupação com a pesquisa e mitigação dos riscos aos seres vivos e o respeito ao meio ambiente.

Os elementos que integram os direitos humanos se originam das características da RRI e deverão ser expressos nesta *Comfort Letter*, onde cada organização – aqui pesquisadores, laboratórios e empresas – que inova a partir da nano escala, deverá se comprometer com a efetiva gestão dos riscos, tomando todos os cuidados possíveis e tecnologicamente viabilizados, para controlar ou mitigar os riscos que as nanopartículas poderão causar aos seres vivos e ao meio ambiente.

O objetivo geral da pesquisa pode ser assim definido: investigar as possibilidades de contribuição recíproca – na redefinição da noção de direitos humanos aplicados às empresas de base nanotecnológica – dos elementos da *Responsible Research and Innovation* e dos princípios reitores desenvolvidos por John Gerard Ruggie, canalizados na construção de uma *Comfort Letter*.

Este objetivo geral será desdobrado nos seguintes objetivos específicos:

a) analisar algumas das possibilidades e riscos trazidos pelo acesso humano à escala nanométrica;

b) estudar as contribuições dos elementos estruturantes da *Responsible Research and Innovation* (RRI) no cenário de ausência de regulação legislativa tradicional acerca das nanotecnologias;

c) avaliar o modo de acomodação dos elementos da RRI no panorama dos direitos humanos aplicados às organizações – laboratórios e empresas – de base nanotecnológica, orientado pelos princípios propostos por John Gerard Ruggie.

A pesquisa será desenvolvida pelo ângulo do método fenomenológico-hermenêutico.⁸ Sabendo-se que o método de abordagem visa aproximar o sujeito

Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society, John Wiley, London, 2013, p. 51).

⁶ John Gerard Ruggie foi Representante Especial do Secretário-Geral da ONU sobre o assunto de Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e outros Empreendimentos de Negócios de 2005 a 2011.

⁷ “Uma *carta de conformidade* é um documento preparado por uma empresa de contabilidade. Também é chamado de opinião de solvência. Ela garante a solidez financeira ou o apoio de uma empresa. Uma *carta de conformidade* pode ser usada como uma garantia escrita da empresa-mãe ou do banco de uma subsidiária para oferecer garantia ao comprador quanto à capacidade ou disposição do vendedor para cumprir suas obrigações. As letras de conforto são frequentemente usadas porque o vendedor não consegue fornecer uma garantia sobre determinado resultado.” Disponível em: <<http://definitions.uslegal.com/c/comfort-letters/>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Portanto, este modelo de *carta de conformidade*, com as investigações e sua continuidade sobre os eventuais riscos das nanopartículas, as empresas à base de nanotecnologia deverão elaborar, apresentar e cumprir, evidenciando o compromisso com as presentes e futuras gerações de seres vivos. Trata-se de uma espécie de “passaporte” para acessar as pesquisas, o desenvolvimento industrial e a comercialização de produtos com alguma nano partícula.

⁸ ENGELMANN, W. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Livraria do Advogado

(pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Por isto, cabem algumas considerações sobre a metodologia que sustenta o desenvolvimento da pesquisa: o “método” fenomenológico-hermenêutico.⁹ Vale dizer, não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo – as nanotecnologias –, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Já essa constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente por meio das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Gadamer reconhece que a base metodológica defendida por Dilthey para as ciências do espírito foi buscada como fundamentação para o reconhecimento da cientificidade das ciências humanas, que tinham sua validade questionada à época. Nesse sentido, Stein sintetiza esse pensamento:

[...] os gênios não necessitam dessas regras porque têm capacidade de produzir ‘necessidade’, ‘universalidade’ e ‘verdade’ através da aplicação da sua própria genialidade. Os outros (médios, medíocres) é que precisam de método, lógica e epistemologia, ou seja, a ciência é feita para os medíocres, menos dotados, na concepção de Dilthey, e a maioria é menos dotada, então temos que dar a humanidade recursos, esse é o ideal da escola histórica.¹⁰

Por conta desse entendimento, Gadamer questionou a visão de que o método poderia, de forma exclusiva, garantir a validade universal e a verdade, e, também perquiriu se, realmente, o método teria lugar nas ciências do espírito.¹¹ As ciências de espírito – onde se encontra o Direito – não podem ser pensadas do mesmo modo das ciências da natureza. Há algo que “não pode ser medido pela verificabilidade de um enunciado”¹², pois “todo enunciado tem pressupostos que ele não enuncia”, uma motivação, um horizonte de sentido que nasce na situação da pergunta¹³. Assim, métodos seguros não têm força para afastar preconceitos em busca da objetividade nas ciências do espírito, essa é uma ilusão. No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão, a interpretação e a aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

A juridicização do fato nanotecnológico – que significa o reconhecimento da relevância jurídica desse fato, em decorrência da necessidade de cuidado e prudência nas ações relacionadas às criações em nano escala – depende, assim, do compromisso que o *Dasein* tem como “ser-no-mundo”, de não se esquecer de sua origem de ser humano e dever de cuidado com a espécie humana. Em outras palavras, a tradição referente ao *fato nanotecnológico* clama pelo cuidado, por um agir prudencial – pela precaução na tomada de decisões sobre as questões nanotecnológicas, permeada pela informação, seja na sua feição de direito ou de dever.

Editora, Porto Alegre, 2007.

⁹ STEIN, E. “Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano”. *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger*. Tradução de Ernildo Stein. Abril Cultural, São Paulo, (Coleção Os Pensadores), 1979.

¹⁰ STEIN, E. *Racionalidade e Existência: uma introdução à filosofia*. L&PM Editores, São Paulo, 1988, p. 41.

¹¹ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2002, p. 64, v. II.

¹² GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2002, p. 64, v. II.

¹³ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2002, p. 67, v. II.

A tradição se apropria espontânea e produtivamente de conteúdos transmitidos pela vivência¹⁴. A vivência é algo que no “seu ser-vivenciado teve uma ênfase especial”, que deixou um “significado duradouro”¹⁵. “Algo se obtém a cada vivência”, e esse algo se relaciona com “o todo da própria vida”¹⁶. Esse é o caso do *fato nanotecnológico*, fenômeno que está sendo vivenciado pela sociedade neste momento histórico. Entretanto, os seus efeitos são invisíveis e, em grande parte, ainda indeterminados – quando considerado o conjunto de técnicas, materiais e formas de utilização das nanotecnologias. Alguns testes toxicológicos, realizados com materiais específicos (como a nano prata, nano tubos de carbono e outros), já apontam para existência de riscos. Os referidos resultados, por enquanto, são apenas amostras de um mundo de possibilidades, proporcionado pelas nanotecnologias, mas eles são indicativos de que o debate sobre o tema é necessário e que esta é, sim, uma questão relevante para o Direito.

2 AS NANOTECNOLOGIAS: ENTRE AS NOVIDADES E OS RISCOS

Este capítulo busca apresentar as nanotecnologias, situando-as como parte integrante da Quarta Revolução Industrial, diagnosticando a realidade desta nova tecnologia, dados sobre seu surgimento, usos e aplicações nas mais diferentes áreas do conhecimento humano. Segundo Schwab:

[...] Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes. Ou imagine a assombrosa profusão de novidades tecnológicas que abrangem numerosas áreas: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, impressão 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica, para citar apenas algumas.¹⁷

As estruturas desta nova revolução industrial se encontram em seu período formativo preliminar, pois muitas das referidas conexões ainda se encontram em estágios iniciais.¹⁸ De qualquer modo, se constatarem três características que

¹⁴ GADAMER, H.-G. *O Problema da Consciência Histórica*. 2. ed. Traduzido por Paulo Cesar Duque Estrada. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2003, p. 45.

¹⁵ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Vozes, Rio de Janeiro, 1999, p. 119, v. I.

¹⁶ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Vozes, Rio de Janeiro, 1999, p. 130, v. I.

¹⁷ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016, p. 11.

¹⁸ A Quarta Revolução Industrial está trazendo possibilidades e desafios para praticamente todos os segmentos produtivos e de serviços da sociedade. O Direito também não estará imune, conforme destaca Andrew D. Maynard: “[...] os riscos da insegurança cibernética aumentam em ordens de grandeza à medida que a fabricação se torna mais distribuída e menos convencionalmente segura. A fabricação distribuída é outro resultado provável da Quarta Revolução Industrial. Uma fusão poderosa entre recursos on-line, tecnologia modular e de fonte aberta e dispositivos de produção ponto-de-fonte, como impressoras 3D, capacitarão cada vez mais os empreendedores a fazer compras praticamente em qualquer lugar. Embora isso possa ser uma benção para as economias locais, tais facilidades ampliam as possibilidades de a fabricação escapar da rede da regulação convencional, enquanto ainda tem a capacidade de ter um impacto global. Estes e outros desafios refletem uma confusão da linha entre sistemas de hardware e software que é característico da Quarta Revolução Industrial. Estamos indo rapidamente em direção a um futuro em que os fabricantes de hardware possam crescer, bater e evoluir produtos físicos com a mesma velocidade com a qual nos acostumamos com produtos de software. No entanto, os regulamentos de fabricação permanecem baseados em ciclos de desenvolvimento de produtos que abrangem anos e não horas. Antecipando este futuro de alta velocidade, já vemos o surgimento de recursos de hardware que podem ser atualizados pressionando um botão. A *Tesla Motors*, por exemplo, lançou recentemente uma atualização

merecerão a atenção daqui para frente, inclusive por parte do Direito: a) velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear¹⁹; b) amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos; c) impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade.²⁰ Como se verá a seguir, as nanotecnologias preenchem estas características.

2.1 Conhecendo as nanotecnologias: alguns elementos estruturantes

As nanotecnologias representam um conjunto de ações de pesquisa, desenvolvimento e inovação, obtidas graças ao desenvolvimento de equipamentos especiais²¹, que conseguem acessar as propriedades peculiares da matéria organizada a partir de estruturas de dimensões nanométricas²², isto é, um nanometro corresponde à bilionésima parte de um metro ou à notação científica de 10^{-9} . A expressão *nanotecnologia* deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão,

de software que adicionou recursos de “piloto automático” baseados em hardware para a frota existente da empresa de veículos modelo S3. Esta demonstração inicial da convergência entre hardware e software reflete uma capacidade crescente para mudar rapidamente o comportamento dos sistemas de hardware através de modificações de software que está muito além da capacidade da regulação atual para identificar, monitorar e controlar. Isso, por sua vez, aumenta os riscos potenciais para a saúde, segurança e meio ambiente, simplesmente porque as tecnologias bem intencionadas estão em algum momento a cair nos buracos de uma rede regulatória cada vez mais inadequada. Existem muitos outros exemplos onde as tecnologias convergentes estão aumentando a diferença entre a responsabilidade entre o que podemos fazer e nossa compreensão sobre como fazer. A convergência entre robótica, nanotecnologia e aumento cognitivo, por exemplo, e entre inteligência artificial, edição de genes e comunidades criadoras, nos empurra para um território incerto.” (MAYNARD, A. D. “Navigating the fourth industrial revolution”. *Nature Nanotechnology*, 10, p. 1005-1006, December 2015). Aqui se observa a importância da proposta deste Trabalho Final de Investigação, onde busca apresentar alternativas para superar as mencionadas dificuldades da regulação.

¹⁹ A noção sobre a diferença entre o *crescimento linear* e o *crescimento exponencial*, em termos de tecnologia, é muito importante: “Someone who does understand the concept pretty well is inventor, futurist, author and director of engineering at Google, Ray Kurzweil (whom *Forbes Magazine* describes as ‘the ultimate thinking machine’ – that’s a pretty cool moniker). Kurzweil uses an analogy of firstly taking 30 linear steps (where the distance of each step is the same as the last), and then taking 30 exponential steps (where the distance of each step is double that of the previous). The distance travelled by taking 30 linear steps is approximately 20 to 30 meters (depending on the length of your legs). This might get you from one end of your house to the other, or across a busy city street. However, taking 30 exponential steps gets you around the world 25 times (a distance of about a million kilometers) or to the moon and back again.” (HOLLINGWORTH, P. *The light and fast organization: a new way of dealing with uncertainty*. Wiley, Melbourne, 2016, p. 39-40).

²⁰ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016, p. 11 e seguintes.

²¹ Como microscópios de varredura eletrônica e outros “nanoscópios”, que tem condições de permitir que se visualize a escala nanométrica, que está na escala atômica.

²² “Los nanomateriales no son nuevos, y no todos son sintéticos: están presentes en la naturaleza y están en todas partes. Lo que sí resulta novedoso es nuestra capacidad para manipular esos materiales comunes con un objetivo funcional. En el mundo natural, los nanomateriales aparecen en el esqueleto del plancton marino y los corales; en el pico y las plumas de las aves; en el pelo y la matriz ósea de los animales, incluida la especie humana; en las telas de araña; en las escamas y las alas; e incluso en el papel, la seda y el algodón. También existen en la naturaleza nanomateriales inorgánicos como ciertas arcillas, las cenizas volcánicas, el hollín, el polvo interestelar y determinados minerales. Los nanomateriales naturales son fundamentalmente el resultado de una serie de procesos químicos, fotoquímicos, mecánicos, térmicos y biológicos.” (PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Fronteras 2017. Nuevos temas de interés ambiental*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 2017, p. 24).

techne que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento. Atualmente, as variadas tecnologias que viabilizam a operação em escala nano trazem consigo muitas incertezas, especialmente concernentes à possibilidade de riscos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente.²³ Observando-se as características da Quarta Revolução Industrial, percebe-se que seus impactos terão reflexos nas inter-relações entre o homem e a tecnologia (os impactos em relação ao indivíduo, ao poder, a política e a economia e os reflexos sobre a cultura, sociedade e o meio ambiente)²⁴.

A nanotecnologia exhibe um alto grau de interdisciplinaridade.²⁵ Biólogos, químicos, físicos, médicos e engenheiros contribuem com suas experiências e ideias para gerar aplicações e produtos inovadores para a sociedade. Isso requer uma colaboração intensiva baseada na divisão do trabalho e um alto nível de compreensão de outras disciplinas²⁶, onde se situa o Direito e outras Ciências Sociais Aplicadas e também as denominadas Ciências Humanas.

Para que se possa compreender as implicações, efeitos e possibilidades que as nanotecnologias poderão trazer, será necessário desenvolver o “pensamento sistêmico”, ou seja, integrar e promover a comunicação entre diversas áreas do conhecimento, muitas delas ainda hoje desconectadas, especialmente por meio da interdisciplinaridade, o que revela um modo de trabalho, buscando as bases para a integração do Direito nas pesquisas e avanços da nano escala que estão sendo desenvolvidas pelas chamadas áreas exatas.

Em termos de nanociência, se verifica nos últimos anos, um movimento que passou de “conceitos” para a “aplicação”. O Direito busca se integrar aos avanços da revolução nanotecnológica, auxiliando na construção dos ‘systems thinking’. Este modo de pensar exigirá a transposição das barreiras disciplinares, a fim de se perceber os desafios que são gerados a partir da escala nano, mas provocando efeitos em escala global, seus impactos e consequências.²⁷ Apesar disso, as expectativas de aumento dos investimentos em nanotecnologias são crescentes²⁸, a quantidade de produtos que chegam ao mercado consumidor está em

²³ DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. *Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação*. Artliber, São Paulo, 2006.

²⁴ ENGELMANN, W. “O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica”. STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 13, p. 247-259, 2017, esta passagem se encontra na p. 248.

²⁵ “There is a new understanding in this era often defined as late modernity where the relationships and boundaries between humanity, technology, and nature have been called into question, on a scale as never before in history. The multidisciplinary nature of nanotechnology and the implications of this much-talked-about technology for the materials and environmental sciences as well as the information technology (IT) and health sectors are now rapidly unfolding.” (MURPHY, P. et al. “Nanotechnology, Society, and Environment”. *Materials Science and Materials Engineering*, Elsevier, 2017).

²⁶ GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. *Action plan nanotechnology 2020: an inter-departmental strategy of the Federal Government*. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: <https://www.bmbf.de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

²⁷ ULIJN, R. V.; RIEDO, E. “Learning to ‘think systems’”. *Nature Nanotechnology*, 11, p. 824, 2016. Disponível em: <<http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.161.html>>. Acesso em 17 jan. 2018.

²⁸ De acordo com pesquisa desenvolvida pela BCC Research: “The global nanotechnology market should reach \$90.5 billion by 2021 from \$39.2 billion in 2016 at a compound annual growth rate (CAGR) of 18.2%, from 2016 to 2021”. Disponível em: <<https://www.bccresearch.com/market-research/nanotechnology/nanotechnology-market-products-applications-report-nan031g.html>>. Acesso em 22 jan. 2018.

ascensão²⁹, aspecto que poderá gerar problemas futuros, dadas as incertezas existentes neste momento.³⁰ Paralelamente, existem programas de diversos países que apostam nas nanotecnologias para o crescimento económico^{31,32}.

²⁹ Em dados coletados no dia 12 de maio de 2018, se tem: 8.112 produtos de diversos setores (alimentação; aparelhos domésticos; aplicações em medicina; petróleo; impresses; energias renováveis; esporte e fitness; têxteis; agricultura; automotivo; construção; cosméticos; eletrônicos; utilização para fins ambientais), produzidos em 1.883 empresas localizadas em 56 países. Dados disponíveis em: Nanotechnology Products Database: <<http://product.statnano.com>>. Acesso em 12 maio 2018. Cada uma destas aplicações apresenta características e pontos de atenção peculiares. Se busca um exemplo: a aplicação da nanotecnologia na agricultura, criação de animais para o abate e na produção de alimentos e embalagens. Estas utilizações deveriam evidenciar a segurança prévia, ou seja, antes do ingresso no mercado consumidor. No entanto, em alguns casos parece que estes alertas estão sendo desrespeitados. (PETERS, R. J. B. et al. "Nanomaterials for products and application in agriculture, feed and food". *Trends in Food Science & Technology*, 54, p. 155-164, 2016).

³⁰ Tal situação já ocorreu em outros momentos: "There are numerous examples of risks that were broadly recognized only after market introduction of new products or technologies, often neglecting early warnings. If there is any doubt among the public about safety aspects, acceptance and implementation of new technologies in society can be seriously hampered and thus potential benefits may not be fully realized. Examples of such "contested technologies" are genetically modified organisms, genetic technology, fracking technologies for shale gas, biofuels, and C capture and storage" (WEZEL, A. P. van et al. "Risk Analysis and Technology Assessment in Support of Technology Development: Putting Responsible Innovation in Practice in a Case Study for Nanotechnology". *Integrated Environmental Assessment and Management*, 14, 1, 2018, p. 9-16; a citação se retira da p. 9-10).

³¹ O tema das novas tecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro "Horizonte 2020" da União Europeia, que estabelece expressamente: "[...] As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos autônomos, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa". (HORIZON 2020 em breves palavras: O programa-quadro de investigação e inovação da EU. Disponível: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213_413PTN.pdf> Acesso em 07 fev. 2018). Além disso, cabe destacar a revisão de junho de 2015 do documento intitulado: *High-Level Expert Group on Key Enabling Technologies*, referente a uma comunicação da Comissão Europeia datada de 2009, intitulada: *Preparing for our future: developing a Common Strategy for Key Enabling Technologies in the EU*. Neste documento, foram identificados seis *Key Enabling Technologies (KETs)*: manufaturas avançadas; materiais avançados, biotecnologia industrial; micro – e nanoeletrônica; nanotecnologias e fotônica. (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON KEY ENABLING TECHNOLOGIES, Final Report, June 2015: KETs: Time to Act, European Commission. Disponível em: <http://ec.europa.eu/growth/industry/key-enabling-technologies/european-strategy/high-level-group/index_en.htm>. Acesso em 12 maio 2018). Uma tentativa de compilar as estratégias e iniciativas para o desenvolvimento da nanotecnologia nos países, se pode encontrar em: EZEMA, I. C. et al. "Initiatives and strategies for development of nanotechnology in nations: a lesson for Africa and other least developed countries". *Nanoscale Research Letters*, 9, p. 133 e ss., 2014. Os Estados Unidos lançaram a Iniciativa Nacional de Nanotecnologia (NNI) para coordenar os esforços federais de Pesquisa & Desenvolvimento (P & D) e promover a competitividade dos EUA em nanotecnologia em 2000. Depois disso, muitos países no mundo tomaram algumas medidas para fortalecer sua capacidade e sustentar o crescimento económico compilando planos e programas, iniciativas, roteiros, regras e regulamentos no campo da nanotecnologia. De acordo com o banco de dados de documentos de políticas da StatNano, alguns países têm políticas e programas de nanotecnologia que continuam até 2020. Entre esses países, pode-se mencionar a Alemanha, os Estados Unidos, a Polónia, a Holanda, a Coreia do Sul, Austrália e Hungria. Tailândia e Noruega têm políticas de nanotecnologia na visão de 2021 e alguns países compilaram e lançaram novas políticas no campo da nanotecnologia em 2017. Os documentos destas políticas estão disponíveis em: POLICY DOCUMENTS.

Um ponto importante sobre o tema se refere aos contornos conceituais de “nanotecnologia”, e “nanomaterial”. Não se encontra uniformidade na definição destes dois termos na literatura³³. Há quem defenda, como Maynard, que não se deveria trabalhar com definições, pois “baseando as regulações sobre um termo sem justificação científica vai fazer mais mal do que bem”.³⁴

Para este trabalho se adota o conceito editado por *The International Standardization Organization* (ISO), por meio do seu *Technical Committee 229*: nanotecnologias são a “compreensão e controle de matéria e processos em nanoescala se situam, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros em uma ou mais dimensões, em que o aparecimento dos fenômenos dependentes de tamanho geralmente permite novas aplicações”. A esta característica se acrescenta, ainda: “utilizando as propriedades de materiais de nanoescala que diferem das propriedades de átomos, moléculas e matéria em massa individuais, para criar materiais, dispositivos e sistemas aprimorados que exploram essas novas propriedades”.³⁵ A primeira característica se refere ao tamanho da partícula e isso poderá gerar os riscos³⁶, considerando as mudanças

<<http://statnano.com/policydocuments>>. Acesso em 14 fev. 2018. No Brasil, as nanotecnologias ganham força, como demonstra a publicação da Revista Exame, de 2 de agosto de 2017, que apresenta reportagem sobre inovação, com projeto inédito da Confederação Nacional da Indústria, contando com pesquisadores focados em 8 áreas da tecnologia, uma delas, sendo as nanotecnologias. Trata-se do projeto capitaneado pela Confederação Nacional da Indústria, no âmbito da Mobilização Empresarial pela Inovação, denominado “Indústria 2027: Riscos e Oportunidades para o Brasil Diante de Inovações Disruptivas” (“INOVAÇÃO: O motor da indústria do future”. *Revista Exame*, Edição de Aniversário, São Paulo, ano 51, n. 15, p. 2-3, 02 ago. 2017. Ainda: “INDÚSTRIA 4.0 e megatendências da inovação”. *Revista Exame*, Edição de aniversário, segunda revista da série, São Paulo, edição 1145, ano 51, n. 17, p. 12-13, 13 set. 2017). Ver também: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027/>>. Acesso em 14 fev. 2018.

³² A União Europeia acaba de divulgar um novo plano de atuação, para o período de 2021 a 2027, denominado “Horizon Europe and the Euratom Research and Training Programme”, para a pesquisa e inovação. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/budget-may2018-research-innovation_en.pdf>. Acesso em 13 jun. 2018.

³³ STONE, V. et al. *Research priorities relevant to development or updating of nano-relevant regulations and guidelines*. Disponível em: <<http://www.safenano.org/news/news-articles/eu-nanosafety-cluster-publishes-research-regulatory-roadmap/>>. Acesso em 14 fev. 2018.

³⁴ MAYNARD, A. D. “Don’t define nanomaterials”. *Nature*, 475, p. 31, 2011. <<http://www.nature.com/nature/journal/v475/n7354/full/475031a.html>> Acesso em 14 fev. 2018.

³⁵ ISO/TC 229. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983> Acesso em 14 fev. 2018.

³⁶ Quando se fala em riscos, já se encontram pesquisas sinalizando a sua ocorrência. A OECD - *Organisation for Economic Co-operation and Development*, por exemplo, publicou um material que alerta: A presença de nanomateriais em forma seca ou em pó e na compostagem do lodo de águas residuais que é muitas vezes disseminada em terras agrícolas como fertilizante, representa uma preocupação particular. Na França, a metade nacional do lodo de águas residuais é utilizada para a fertilização agrícola. A transformação potencial de nanomateriais artificiais no solo, suas interações com plantas e bactérias e sua transferência para as águas superficiais nunca foi estudada em profundidade. (OECD. *Observer*, abril de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/oecdobserver_306_q2_2016_lowres/1?e=3055080/38458478>. Acesso em 12 fev. 2018, p. 9 e 10). Existe uma especial preocupação com o nano lixo, ou seja, o descarte de lixo com nanopartículas. Sobre isso, a OECD também já tem publicações, como por exemplo: OECD. *Nanomaterials in Waste Streams: current knowledge on risks and impacts*. OECD Publishing, Paris, 2016. Sociologicamente a distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza em relação a danos futuros. O potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais precisamente,

físico-químicas que são geradas nesta escala de tamanho. Neste cenário, numa publicação da *Nature Nanotechnology*, se pode ler: “[...] Mas, apesar desses avanços fundamentais, a nanotecnologia é confrontada com um estrangulamento crítico. Ainda estamos lutando para traduzir os avanços fundamentais relatados na literatura científica em aplicações tecnológicas tangíveis que podem ser apreciadas ao nível do leigo.”

Se verifica uma duplicação do problema: “Primeiro, as propriedades da matéria mudam quando ampliadas, assim como elas mudam quando reduzidas para a nanoescala; em particular, o nível de controle que pode ser exercido na nanoescala ou no nível de objeto único tende a diminuir no meso e nas macro escalas ou ao lidar com uma grande quantidade de objetos. E em segundo lugar, a indústria está relutante em investir dinheiro no desenvolvimento de novos processos de grande escala para a fabricação de nanomateriais, a menos que seja garantido um retorno lucrativo considerável”.^{37,38} Essa também é uma preocupação de Warheit: a avaliação dos riscos ambientais e sanitários dos nanomateriais é um trabalho difícil que envolve conhecimento multidisciplinar e requer visões globais. Portanto, argumentos sobre e até mesmo mal-entendidos de nanotoxicidade são comuns. O futuro *design* de nanomateriais ambientalmente amigáveis e biocompatíveis deve receber muita atenção.³⁹ Aí se abre um espaço de consequências ainda pouco conhecidas.

2.2 Os possíveis riscos que as nanopartículas poderão trazer

Além destes aspectos, a apresentação de novidades trazidas pela pesquisa ou desenvolvimento de novos produtos sempre acarreta um certo nível de risco.⁴⁰ Para o Direito, gera a necessidade de normatizar os riscos e os danos futuros com criatividade e modelos flexíveis, que possam ser facilmente modificados e atualizados em atendimento ao mesmo movimento das atualidades nanotecnológicas. O que é um grande desafio, pois o Direito sempre avaliou os

do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, falamos de perigo. Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro. Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo). (LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. Universidad Iberoamericana, México, 2006, p. 67). No cenário ambiental se entende que o perigo remete a características intrínsecas do produto ou do processo; já o risco supõe o grau de exposição a tal perigo (FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. “La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE: A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE”. *Vigilância Sanitária em Debate*, 2016, 4, 2, p. 8-20. Disponível em: <<http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>>. Acesso em 14 fev. 2018.

³⁷A MATTER of scale. *Nature Nanotechnology*, 11, 9, 2016. Disponível em: <<http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.180.html>>. Acesso em 15 fev. 2018.

³⁸Aqui nesta parte destacada, que não está no original, se encontra uma chave para o desenvolvimento dos demais capítulos deste trabalho final de investigação, a saber: a importância e necessidade de se criar mecanismos jurídicos, onde as organizações – laboratórios e indústrias – sejam obrigadas a manejar as características estruturantes da *Responsible Research and Innovation* (RRI). Este é um dos objetivos deste trabalho, considerando que a operação da pesquisa e da inovação deverá ter como guia algo além da questão financeira – e do lucro –, devendo satisfazer aos Direitos Humanos.

³⁹WARHEIT, D. B. “Debunking some misconceptions about Nanotoxicology”. *Nano Letters*, 10, 12, p. 4777-4782, 2010.

⁴⁰Segundo Andrea Signorino Barbat: “[...] queda claro que todo emprendimiento novedoso, en primer término, puede suponer riesgos en especial hasta la cabal comprensión y aprendizaje de todos los aspectos involucrados en él, ya sea por el comportamiento mismo de la novedad o por sus repercusiones e interacciones con el exterior, objetos (medio ambiente) y sujetos (salud, seguridad, bienestar). [...]”. (BARBAT, A. S. *Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, p. 213).

fatos do passado, atribuindo-lhes efeitos jurídicos no presente, determinando como deveria ser o comportamento no futuro. No caso das nanotecnologias, os efeitos que poderão surgir – riscos e danos – no futuro e no presente, ainda são pouco conhecidos⁴¹. E esse também é o problema da regulação legislativa estatal sobre a matéria: ainda não se tem informações científicas suficientes para uma regulação formal. Busca-se sinalizar quais seriam as possibilidades de regulação para esse cenário de riscos, muitos dos quais ainda desconhecidos, que projetam para o futuro uma eventualidade de ocorrência de danos. Algumas pesquisas revelam uma desconexão entre as pesquisas acadêmicas e a sua aplicação em escala industrial, o que abre novas possibilidades para riscos, sublinhando a necessidade de uma maior aproximação entre as pesquisas realizadas nas Universidades e a sua transferência para o setor industrial, caracterizando a *tripla hélice*, conforme ensinado por Henry Etzkowitz.⁴²

As partículas ultrafinas ou nanopartículas podem ter três origens: a) natural (cinzas vulcânicas, pulverização, sal marinho, o efeito repelente à umidade das folhas da flor de lótus, as estruturas que se encontram sob as patinhas das lagartixas-Geckos, ...); b) de atividade humana não intencionalmente voltada à geração das partículas em nano escala (partículas emitidas durante o aquecimento, o transporte, a indústria, a poluição liberada pelos veículos e caminhões, a partir do aquecimento do combustível, ...) ou c) são produzidas deliberadamente, aqui se encontram os nanomateriais manufaturados, isto é, a produção de nanopartículas pela ação humana. Eles apresentam pelo menos uma dimensão entre 1 e 100 nanômetros, que equivale à bilionésima parte de um metro, equivalendo à notação científica de 10^{-9} . Este tamanho nano dá a estes materiais propriedades particulares que podem ser físicos, químicos, eletromagnéticos, ópticos ou biológicos, em particular uma elevada reatividade com respeito às moléculas biológicas, tais como proteínas. Surgem questões relativas à exposição a estas partículas, destacadamente os trabalhadores⁴³, consumidores e o meio ambiente.⁴⁴ Na mesma

⁴¹ O ser humano está construindo um mundo perigoso, parafraseando um livro de DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Éditions du Seuil, Paris, 2010.

⁴² Sobre este aspecto, cabe destacar o artigo intitulado: “Siete retos para el futuro de la nanotecnología española”, que poderão ser aplicados a Espanha e a outros países, dentre eles o Brasil, a fim de ser enfrentado o denominado ‘valle de la muerte’ entre el laboratorio y la empresa. Os desafios a serem enfrentados são: 1) El recorte de inversión en I+D; 2) La falta de valor añadido; 3) La falta de inversión privada; 4) La barrera psicológica; 5) Ciencia y empresa no hablan el mismo idioma; 6) Obsesión por patentar y falta de estándares; 7) La falta de divulgación y formación. ZAFRA, E. “Siete retos para el futuro de la nanotecnología española”, *MIT Technology Review*, 06 Septiembre, 2012. Disponível em: <<https://www.technologyreview.es/s/2967/siete-retos-para-el-futuro-de-la-nanotecnologia-espanola>>. Acesso em 13 fev. 2018.

⁴³ A preocupação sobre a exposição dos trabalhadores às nanopartículas é tema de diversos estudos, como: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials*, World Health Organization, Geneva, 2017. Ainda, LEE, N., et al. “Which hazard category should specific nanomaterials or groups of nanomaterials be assigned to and how?”, World Health Organization, Geneva, 2017; VON MERING, Y., SCHMACHER, C. “What training should be provided to workers who are at risk from exposure to the specific nanomaterials or groups of nanomaterials?”, World Health Organization, Geneva, 2017; BOCCUNI, F., et al., “Measurement techniques of exposure to nanomaterials in the workplace for low- and medium-income countries: A systematic review”. *Int. J. Hyg. Environ. Health*, 2017. MIHALACHE, R., et al. “Occupational exposure limits for manufactured nanomaterials, a systematic review”, *Nanotoxicology*, 2016. MYOJO, T.; NAGATA, T. and VERBEEK, J. “The Effectiveness of Specific Risk Mitigation Techniques Used in the Production and Handling of Manufactured Nanomaterials: A Systematic Review”, *Journal of The University of Occupational and Environmental Health*, Japan, 39, 3, p. 187-199, 2017. No Brasil, cabe destacar o trabalho realizado pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, com o foco na saúde e segurança dos trabalhadores nas indústria à base de nanotecnologia. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/nanotecnologia/inicio>>. Acesso em 15 fev. 2018.

linha, se encontram as pesquisas de Antonietta M. Gatti e Stefano Montanari⁴⁵, mostrando diversas doenças que podem ser geradas pelas partículas em escala nano, que é a medida de agroquímicos, como pesticidas e inseticidas, a maioria delas presentes na poluição do ar⁴⁶, por exemplo.⁴⁷ Aqui se tem a preocupação com o nano lixo ou o *nanowaste*. As duas perguntas que dão o título a uma publicação do *The Guardian* são intrigantes e, neste momento, ainda de difícil resposta: a) Nano: uma opção mais limpa? b) A nanotecnologia poderia arrumar o planeta sem deixar resíduos perigosos?⁴⁸

Considerando que as áreas exatas de conhecimento ainda não conseguem respondê-las, qual poderá ser a postura do Direito? Aguardar, no tradicional estilo de que primeiro se deverá ter um fato (um desastre?) para, depois, se pensar em regulação? Ou, se poderia planejar uma atitude mais propositiva e inovadora, projetando caminhos para a juridicização dos fatos nanotecnológicos, sem a intervenção do Poder Legislativo? Esta pesquisa busca construir alternativas e respostas provisórias a partir do segundo questionamento, chamando para a responsabilidade os pesquisadores e os operadores do setor produtivo-industrial, como se verá mais adiante.

Um dos pontos que merece destaque, considerando o cenário analisado até o momento, se refere à juridicização dos riscos. Há evidências científicas de que os riscos poderão ser produzidos a partir de múltiplas fontes. Apesar das promessas substanciais da nanotecnologia, se vislumbram várias áreas de preocupação, que motivam os atuais pedidos por regulação. Entre os possíveis riscos estão: a) a segurança do trabalhador na fabricação ou uso de partículas nanométricas; b) a segurança do consumidor na utilização ou aplicação de bens baseados na tecnologia

⁴⁴ Material publicado em 29 de março de 2017 e disponível em: <<http://www.cancer-environnement.fr/402-Nanomateriaux.ce.aspx>>. Acesso em 15 fev. 2018.

⁴⁵ GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. *Case studies in nanotoxicology and particle toxicology*. Elsevier, London, 2015.

⁴⁶ Embora não seja parte integrante, ao menos diretamente, desta investigação, é preciso destacar o aumento do número de doenças que são atribuídas à poluição de diversas origens, incluindo produtos químicos, onde estão as nanopartículas. Neste sentido, também a constatação de Guillermo Foladori e Noela Invernizzi: “[...] os nanomateriales son nuevos químicos. Aunque no existe suficiente información empírica sobre resultados perjudiciales para la salud o para el medio ambiente, sí existe la certeza de que estos materiales desarrollan propiedades físico-químicas y biológicas diferentes a la misma materia en tamaño mayor, lo cual puede llevar a considerar a los nanomateriales como sustancias químicas discretas y diferentes de los mismos materiales en mayor tamaño”. (“La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE: A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE”. *Vigilância Sanitária em Debate*, 2016, 4, 2, p. 8-20. Disponível em: <<http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>>. Acesso em 14 fev. 2018). Neste sentido, a pesquisa de: GRANDJEAN, P. and BELLANGER, M. “Calculation of the disease burden associated with environmental chemical exposures: application of toxicological information in health economic estimation”. *Environmental Health*, 2017, 16, 123. Neste artigo se podem verificar investigações evidenciando doenças decorrentes de produtos químicos liberados no meio ambiente. Tal constatação também se pode ler em: NASCIMENTO, M. M.; ROCHA, G. O. da and ANDRADE, J. B. de. “Pesticides in fine airborne particles: from a green analysis method to atmospheric characterization and risk assessment”. *Scientific Reports*, Published online: 2017, May 23. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5442112/>>. Acesso em 15 fev. 2018. Ainda: COSCOLLÀ, C. et. al. “Human exposure and risk assessment to airborne pesticides in a rural French community”. *Science Total Environ.*, 2017, Apr 15. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28161044>>. Acesso em 15 fev. 2018.

⁴⁷ Uma publicação do jornal *The Guardian* fazia as seguintes provocações no seu título: “Nano: uma opção mais limpa? A nanotecnologia poderia arrumar o planeta sem deixar resíduos perigosos?” (Publicado em 18 de outubro de 2013 e disponível em: <https://www.theguardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em 15 fev. 2018).

⁴⁸ LEENES, Ronald et al. “Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues”. *Law, Innovation and Technology*, 9, 1, p. 1-44, 2017.

nanotecnológica; c) danos ambientais causados pela produção de resíduos e fabricação de produtos acabados que possam contaminar o ar, a água ou o solo; d) convulsões socioeconômicas, incluindo rupturas econômicas em economias baseadas em agricultura, matérias-primas ou trabalho; e) consequências imprevistas de nanotecnologias descontroladas; f) uso governamental/estatal de nanotecnologias para conter as liberdades civis; g) aplicações militares; h) uso das nanotecnologias nas mãos de terroristas ou outros criminosos.⁴⁹

Por isso, o segmento do seguro está começando a prestar atenção às possibilidades de riscos que poderão ser geradas pelas nanotecnologias. O sexto *Barômetro Anual de Riscos Allianz*⁵⁰ identificou os principais riscos corporativos e respostas potenciais para 2017, com base na visão de mais de 1.200 especialistas em risco de mais de 50 países. Em 2017, as novas tecnologias, como, por exemplo, impacto de crescente interconectividade, nanotecnologia, inteligência artificial, impressão em 3D, drones, entre outros, saíram da décima primeira posição e foram para a décima, com um aumento de 2% (de 10% em 2016 para 12% em 2017).

Já para 2018, o sétimo relatório⁵¹ (que contou com o trabalho de 1.900 especialistas em gerenciamento de riscos de 80 países) projeta um aumento de 3%, ou seja, de 12% em 2017 para 15% em 2018. Com isto, as novas tecnologias passam para o sétimo lugar do ranking. Ambos os relatórios demonstram o aumento do risco das novas tecnologias no setor dos seguros, incluindo as nanotecnologias. O que exigirá planos estratégicos das empresas que quiserem fazer seguro de alguma atividade vinculada às nanotecnologias. Aqui se terá um campo fértil para experimentar a prática dos elementos que serão apresentados no terceiro capítulo.

O relatório de 2018 também apresenta evidências sobre quais são os três riscos para o futuro (para os próximos 10 anos) e as respostas foram os incidentes cibernéticos (48%), as novas tecnologias (26%) e as alterações climáticas/aumento da volatilidade do clima (24%). Os números representam a porcentagem de respostas de todos os participantes que responderam (1.911) e não somam até 100%, pois podem ser selecionados até três riscos. Estes dados e o aumento gradativo, ano a ano (de 10% em 2016 para 12% em 2017, e para 15% em 2018) são indicativos que reforçam a importância da discussão da gestão dos *riscos nanotecnológicos*⁵², que existem e são reais, especialmente no contexto do segmento do seguro e da responsabilidade civil.

⁴⁹ MARCHANT, G. E. and SYLVESTER, D. J. "Transnational Models for Regulation of Nanotechnology". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006, esta passagem se encontra na p. 716. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

⁵⁰ DOBIE, G. (Ed). *Allianz Risk Barometer: Top Business Risks 2017*. Disponível em: <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/Reports/Allianz_Risk_Barometer_2017_EN.p>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵¹ DOBIE, G. (Ed). *Allianz Risk Barometer: Top Business Risks 2018*. <<http://www.insuranceasianews.com/attachments/Allianz%20Risk%20Barometer%202018%20report.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵² Segundo Andrea Signorino Barbat, os denominados "riscos nanotecnológicos" apresentam peculiaridades: "[...] dado las vastas aplicaciones de la nanotecnología en tan diversos sectores de la actividad humana, resulta impensable la existencia de una cobertura de la totalidad de riesgos nanotecnológicos en forma generica. Es claro que dependiendo del area en que estemos y la cobertura específica que se desee, distintos seran los riesgos nanotecnológicos específicamente cubiertos, los cuales deberían detallarse en el contrato de seguros correspondiente. [...] Una primera dificultad radica en la 'novedad' de los riesgos nanotecnológicos. [...] es clara la dificultad técnica para determinar la tasa de siniestralidad. [...] Otro aspecto importante de estos riesgos asociados a la nanotecnología, en especial en relación a la toxicidad y reactividad de las nanopartículas, especialmente en las aplicaciones en el sector medico y farmacéutico, abala la excesiva incertidumbre que puede aparejar el riesgo nanotecnológico. [...] puede resultar extraordinariamente complicada la evaluación financiera de los daños que pueden derivarse de la realización del siniestro. [...] Otra dificultad surge con la eventual gradualidad en el acaecimiento de los riesgos, en especial los

Desta forma, o mundo da escala nanométrica ainda está longe de ser conhecido mais detalhadamente, exigindo, como medida antecipatória de cuidado com o ser vivo em geral e a preservação do meio ambiente, preocupações que poderão ser canalizadas para a gestão dos riscos, iluminada pelos elementos estruturantes da RRI, como a expressão substancial dos direitos humanos.⁵³

Aqui está o desafio que este trabalho de investigação pretende enfrentar, ao menos provisória e preliminarmente. As dificuldades relativas à juridicização dos *riscos nanotecnológicos* são uma pequena amostra dos obstáculos de se legislar sobre o *fato nanotecnológico*. Por outro lado, apesar deste óbice, o Direito não poderá ficar inerte neste cenário, mas deverá abrir-se às possibilidades para o desenvolvimento criativo de fórmulas regulatórias não legislativas ou autorregulatórias.

3 A AUSÊNCIA (?) REGULATÓRIA LEGISLATIVA E O PAPEL DA RRI: NOVOS CAMINHOS PARA A CIÊNCIA REGULATÓRIA

Pelas características examinadas até o momento, se constata a dificuldade de se desenvolver um texto legal sobre as nanotecnologias, pois existem diversas perguntas, além daquelas já lançadas anteriormente, que são difíceis de responder: 1) o que se deve regular? 2) Como se deve regular? 3) Quais os fundamentos científicos que poderiam sustentar a regulação? 4) Por que regular agora? 5) Tem alguma diferença se o Direito esperar para expedir uma regulação legislativo-estatal?⁵⁴ Aqui se tem um arcabouço que deverá ser ponderado no momento de se planejar o processo legislativo de uma lei sobre este tema.

3.1 Iniciativas regulatórias já existentes

Existem algumas iniciativas esparsas de regulação das nanotecnologias por meio de lei.⁵⁵ Se percebe, por estes exemplos legislativos, que o principal objetivo

associados a coberturas de responsabilidad civil, [...]" (BARBAT, A. S. *Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016, p. 216-9).

⁵³ "[...] La gestión de riesgos es otro escenario incompleto sobre el cual es necesario actuar. Necesidad de constituir Comités Científicos para identificar, analizar y evaluar los nanorriesgos. El difícil control de los nanomateriales choca con marcos regulatorios insuficientes, pese a la enorme producción normativa directa o indirecta. El sector asegurador se ve ante varios dilemas: los nanoproductos están incluidos al no estar expresamente excluidos. Algunas voces hablan de una catástrofe similar a la del amianto. El sector no dispone de las herramientas necesarias como es la experiencia siniestral o dispositivos de la gerencia de riesgos. La legislación tampoco ayuda. No existen hasta ahora estudios sistemáticos sobre eventuales efectos negativos de los nanoproductos, si bien incendio y explosión, cosméticos, nanoproductos en la construcción, en la alimentación, en los embalajes o agricultura (toxicidad de las nanopartículas de plata o de carbono) indican claramente el riesgo latente. [...]". (ALARCÓN FIDALGO, J. "El aseguramiento de los productos nanotecnológicos". *Boletín del Grupo de Trabajo "Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguro"*, 8, 2011, p. 29-31. Disponível em: <https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/pt/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1055268>.). Acesso em 16 fev. 2018.

⁵⁴ Para fins de esclarecimento, a distinção entre *regulamentar* e *regular* leva a campos distintos de observação e de tratamento do assunto objetivado. Apoiando-se em Supiot é que se defende que: "[...] regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização". Assim, pode-se concluir que regulamentar significa forçar unilateralmente aos demais a seguirem aquelas determinações. Já regular é uma alternativa pela busca de cooperação e sinergia entre os interessados a partir de métodos e instrumentos de acoplamento estrutural que permitam processos sistêmicos de provocação (ou irritação - em termos sistêmicos), mútua permitindo a dinamicidade necessária para organização das expectativas sociais. Desta forma, para este TFI adota-se o contexto de regular, também como forma a controlar a entropia a partir da tríplice da informação, procedimento e negociação frutos da sociedade da comunicação. (SUPIOT, A. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 159).

⁵⁵ A França promoveu uma modificação na redação do Artigo L. 523-1 to L. 523-5 of the French Environmental Code, para tornar obrigatório o registro da utilização de substâncias com nanopartículas com volume acima de 100gramas por ano. Esta lei entrou

é gerar informações sobre a quantidade, tamanho, estado e outras características das nanopartículas presentes nos referidos países. Este parece ser o ponto de partida para se ter um inventário e um importante conjunto de dados para subsidiar a estruturação de qualquer iniciativa de regulação.

Existem diversas iniciativas regulatórias que, apesar de terem origem estatal, não são oriundas do Poder Legislativo, mas representam projetos de organizações e diretrizes/protocolos/regulamentos de teste, como exemplificativamente se pode sumarizar⁵⁶:

NanoDefine (explora e desenvolve ferramentas conceituais e técnicas para a classificação de materiais de acordo com a definição da União Europeia de um nanomaterial⁵⁷);

NANoREG (buscou desenvolver uma abordagem europeia comum para os testes regulamentares dos nanomateriais manufaturados. Além dos países europeus, houve a participação de pesquisadores de diversos outros países, dentre eles, do Brasil);

NanoValid (desenvolve um conjunto de métodos e materiais de referência confiáveis para a fabricação, caracterização físico-química, identificação de riscos e avaliação da exposição de nanomateriais engenheirados);

NanOximet (desenvolve métricas de prognóstico para prever a toxicidade de nanomateriais, área de superfície e geração de oxidantes);

Prosafe (coordena e apoia os objetivos dos Estados-Membros da UE e Estados associados nos seus esforços a nível da UE e internacional (OCDE, COR, EU-EUA) em matéria de avaliação, gestão e até de gestão de riscos. Além disso, busca rever os protocolos e documentos de orientação do NANoREG e Grupo de Trabalho da OCDE sobre a aquisição, coleta e gerenciamento de dados da manufatura simplificada em testes toxicológicos orientados à regulação de nanomateriais, monitoramento de exposição, avaliação do ciclo de vida e descarte e tratamento de resíduos de nanomateriais);

em vigor em 01 de janeiro de 2013, a informação deverá ser prestada por meio de formulário eletrônico, sempre até o mês de maio do próximo ano; a *Bélgica* também instituiu a obrigatoriedade do registro, por meio do Royal Decree of 27 May 2014, da utilização de substâncias com nanopartículas com volume acima de 100gramas por ano. Chama a atenção o cronograma de validade desta legislação: a) antes de 1 de janeiro de 2016 deveriam ser informadas as substâncias produzidas em nanopartículas existentes no mercado belga; b) antes de 01 de janeiro de 2017 deveriam ser registradas misturas contendo substâncias produzidas em nanopartículas que já estejam no mercado belga; c) novas substâncias no estado de nanopartículas: devem ser registradas antes de serem colocadas no mercado; c) atualizações anuais: antes de 31 de março de cada ano; a *Dinamarca*, por meio do Statutory Order nº 644 of 13/06/2014 concerning nanoproducts register, tornou obrigatório o registro de misturas e artigos que contenham nanomateriais. Este texto legal entrou em vigor a partir de 18 de junho de 2014; o primeiro prazo para o registro foi o dia 30 de agosto de 2015; a partir de então, são necessários relatórios anuais; já a *Noruega* estabeleceu Regulamentos relativos à declaração de produtos químicos no Registo do Produto, de forma obrigatória a partir de 31 de dezembro de 2013, para uma quantidade igual ou superior a 100kg de produtos químicos perigosos que contêm nanomateriais. Estas informações estão disponíveis em:

<http://www.chemsafetypro.com/Topics/EU/Regulations_on_Nanomaterials_in_EU_and_Nano_Register.html>. Acesso em 17 mar. 2018.

⁵⁶ GAO, X.; LOWRY, G. V. "Progress towards standardized and validated characterizations for measuring physicochemical properties of manufactured nanomaterials relevant to nano health and safety risks", *NanoImpact*, 9, p. 18-30, 2018.

⁵⁷ "Nanomaterial" significa um material natural, acidental ou fabricado contendo partículas, num estado não agregado ou agregado ou aglomerado e em que, para 50% ou mais das partículas da distribuição do tamanho numérico, uma ou mais dimensões externas se encontram o intervalo de tamanho de 1 nm a 100 nm. Em casos específicos e sempre que tal se justifique por preocupações ambientais, de saúde, segurança ou competitividade, o limiar de distribuição do tamanho dos números de 50% pode ser substituído por um limiar entre 1 e 50%. Esta definição está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1487188270951&uri=CELEX:32011H0696>>. Acesso em 28 mar. 2018.

OECD (trabalha para identificar a necessidade de analisar as possíveis preocupações de segurança causadas pelos nanomateriais manufacturados)⁵⁸;

US EPA – *Toxic Substances Control Act – TSCA* (O principal objetivo é proteger a saúde humana e o meio ambiente. Controle de materiais em nanoescala sob a Lei de Controle de Substâncias Tóxicas. Reúne informações sobre as propriedades dos nanomateriais, volume de produção, métodos de manufatura, processamento, uso, exposição e informações de liberação e dados de saúde e segurança disponíveis);

United Nations Environment Programme, Chemicals and Waste - Strategic Approach to International Chemicals Management – SAiCM (as nanotecnologias e os nanomateriais são um dos temas chaves de preocupação)⁵⁹.

Se verifica grande atividade regulatória de agências reguladoras ou outros organismos responsáveis por certificações e controles da utilização de produtos químicos. Outro destes atores regulatórios se encontra na União Europeia e é o REACH - *The Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals*⁶⁰, que tem realizado várias iniciativas para se levantar informações sobre nanomateriais que estejam em circulação nos países da União Europeia, instituindo o registro de quantidades e qualidades dos nanomateriais, uma destas iniciativas tem o vencimento programado para 01 de junho de 2018. A primeira tentativa de se fomentar o registro por parte de empresas e laboratórios venceu em 30 de novembro de 2010, o que não surtiu muito efeito, dada a pouca adesão das partes que estavam vinculadas ao registro.

Recentemente, neste contexto, se chegou à seguinte conclusão: seis anos após a Comissão Europeia declarar que o Regulamento REACH (guia de regulação sobre produtos químicos) estabeleceu “o melhor enquadramento possível” para verificar se os nanomateriais estavam sendo utilizados com segurança, em dezembro de 2017, afirmou-se que a falha na atualização do texto não permitiu confirmar o uso seguro.⁶¹ Em um documento discutido pelo Conselho de Administração da Agência Europeia de Produtos Químicos (ECHA), a agência diz

⁵⁸ A OECD tem realizado diversas publicações na chamada **Series on the Safety of Manufactured Nanomaterials**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/env/ehs/nanosafety/publications-series-safety-manufactured-nanomaterials.htm>>. Acesso em 28 mar. 2018.

⁵⁹ “O SAiCM foi desenvolvido por um Comitê Preparatório com a participação de multi-interessados e multissetorial e apóia a consecução da meta de 2020 acordada na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável de Johannesburgo, em 2002. O objetivo geral do SAiCM é a obtenção de uma sólida gestão de produtos químicos ao longo de seu ciclo de vida, de modo que, até 2020, os produtos químicos sejam produzidos e utilizados de maneiras que minimizem impactos adversos significativos sobre o meio ambiente e a saúde humana. O consumo de produtos químicos por todas as indústrias e a dependência da sociedade moderna de produtos químicos para praticamente todos os processos de fabricação tornam a produção de produtos químicos um dos principais e mais globalizados setores da economia mundial”. Disponível em: <<http://www.saicm.org/Home/tabid/5410/language/en-US/Default.aspx>>. Acesso em 28 mar. 2018.

⁶⁰ “Os principais objetivos do REACH são assegurar um elevado nível de protecção da saúde humana e do ambiente, incluindo a promoção de métodos de ensaio alternativos, bem como a livre circulação de substâncias no mercado interno e o reforço da competitividade e da inovação”. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/sectors/chemicals/reach/nanomaterials_pt>. Acesso em 28 mar. 2018.

⁶¹ BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. “ECHA Management Board Reviews Strategy on Substances in Nanoforms”. Washington, 2018, Jan. 22. Disponível em: <https://nanotech.lawbc.com/2018/01/echa-management-board-reviews-strategy-on-substances-in-nanoforms/?utm_source=Bergeson+%26+Campbell%2C+P.C.+Nanotechnology+Law+Blog&utm_campaign=7b165dd647-RSS_EMAIL_CAMPAIGN&utm_medium=email&utm_term=0_9a895e87b2-7b165dd647-72782205>. Acesso em: 28 mar. 2018. Blog: Nano and Other Emerging Chemical Technologies Blog.

que, depois de anos de esforços significativos por si só e pelos Estados membros, é claro que o regulamento não permite que os reguladores verifiquem se os registrantes demonstraram o uso seguro dos nanomateriais em toda a cadeia de abastecimento ou se mais ações para combater riscos ambientais e de saúde seriam necessárias. Esta falha, diz o conselho da ECHA, também pode ter consequências para a confiança do mercado em nanomateriais.^{62, 63}

As conclusões preliminares do encontro foram de que é necessário, com urgência, a revisão sobre os requisitos de informação dos nanomateriais. Ainda, outro problema que o documento da ECHA menciona foram duas decisões sobre os nanomateriais no ano passado pela Câmara de Recurso (BoA) - um relacionado à avaliação do dossiê e outro à avaliação da substância. Assim, verifica-se que os poderes legais da agência na solicitação de informações ao abrigo do REACH são mais restritos e demonstram que o escopo dos registros é muito desafiador e complexo.⁶⁴ Isso significa que a agência depende da informação oferecida voluntariamente, incluindo a transparência nos materiais de teste utilizados para gerar os dados apresentados, isso por causa da sua capacidade significativamente limitada de solicitar informações adicionais. Assim, as perguntas que restam ecoando são: por que tanta resistência para as empresas fazerem algum registro ou prestar alguma informação? O que querem esconder? E por que esconder, se os produtos já estão sendo comercializados? Aqui se pode observar que a autorregulação não será suficiente. Por isso, este TFI pretende desenhar uma "autorregulação regulada", ou seja, a autorização para a comercialização dos produtos nanotecnologicamente fabricados deverá comprovar o respeito às questões relativas aos direitos humanos, mediante a apresentação da *Comfort Letter*.

Também se destaca um outro ponto importante e de difícil equacionamento: somente se terá informações quantitativas e qualitativas sobre os nanomateriais se os atores envolvidos prestarem as informações; se isso não ocorrer, não se conseguirá conhecer o estado da arte do cenário nanotecnológico existente até o momento, dificultando a estruturação de textos normativos mais específicos.

Além disso, uma das matérias publicadas acerca do tema menciona que os esforços da ECHA estão focados em trabalhar com os Estados membros da União Europeia para avaliar várias diretrizes de testes da OCDE para garantir que sejam aplicáveis aos nanomateriais. As diretrizes atualizadas de toxicidade por inalação e uma nova orientação de teste sobre a estabilidade da dispersão de nanomateriais em meios ambientais simulados acabaram de ser publicados. Mas a agência diz que o trabalho adicional sobre diretrizes de teste é necessário e seu grupo de especialistas em nanomateriais continuará trabalhando nesta área durante o ano de 2018.⁶⁵

⁶² BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. "ECHA Management Board Reviews Strategy on Substances in Nanoforms". Washington, 2018, Jan. 22. Disponível em: <https://nanotech.lawbc.com/2018/01/echa-management-board-reviews-strategy-on-substances-in-nanoforms/?utm_source=Bergeson+%26+Campbell%2C+P.C.+ +Nanotechnology+Law+Blog&utm_campaign=7b165dd647-RSS_EMAIL_CAMPAIGN&utm_medium=email&utm_term=0_9a895e87b2-7b165dd647-72782205>. Acesso em: 28 mar. 2018. Blog: Nano and Other Emerging Chemical Technologies Blog.

⁶³ ECHA. "ECHA strategy on substances in nanoforms". 48th Meeting of the Management Board, 14-15 December 2017. Disponível em: <https://echa.europa.eu/documents/10162/2792271/mb_57_2017_echa_strategy_nanoforms_en.pdf/f913484f-9a21-02bc-d386-8cb68d0027a4>. Acesso em: 28 mar. 2018.

⁶⁴ CHEMICAL WATCH. "Echa says it cannot verify if nanomaterials are being used safely". Global risk e regulation News. 18 January 2018/Nanomaterials, REACH. Disponível em: <<https://chemicalwatch.com/63212/echa-says-it-cannot-verify-if-nanomaterials-are-being-used-safely>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁵ CHEMICAL WATCH. "Echa says it cannot verify if nanomaterials are being used safely". Global risk e regulation News. 18 January 2018/Nanomaterials, REACH. Disponível

A realização das grandes oportunidades que a nanotecnologia e os nanomateriais podem oferecer à sociedade deve andar de mãos dadas com a demonstração transparente pela indústria de sua segurança e sustentabilidade⁶⁶ (elementos estruturantes que integram o *framework de Ruggie*, que será estudado no próximo capítulo). O trabalho sobre nanomateriais permanece não só técnica e juridicamente desafiador, mas também com elevados custos financeiros. No entanto, os representantes da ECHA afirmaram que procurarão oportunidades para trabalhar em conjunto com empresas proativas que estejam dispostas a investir na segurança de nanomateriais, apesar das incertezas jurídicas.⁶⁷ Observa-se a importância da contribuição das empresas que trabalham a partir da nano escala. Será necessário um trabalho de conscientização, que envolverá, necessariamente, a mobilização do consumidor destes produtos. Vale dizer: o consumidor deverá exercer o seu direito à informação, que se encontra vinculado ao dever de informação, e voltado a todos aqueles que operam ao longo do ciclo de vida⁶⁸ do nanomaterial.

No contexto regulatório que se está desenhando, cabe sublinhar o papel desenvolvido pela FDA-US – *Food and Drug Administration* dos Estados Unidos da América, que, além de outros objetivos, busca “regular uma ampla gama de produtos, incluindo alimentos, cosméticos, medicamentos, dispositivos, produtos veterinários e produtos de tabaco, alguns dos quais podem utilizar nanotecnologia ou conter nanomateriais”.⁶⁹ Nos documentos da FDA se encontram as estruturas da denominada *Ciência Regulatória*⁷⁰, que representa o trabalho diário desta agência

em: <<https://chemicalwatch.com/63212/echa-says-it-cannot-verify-if-nanomaterials-are-being-used-safely>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁶ “The way nanoparticles behave in the environment is extremely complex and no systematic experimental data has yet been collected to help understand this process comprehensively. This is the conclusion of a team from the ETH Institute in Zurich, Switzerland, after conducting a major review of the scientific literature on the subject. [...]. They argue that only when scientists take a more standardized approach will it be possible to understand the effects that nanoparticles have on the environment - including humans. [...] According to the team, even experts involved in scientific studies find it difficult to say exactly what happens to the nanoparticles once they reach the water or soil. [...]. It is a complex issue, not only because there are many different types of artificial nanoparticles but also because they behave differently in the environment depending on the prevailing conditions at each site. Even their physical behavior is unknown, since solid nanoparticles deform as if they were a liquid.” (SANI-KAST, N. et al. “A network perspective reveals decreasing material diversity in studies on nanoparticle interactions with dissolved organic matter”. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 114, 10, 2017, disponível em: <<http://www.pnas.org/content/114/10/E1756>>. Acesso em 18 mar. 2018).

⁶⁷ ECHA. “ECHA strategy on substances in nanoforms”. 48th Meeting of the Management Board, 14-15 December 2017. Disponível em: <https://echa.europa.eu/documents/10162/2792271/mb_57_2017_echa_strategy_nanoforms_en.pdf/f913484f-9a21-02bc-d386-8cb68d0027a4>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁸ No Brasil, o conceito de ciclo de vida do produto está incluso na Lei que instituiu a *Política Nacional de Resíduos Sólidos* (Lei nº 12.305/2010, no seu art. 3º, IV: “Ciclo da vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”. (BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em 30 mar. 2018.

⁶⁹ FDA-USA. Disponível em: <<https://www.fda.gov/scienceresearch/specialtopics/nanotechnology/default.htm>>. Acesso em 28 mar. 2018.

⁷⁰ Esta nomenclatura também foi utilizada por David B. Warheit na conferência proferida no *Inhaled Particles XII Meeting*, Glasgow, UK, September 25, 2017, intitulada: *Science, Hazard and Risk in the European Union: the case of TiO₂ exposures*. Disponível em: <<https://ipxii.mira.cx/wp-content/uploads/sites/47/2017/10/Warheit-SCB-Final-Inhaled-Particles-Presentation-9-25-2017-SCB.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2018.

regulatória americana, voltada a sistematizar modelos de regulação, sem a intervenção do Poder Legislativo, mas com as contribuições de olhares de várias áreas do conhecimento, com o foco na saúde e segurança dos produtos liberados para o consumo.⁷¹ O papel da FDA é importante e evidencia inovação na proposta, pois a *Ciência Regulatória* pretende colocar em diálogo diversas áreas do conhecimento, buscando desenvolver ferramentas, *standards* e abordagens para suportar a segurança, eficácia, qualidade e performance da regulação. Destaca-se o foco na regulação, mas sem a participação direta do Poder Legislativo. Aqui se tem a principal característica desta ciência.

A FDA identificou oito áreas prioritárias, diversas ligadas a aspectos científicos, como a toxicologia, testes clínicos e o controle de qualidade da fabricação de produtos. Cabe destacar algumas áreas que terão impacto direto na abordagem do tema deste TFI, que são: a) aproveitar os diversos dados através das Ciências da Informação para melhorar os resultados de saúde; b) implementar um novo sistema de segurança alimentar focado na prevenção para proteger a saúde pública; c) facilitar o desenvolvimento de contramedidas médicas para proteger contra ameaças à saúde e segurança nos EUA e no mundo; d) fortalecer a Ciência Social e Comportamental para ajudar consumidores e profissionais a tomarem decisões informadas sobre produtos regulamentados.⁷²

Fica evidente que a FDA percebeu a necessidade de se observar os avanços tecnológicos pelas lentes das Ciências Exatas, mas com o acompanhamento da *Ciência Regulatória*, onde está o Direito e outras áreas das Ciências Humanas e das Ciências Sociais Aplicadas, por meio de uma avaliação consistente e pragmática de riscos trazidos por estes avanços:

[...] os desafios do desenvolvimento moderno de produtos e da globalização ressaltam a importância crítica da modernização e do avanço da ciência regulatória para fazer frente aos avanços da ciência e tecnologia básica e aplicada. Claramente, para que os avanços científicos realizem todo o seu potencial para melhorar a saúde pública, a FDA deve ser capaz de emitir orientações claras, desempenhar um papel importante na melhoria das ferramentas modernas de desenvolvimento de produtos e processos e tomar decisões regulatórias sólidas sobre os riscos e benefícios dos produtos, que envolvem cada vez mais novas tecnologias.⁷³

Portanto, aqui se tem um aspecto inovador para a área do Direito: estruturar bases sólidas para o desenho de normatizações, por meio de processos ágeis e interdisciplinares, em condições de observar e avaliar diversos ângulos das nanotecnologias.

⁷¹ Segundo entendimento da própria FDA, a ciência regulatória “[...] é um campo que tem um grande impacto no dia a dia do consumidor médio. A amplitude e o escopo da supervisão regulatória da FDA são extraordinários, afetando a vida de todos os americanos, dos alimentos que ingerimos, dos remédios e dos dispositivos médicos que usamos. Essa supervisão é baseada na chamada ciência regulatória, que é a base das decisões do dia a dia da FDA. Os cientistas de toda a agência pesquisam o desenvolvimento de novas maneiras de avaliar os produtos regulamentados pelo FDA. À medida que novas descobertas geram produtos cada vez mais complexos, a agência deve ser capaz de tomar decisões baseadas na ciência que resultem em políticas regulatórias sólidas”. Disponível em: <<https://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm317070.htm>>. Acesso em 29 mar. 2018.

⁷² ADVANCING Regulatory Science at FDA. A Strategic Plan, August 2011. Disponível em: <<https://www.fda.gov/downloads/ScienceResearch/SpecialTopics/RegulatoryScience/UCM268225.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2018.

⁷³ ADVANCING Regulatory Science at FDA. A Strategic Plan, August 2011. Disponível em: <<https://www.fda.gov/downloads/ScienceResearch/SpecialTopics/RegulatoryScience/UCM268225.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2018.

3.2 A Ciência Regulatória e o Ambiente Regulatório: novos arranjos normativos

A produção regulatória que está estruturada nestas perspectivas da *Ciência Regulatória*⁷⁴ dialoga com o conceito de regulação, apresentado anteriormente, a partir de Alain Supiot, quando este menciona que “[...] regular é uma alternativa pela busca de cooperação e sinergia entre os interessados a partir de [determinados] métodos [...]”.⁷⁵ O significado e o alcance da *Ciência Regulatória* apresenta as seguintes características estruturantes: “[...] 1. A ciência regulatória constitui a base científica das decisões políticas; 2. A ciência regulatória consiste em informações científicas que são aplicadas a decisões políticas, incluindo decisões regulatórias, legislativas e judiciais. Consequentemente, qualquer disciplina científica usada no processo de regulação provavelmente incluirá uma disciplina de ciência regulatória; 3. As ciências regulatórias consistem em disciplinas científicas que constituem a base científica de decisões regulatórias, legislativas e judiciais; 4. A ciência regulatória consiste na aplicação da ciência nas decisões políticas”.⁷⁶ Com tais contornos, se verifica que o desenvolvimento da regulação apresenta nuances características, mesclando forças privadas e públicas. Se tem uma mudança gradual do conceito e características da regulação, que passa da sua tradicional concepção vinculada à operação e o resultado do trabalho do Poder Legislativo, como ator exclusivo, para uma construção de um coletivo múltiplo, às vezes vinculado ao Estado, mas não obrigatoriamente, promovendo a apresentação de diversas modalidades de estruturas normativo-regulatórias.

A motivação para estas mudanças são assim caracterizadas por M. Mercè Darnaculleta I Gardella: “[...] na sociedade global do risco, o aumento da complexidade, a especialização e a tecnificação das questões sobre as quais se

⁷⁴ A *Ciência Regulatória* se estrutura a partir das seguintes características que se cruzam e se complementam: “1. Pesquisa especulativa: é tomada para abranger pesquisa acadêmica básica sobre assuntos que podem ter relevância regulatória, como toxicidade química ou risco ambiental; 2. Desenvolvimento e validação de testes regulatórios: embora os riscos associados ao uso de certos produtos químicos possam ser identificados como resultado de pesquisas especulativas básicas, testes específicos precisam ser desenvolvidos e validados para que os produtos químicos possam ser avaliados quanto a riscos potenciais; 3. Teste de conformidade regulamentar: isso se refere à realização de testes de rastreamento pela indústria, embora muitas vezes em colaboração com vários serviços científicos, conforme especificado pelas autoridades reguladoras; 4. Resolução de problemas investigativos: embora os resultados positivos dos testes de conformidade regulatória possam resultar em falha regulatória, pesquisas adicionais podem ser buscadas para identificar se os resultados são falsos ou se circunstâncias especiais sugerem que o resultado é irrelevante para a avaliação de risco; 5. Submissão regulatória: o estágio final da produção da *Ciência Regulatória* está relacionado à compilação do dossiê de informações para revisão regulatória e conclusão da avaliação de risco interna. Essas cinco categorias indicam a diversidade de atividades envolvidas na *Ciência Regulatória* dentro de um setor. Estes variam desde a pesquisa fundamental, passando por exercícios mais estreitamente ‘técnicos’, até a administração burocrática (que às vezes pode não ser mais do que ‘caixa-marcante’, mas também pode ser tecnicamente complexa e exigir julgamento de especialistas). Além disso, as categorias não são lineares (ou seja, elas não se enquadram necessariamente na ordem acima) nem são auto-contidas. Certamente, é provável que haja substancial cruzamento entre as categorias. Assim, a resolução de problemas investigativos pode exigir o que se chama de pesquisa básica. Da mesma forma, o trabalho nessa categoria pode envolver mais testes de conformidade regulatória ou negociação com autoridades reguladoras sobre a aplicabilidade de certos requisitos”. (IRWIN, A. et al. “Regulatory Science – Towards a sociological frameworks”, *Futures*, 29, 1, p. 17-31, 1997, esta parte se encontra em p. 21-2).

⁷⁵ SUPIOT, A. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 159.

⁷⁶ MOGHISSI A. A. et al. “Innovation in regulatory science: evolution of a new scientific discipline”, *Technology and Innovation*, 16, p. 155-165, 2014, a parte citada se encontra na p. 160.

deve pronunciar o Direito estão transformando por completo estas instituições. [...]” Existem movimentos importantes que escapam aos modelos tradicionais: “[...] na atualidade, o Direito segue dispondo dos mesmos instrumentos básicos; em um contexto em que o conhecimento especializado se encontra principalmente fora dos muros do Estado, o Direito deve recorrer a outras estratégias”.⁷⁷ Este é o ponto central a ser analisado, pois as questões atinentes à regulação e à produção das respostas jurídicas se encontram cada vez com mais intensidade e quantidade fora dos espaços até então dominados pela produção estatal-legislativa. Será preciso avançar e inovar a estrutura das fontes do Direito, trazendo para o processo de juridicização do fato social contribuições que nem sempre se encontram dentro da chancela imediata do Poder Legislativo.

De certo modo, perceber esta necessidade de mudança paradigmática sobre o arcabouço atual acerca da regulação está intimamente ligada à concepção hermenêutica que sustenta este TFI: “[...] pois o que incita à compreensão deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade. [...] a compreensão começa aí onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema”.⁷⁸ A realidade está interpelando o Direito e seus “operadores”, procurando por diversos meios chamar a atenção para a percepção histórica da mudança que está em curso e exige respostas adequadas com os fundamentos trazidos pelos direitos humanos, ou melhor: direitos (dos) humanos.

Não se poderá pretender regulações profiláticas (*prophylactic regulations*): “[...] o papel mais tradicional da regulação é atuar como uma profilaxia contra perigos e riscos potenciais. *Regulações profiláticas* funcionam ao longo de um espectro de aplicações. De um lado, tais regulações exigem apenas a divulgação e revisão de novas tecnologias antes de serem apresentadas ao público. [Por outro lado,] regulações mais rigorosas podem exigir aprovações pré-mercado por agências administrativas.”⁷⁹ Aqui se inscrevem os produtos à base de nanopartículas. Não se deveria disponibilizar no mercado consumidor tais produtos, sem uma “certeza” maior sobre as suas interações com o organismo humano e o meio ambiente. Se utilizam regulações profiláticas, ao menos em muitos países, como o caso do Brasil, pois inexistem normas precisas sobre os nanoproductos e sua certificação. Como se verificou, na União Europeia e nos Estados Unidos existem iniciativas regulatórias que deverão orientar a sua produção em países onde ainda não se alcançou tal nível. Não se pensa numa simples transposição destas normas, mas uma adaptação, a fim de atender às características sociais e políticas do país que pretende utilizar este mesmo conjunto normativo.

Se poderia discutir as vantagens e desvantagens de uma regulação nacional-local sobre as nanotecnologias. Se cada país estruturar a sua própria regulação, se terá uma melhor sintonia com as “[...] preferências sociais e culturais das comunidades afetadas. Eles também permitem a experimentação e a diversidade de abordagens e oferecem oportunidades para outras nações verem o que funciona e o que não funciona”.⁸⁰ Além disso, as abordagens nacionais também podem promover a concorrência internacional.

Alguns países “podem promover uma indústria em detrimento de outra, podem decretar padrões ambientais ou trabalhistas mais baixos ou mais altos que

⁷⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. “Autorregulación normativa y Derecho en la globalización”. *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; ESTEVE PARDO, J.; SPIECKER gen. DÖHMANN, I. (Eds.). Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 197-198.

⁷⁸ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Petrópolis, Vozes, 2002, § 304, vol. I.

⁷⁹ MARCHANT, G. E.; SYLVESTER, D. J. “Transnational models for regulation of nanotechnology”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006, p. 715-6. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

⁸⁰ MARCHANT, G. E.; SYLVESTER, D. J. “Transnational models for regulation of nanotechnology”. *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006, p. 717. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

outras, ou focar em diferentes fontes de financiamento para estimular pesquisas e aplicações". Por outro lado, a regulação nacional poderá "[...] ignorar os impactos transnacionais da fabricação e venda de produtos com nanotecnologia, como a poluição transfronteiriça ou a importação de produtos perigosos. Finalmente, as abordagens nacionais podem não controlar adequadamente os potenciais riscos de segurança da nanotecnologia, resultando em uma possível corrida armamentista da nanotecnologia."⁸¹ Aqui se tem mais um elemento a ser considerado no mosaico da chamada regulação das nanotecnologias.

A mediação entre os aspectos positivos e negativos será fundamental. No entanto, se vive atualmente numa *sociedade de risco*, segundo Ulrich Beck, ou seria uma sociedade em risco? Entre os aspectos apontados, se destaca um deles que tem relação com o risco e a incerteza que paira sobre a sociedade atual, qual seja, a "poluição transfronteiriça". Os efeitos negativos gerados a partir da escala nano, ao longo de todo o ciclo de vida de um nanomaterial, não ficarão restritos aos espaços geográficos das fronteiras de cada país.

Portanto, se deverá pensar em um "ambiente regulatório" (*regulatory environment*) para onde se possam canalizar os esforços e preocupações da sociedade global: "[...] compreendendo tanto uma dimensão normativa (baseada em regras) quanto não-normativa (gerida tecnologicamente), servirá para estruturar investigações jurídicas relacionadas a esse fenômeno; e enfatizei a urgência de abrir tais investigações para que, em particular, possamos entender com mais clareza como os ideais do Estado de Direito e da legalidade podem ser aplicados a uma estratégia regulatória que se baseie não em regras, mas em aplicações, a fim de canalizar e orientar a conduta humana."⁸² Este panorama é o que se pretende propor neste TFI, com o foco na orientação da conduta humana a ser observada na condução dos avanços das nanotecnologias.

No "ambiente regulatório" se viabiliza o diálogo entre as fontes do Direito, onde os aspectos formais, que muitas vezes dificultam as alterações regulatórias, são substituídos por um conjunto de normas jurídicas preocupadas com a gestão do ambiente tecnológico, olhando com cuidado, por exemplo, para os riscos, que operam a partir da combinação entre os perigos e a exposição.⁸³ Neste "ambiente regulatório", será muito produtivo se o trabalho for compartilhado em forma de redes, por meio de base de dados para a consulta pública. Isto seria fundamental para todos os atores envolvidos com as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais. Com isto, se teria uma "governança regulatória pluralista"

⁸¹ MARCHANT, G. E.; SYLVESTER, D. J. "Transnational models for regulation of nanotechnology". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006, p. 717. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

⁸² BROWNSWORD, R. "Technological management and the Rule of Law", *Law, Innovation and Technology*, 8, 1, p. 100-140, 2016, esta passagem se encontra na p. 100.

⁸³ Segundo Brownsword em "[...] um espaço regulatório que é tecnologicamente gerenciado, não há um livro de regras a ser consultado; a relação entre reguladores e regulados não é mais mediada por regras; as ações dos regulados não são mais guiadas por regras. Segue-se que o requisito de promulgação não é mais relevante? [...] para a orientação dos regulados - a promulgação não é mais relevante. No entanto, a promulgação e, por implicação, a transparência em relação ao uso proposto da gestão tecnológica para fins regulatórios públicos é extremamente relevante. O que importa em uma era de gestão tecnológica não é que as regras que resultam de um processo de 'elaboração de leis' sejam publicadas, mas que as propostas para o uso da gestão tecnológica sejam publicadas. O que importa não é tanto que os regulados saibam onde estão, mas que têm um aviso justo de que um uso particular do gerenciamento tecnológico pode ser feito para fins públicos e, concomitantemente, uma oportunidade justa de participar dos processos que determinarão se tal uso deve ser autorizado. Se isso estiver correto, então a 'promulgação' - não de regras, mas de usos propostos do gerenciamento tecnológico - continua sendo um ideal crítico. Deve haver abertura ao autorizar o uso do gerenciamento tecnológico, ao saber que ele está em operação e, possivelmente, ao saber como ele opera (caso contrário, pode haver dificuldades em decisões desafiadoras feitas pela tecnologia)." (BROWNSWORD, R. "Technological management and the Rule of Law", *Law, Innovation and Technology*, 8, 1, p. 100-140, 2016, p. 117).

(*pluralistic regulatory governance*)⁸⁴, onde se encaixam o diálogo entre as fontes do Direito e os diversos atores – públicos e privados – relacionados com as nanopartículas, seja na pesquisa, na produção, na comercialização ou nas atividades de descarte ou reuso.

No *ambiente regulatório*, se encontram diversos atores não-governamentais, dentre os quais estão as organizações⁸⁵ que trabalham com a nano escala: “[...] o poder regulatório é cada vez mais exercido por organizações não-governamentais autônomas. Embora não sejam de origem legislativa no sentido juridicamente aceito, o poder regulador afirmado passou a ser conformado dentro da estrutura de sistemas institucionalizados e autônomos que exercem funções de Estado fora do Estado. Ao mesmo tempo, o direito público tem procurado fazer valer uma medida de controle legislativo sobre os sistemas reguladores privados, especialmente aqueles que buscam impor um marco regulatório institucionalizado e harmonizado através das fronteiras. [Aqui se tem a abertura da *autorregulação regulada*, que se estudará no próximo capítulo deste TFI]. Entre os atores mais dinâmicos, estão as corporações multinacionais. [...]”.⁸⁶ Portanto, não se poderá afirmar a ausência de regulação sobre os diversos aspectos de nanopartículas e nanotecnologias. Existe um excesso de atores e normas reguladoras, nascendo a dificuldade de se estabelecer a validade de algumas em detrimento de outras. Se verifica na pesquisa desenvolvida para este TFI que, além das iniciativas e atores abordados até o momento, existem ainda muitos outros.⁸⁷ Tal aspecto torna o cenário do ambiente regulatório confuso para aqueles que estão fazendo a inovação a partir das nanotecnologias.

Portanto, a hipótese de ausência regulatória é falsa. No próximo capítulo se dará destaque para as organizações multinacionais que operam por meio da escala nanométrica, onde este *contexto plurirregulatório* gerará efeitos a partir da perspectiva hermenêutica.

3.3 A análise hermenêutica da RRI

Aqui servirá de apoio a perspectiva hermenêutica, que orienta metodologicamente este trabalho, o aspecto universal da hermenêutica apresentada por Gadamer: “[...] nossa reflexão tem sido guiada pela ideia de que a linguagem é um centro em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária”. Por isso, Gadamer destaca: “o ser que pode ser compreendido é a linguagem. O fenômeno hermenêutico devolve aqui a sua própria universalidade à constituição ôntica do compreendido, quando a determina, num sentido universal, como linguagem, e determina sua própria referência ao ente, como interpretação”.⁸⁸ Para a interpretação da linguagem utilizada pelos diversos atores que estão se posicionando no ambiente regulatório será fundamental um substrato que tenha condições de transcender a busca financeira que as nanotecnologias poderão gerar.

⁸⁴ SNIR, R.; RAVID, G. “Global nanotechnology regulatory governance from a network analysis perspective”, *Regulation & Governance*, Wiley Publishing Asia Pty Ltd., 2015.

⁸⁵ Sob a denominação de “organizações” se entende que estão os laboratórios, centros de pesquisa, grupos de pesquisa, empresas que intervenham ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais.

⁸⁶ BACKER, L. C. “Multinational corporations as objects and sources of transnational regulation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 14, 2, 2008, p. 1.

⁸⁷ Conforme se pode encontrar nos seguintes artigos científicos: FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. “La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE”, *Vigilância Sanitária em Debate*, 4, 2, p. 8-20, 2016. Disponível em: <<http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>>. Acesso em 03 abr. 2018; e: WACKERA, M. G.; PROYKOVAB, A.; SANTOS, G. M. L. “Dealing with nanosafety around the globe - Regulation vs. innovation”, *International Journal of Pharmaceutics*, 509, p. 95-106, 2016.

⁸⁸ GADAMER, H.-G. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Petrópolis, Vozes, 2002, § 478, vol. I.

Assim, se apresentará os pressupostos da RRI e dos princípios de direitos humanos de John Gerar Ruggie, que estão assentados nos seguintes pressupostos: *proteger, respeitar e remediar*.⁸⁹ Para a efetividade da *Responsible Research and Innovation* (RRI) se deverá colocar no centro do cenário das organizações, que estão contribuindo com a estruturação de marcos normativos para as nanotecnologias, a preocupação com os direitos humanos. Onde também cabem as diretrizes apresentadas por Mireille Delmas-Marty, quando ensina: que é preciso resistir à desumanização; responsabilizar os atores envolvidos e antecipar-se aos riscos que poderão vir.⁹⁰

Os avanços nanotecnológicos somente poderão ser aceitos como legítimos, se a pesquisa e a inovação daí decorrentes forem responsáveis. Para isto, os direitos humanos deverão representar o pressuposto ético para a estruturação autorregulatória dos seus efeitos positivos e/ou negativos. Será preciso proteger este conteúdo (o que equivale ao movimento de resistir à desumanização, que se coloca como o seu foco principal. A humanidade do humano deverá ser guardada) e, indo mais além, respeitá-lo, ou seja, colocá-lo em prática (que representa a antecipação aos riscos que as nanotecnologias poderão gerar para o ser humano e ao meio ambiente), estabelecendo medidas de remediação, se forem desrespeitados (que representa a responsabilização dos atores envolvidos).

Aqui também se poderá promover uma aproximação entre estes aspectos e as quatro dimensões da RRI, que são: antecipação, inclusão, reflexividade e responsabilidade⁹¹. A dimensão da reflexividade se apresenta como nova, considerando os detalhes estudados até o momento. Ela justamente se insere no movimento da autorregulação: as organizações que promovem a pesquisa e a inovação a partir da nano escala, gerando os seus reflexos positivos e negativos, também são os centros produtores da regulação. Por conta disso, a importância dos demais elementos e características analisados, pois eles garantirão a legitimidade dos desenvolvimentos operados por meio do acesso à escala nanométrica⁹², considerando que estão preocupados com os impactos sociais, ambientais e econômicos.⁹³ Estes impactos deverão ser previstos, naquilo que já se torna possível, com projeção para o futuro visando à caracterização da RRI.⁹⁴

⁸⁹ RUGGIE, J. G.; NELSON, T. "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges". *Brown Journal of World Affairs*, Fall/Winter 2015, XXII, I, p. 99-107.

⁹⁰ DELMAS-MARTY, M. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Éditions du Seuil, Paris, janvier 2013.

⁹¹ NORDMANN, A. "Responsible innovation, the art and craft of anticipation", *Journal of Responsible Innovation*, 1, 1, p. 87-98, 2014.

⁹² "O desenvolvimento responsável das nanotecnologias pode ser caracterizado como um equilíbrio entre os esforços para maximizar as contribuições positivas da tecnologia e minimizar as suas consequências negativas. Isto implica em um comprometimento para desenvolver e usar a tecnologia para ajudar a atender às necessidades humanas mais urgentes, fazendo esforços razoáveis para antecipar e mitigar implicações adversas e consequências não intencionais" (GRUNWALD, A. *The hermeneutic side of responsible research and innovation*. Wiley/ISTE, London, 2016, v. 5. Documento disponível para Kindle. Posição 2122).

⁹³ MURPHY, P. et al. "Nanotechnology, Society, and Environment", *Materials Science and Materials Engineering*, p. 1-27, 2017.

⁹⁴ Neste aspecto, cabe destacar a seguinte publicação, que traz a preocupação com os impactos das nanopartículas utilizadas em alimentos, cosméticos e medicamentos, dada a falta de informação adequada nos rótulos: segundo a manifestação da Organização Não-Governamental francesa *UFC-Que Choisir*, datada de 23 de janeiro de 2018, que "[...] apresentou reclamações contra nove fabricantes de produtos alimentícios e cosméticos por não cumprirem a exigência de relatar a presença de nanomateriais no rótulo do produto. A *UFC-Que Choisir* afirma que sua análise cobriu 20 produtos de consumo (sete produtos alimentícios, nove cosméticos e quatro medicamentos), encontrando dióxido de titânio, dióxido de silício, óxido de ferro, óxido de zinco e negro de carbono. A ONG testou os produtos para a presença de nanomateriais e depois verificou a embalagem do produto para referência a nanomateriais. De acordo com a *UFC-Que Choisir*, todos os produtos

O *Ambiente Regulatório* caracterizado até este momento, que está sustentado na apresentada *Ciência Regulatória*, tem na hermenêutica o seu suporte metodológico para viabilizar as estruturas da RRI: “[...]O atual debate sobre a RRI diz respeito, em grande medida, à identificação de suas características específicas [...]. [...] na compreensão da inovação, nos processos participativos para envolver as partes interessadas e pessoas afetadas nos processos de tomada de decisão e nas concepções éticas de responsabilidade”.⁹⁵ Se busca com a RRI um movimento de transparência, engajamento de todos os atores envolvidos e o esclarecimento de dúvidas, mediante a circulação responsável das informações, na estruturação do debate. Este conjunto, por sua vez, orientará os tomadores de decisões, cuidando para não interromper este fluxo das energias. Os significados atribuídos manifestam-se em conceitos ou teses, e são expressos em percepções, sendo questões consideradas como problemas, expectativas e esperanças, preocupações e angústias que suscitem questionamentos e controvérsias.

Desta forma se faz necessário “[...] um esforço hermenêutico para decifrá-los o mais cedo possível. A esse respeito, é interessante observar que o conceito de hermenêutica - o estudo da compreensão em si - foi mencionado de tempos em tempos, embora não com frequência, no debate da RRI nos últimos anos”.⁹⁶ Pelos aspectos examinados no primeiro capítulo, se pode verificar que existem muitas oportunidades e mudanças possíveis a partir das nanotecnologias. Tudo isso provocará mudanças sociais e culturais que também deverão ser levadas em consideração. Por conta de tais aspectos, “[...] a análise hermenêutica poderia resultar em um melhor entendimento das origens e raízes destas mudanças, revelando os elementos culturais subjacentes que frequentemente formam o pano de fundo de atitudes normativas e atribuições de valor”.⁹⁷ Portanto, a hermenêutica filosófica, notadamente pelas contribuições de Gadamer são fundamentais para a estruturação de elos entre as possibilidades e os desafios que estão transformando as relações sócio-culturais, impactando decisivamente no presente e futuro da vida humana.

alimentícios e cosméticos continham nanopartículas, mas a maioria dos rótulos não refletia sua presença. Além das queixas apresentadas, o *UFC-Que Choisir* solicitou que a Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão às Fraudes (DGCCRF) e o Ministério da Economia franceses publicassem uma lista de produtos alimentícios e cosméticos, contendo nanomateriais, que não conseguem atender ao requisito de rotulagem, processe os fabricantes que violarem os requisitos de rotulagem e continue a monitorar a conformidade. “French NGO Claims Many Manufacturers Fail to Comply with Nano Labeling Requirement”. Disponível em: <<https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-nanoparticules-dissimulees-9-plaintes-de-l-ufc-que-choisir-contre-des-fabricants-de-produits-alimentaires-et-de-cosmetiques-n50840/>>. Acesso em 04 abr. 2018. Esta situação, está em desconformidade com as normativas específicas já editadas pela União Europeia sobre o conteúdo do rótulo: *Cosméticos*. Regulación (EC nº 1223/2009): Requiere presentación del producto con 6 meses de antelación al lanzamiento al mercado; con lista de ingredientes y características toxicológicas y de exposición. El producto debe ser etiquetado incluyendo ingredientes. Disponível em: <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/endocrine_disruptors/docs/cosmetic_1223_2_009_regulation_en.pdf>. Acesso em 12 maio 2018. *Alimentos*. Regulación (EU nº 1169/2011): Semejante a *Cosméticos*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32011R1169>>. Acesso em 12 maio 2018. *Biocidas*. Regulación nº 508/2012: el product require autorización previa mayor especificación que en los casos anteriores y también etiquetado. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0094>>. Acesso em 12 maio 2018.

⁹⁵ GRUNWALD, A. “The hermeneutic side of responsible research and innovation”, *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014, p. 274-291, esta parte foi retirada na p. 275-6.

⁹⁶ GRUNWALD, A. “The hermeneutic side of responsible research and innovation”, *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014, p. 274-291, esta parte foi retirada na p. 276.

⁹⁷ GRUNWALD, A. “The hermeneutic side of responsible research and innovation”, *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014, p. 274-291, esta parte foi retirada na p. 285-6.

O desenvolvimento desta pesquisa para o TFI está envolto na construção de perspectivas hermenêuticas, em condições de trabalhar com a tradição cultural herdada, que se projeta no horizonte de sentido atribuído às possibilidades normativas que se poderão desenhar a partir da autorregulação regulada, buscando uma simbiose com o aprendizado legado pelo passado e os desafios – positivos e negativos – que poderão ser desvelados por meio da manipulação das nanopartículas.

Fica evidente que cabe trazer, neste panorama ambivalente, viabilizado pelo acesso humano à nano escala, a metáfora das *duas faces de Janus*, destacando a necessidade da atenção dos investigadores e demais atores envolvidos com a pesquisa e produção nanotecnológica em aspectos como: variabilidade; aumento de custo; toxicidade; falta de consenso na análise de toxicidade; falta de diretrizes internacionais de segurança de nanomateriais; preocupações públicas, por um lado, e, sensibilidade ultra-alta; grande área de superfície; aprimoramento de sinal; volume mínimo de amostra; plataformas miniaturizadas; análise multicomplexa; diagnóstico da doença em estágio inicial, por outro lado.⁹⁸

O aprofundamento da referida metáfora permite fazer ainda as seguintes constatações⁹⁹:

a) como o átomo está na estrutura de tudo o que conhecemos e poderemos montar, parece cada vez mais possível se dar concretude a um pressuposto da técnica: tudo o que for tecnicamente possível deverá ser feito;

b) ao lado disto, as nanotecnologias são apresentadas como “tecnologias facilitadoras”, ou seja, elas (as nanotecnologias) serão cruciais para o desenvolvimento de novos produtos e sistemas em variadas áreas. Desta forma: “[...] geralmente não será possível saber com antecedência quais novos produtos e sistemas podem ser ativados. Essa situação levaria a uma completa falta de conhecimento sobre o impacto social e as consequências de produtos e sistemas *nano possibilitados*: tudo poderia ser possível e, provavelmente, nada poderia ser controlado.”;

c) a terceira parte destas constatações destaca a nanotecnologia como uma “cifra do futuro”, que possibilita debates de variadas áreas do conhecimento em torno de mudanças na própria condição humana, por meio da nano escala. As *duas faces de Janus* parece que se apresentam com uma intensidade “quase” amedrontadora, desafiando as concepções do jurídico que se conhece até o momento. Aí a fundamental importância da análise hermenêutica destes cenários, buscando viabilizar a participação direta, ativa e responsável do Direito¹⁰⁰, aspectos que serão desenhados no próximo capítulo.

4 O REFLEXO DO RRI NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA SE LIDAR COM OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS: AS ALTERNATIVAS DA

⁹⁸ VASHIST, S. K. “Advances in nanotechnology and the future prospects”. In: ISLAM, N. (Editor). *Nanotechnology: recent trends, emerging issues and future directions*. Nova Publishers, New York, 2014, p. 57.

⁹⁹ GRUNWALD, A. “The hermeneutic side of responsible research and innovation”, *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014, p. 274-291, esta parte foi retirada na p. 277-8.

¹⁰⁰ No artigo de GRUNWALD, A. “The hermeneutic side of responsible research and innovation”, *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014, na p. 284, se pode encontrar um conjunto de questionamentos ou problemas que a análise hermenêutica da RRI deverá responder, destacando-se as seguintes: “Which images of humans, social designs, or images of nature are imputed? Which assumptions about the relationship among humans, nature, society, and technology and their future modifications do they contain? Which concepts and patterns of communication are employed in the debate? In which narratives are techno-futures communicated, and where do these come from historically and culturally? Which language patterns are employed? Which assumptions do they contain about the roles, tasks, power, and responsibility of science and technology? Do they for example assume technological determinism? Which aspects of the future development do the techno-futures believe can be shaped societally? And which are driven by a dynamic of their own?”.

RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL A PARTIR DE JOHN GERARD RUGGIE

O contexto apresentado até o momento revela o caráter desafiador de se estruturar as bases normativas para as nanotecnologias. Este TFI pretende contribuir para o desenho de alternativas regulatórias que não dependam da participação direta e inicial do Poder Legislativo. Existe uma pluralidade de fontes, muitas delas não positivamente consideradas jurídicas, no seu viés tradicional. No entanto, e aí uma das contribuições desta investigação, se deverá flexibilizar os elementos prévios para o reconhecimento do jurídico, olhando-se a partir de um ambiente regulatório mais amplo, sustentado epistemologicamente pela denominada Ciência Regulatória.

Esta Ciência deverá enfrentar o chamado *Dilema de Collingridge*, exposto por David Collingridge, a partir de dois problemas, aparentemente opostos: a) um problema informacional: o caso das nanotecnologias se enquadra aqui, pois ainda não existem informações suficientes para se estruturar um arcabouço regulatório; b) um problema de poder: depois que as nanotecnologias estiverem integralmente estabelecidas, com informações suficientes e adequadas para regulação, se poderá ter dificuldades para estabelecer limites ou outros liames legais. O dilema está no desafio de equacionar uma fórmula regulatória que possa trazer segurança jurídica, sem criar obstáculos ao desenvolvimento da tecnologia.¹⁰¹ Aqui um ponto fulcral e uma contribuição deste TFI, ou seja, propor alternativa autorregulatória regulada, que consiga mesclar, de forma inovadora, uma regulação privada com uma participação pública, onde a RRI terá um papel fundamental.

4.1 A RRI como estrutura substancial para abrigar os direitos humanos

Se destacam algumas características da RRI, que serão fundamentais para a ampliação do escopo desta ciência. Para tanto, se busca como inspiração o *Projeto da União Europeia* intitulado *Horizonte 2020*, onde se sublinham as novas tecnologias, dentre elas as nanotecnologias e as providências que a sociedade europeia deverá observar. Este modelo poderá ser adaptado para outros países, respeitando-se as suas características peculiares, como é o caso do Brasil. Esta projeção para 2020, onde a RRI é um dos pilares, foi construída a partir dos seguintes elementos¹⁰²: “1) participação (e compromisso) das partes interessadas [aqui se incluindo os investidores e empresários em geral]; 2) educação científica (ou alfabetização em ciências); 3) igualdade de gênero no processo de pesquisa e conteúdo; 4) abertura ao conhecimento científico (dados e resultados) e 5) governança (ética)”. A RRI desenha uma ampla participação na gestão do desenvolvimento da pesquisa e da inovação que ela promove. Se busca uma aproximação da ciência da sociedade, que poderia projetar mais um pilar onde se reconfigura os enlaces da chamada “Ciência e Sociedade” em um programa de pesquisa que fomenta a “Ciência com a Sociedade”¹⁰³, promovendo o nascimento de uma efetiva e pública avaliação tecnológica participativa. Se incluem todos os atores sociais que poderão ser afetados, positiva e/ou negativamente, pelo avanço tecnológico.

Este panorama gera a emergência de três características da RRI¹⁰⁴, que poderão orientar as estruturas autorregulatórias reguladas, a serem observadas pelas organizações de base inovadora nanotecnológica:

¹⁰¹ COLLINGRIDGE, D. *The social control of technology*. St. Martin's Press, New York, 1980.

¹⁰² Conforme estudo de REBER, B. “RRI as the inheritor of deliberative democracy and the precautionary principle”, *Journal of Responsible Innovation*, 2017, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/23299460.2017.1331097>>. Acesso em 01 maio 2018.

¹⁰³ REBER, B. “RRI as the inheritor of deliberative democracy and the precautionary principle”, *Journal of Responsible Innovation*, 2017, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/23299460.2017.1331097>>. Acesso em 01 maio 2018.

¹⁰⁴ OWEN, R., et al. “A Framework for responsible innovation”. *Responsible*

a) *antecipação*: pode ser resumida como “o ponto de entrada para a reflexão sobre os outros propósitos, promessas e possíveis impactos da inovação”. Aqui uma entrada para a prática do princípio da precaução¹⁰⁵, por meio do qual se busca evitar o dano, fazendo a gestão dos riscos, na busca de se projetar eventuais problemas e dificuldades, com as respectivas estruturas de solucionamento. No caso das nanotecnologias, a antecipação, como corolário do princípio da precaução, é um caminho adequado para a proteção dos direitos humanos – vida e meio ambiente;

b) *refletividade*: esta característica descreve “propósitos, motivações e impactos potenciais subjacentes”, focalizando “o que é conhecido [...] e o que não é conhecido.” Curiosamente, para “o que é conhecido” se relaciona com “áreas de regulação, revisão ética ou outras formas de governança e “para o desconhecido”, se apontam aspectos relacionados às incertezas associadas, riscos, áreas de ignorância, suposições, questões e dilemas. Os apontados elementos desconhecidos se conectam com o princípio da precaução, devendo ser levados em consideração pelos dados já conhecidos. Portanto, são estruturas que deverão ser associadas aos processos de deliberação, no caso, sobre as nanotecnologias, às quais, estas características têm plena relação;

c) *responsividade*: aqui se tem um movimento caracterizado como uma capacidade de resposta interativa, um processo “inclusivo” e “aberto de aprendizagem adaptativa, com capacidade dinâmica”; se apresenta como um “processo coletivo de reflexividade” para trajetórias de inovação: “definir direção” e “influenciar”. Em uma perspectiva conjunta, a responsividade se complementa com as duas características anteriores (letras “a” e “b”) para arquitetar “mecanismos eficazes de governança participativa e antecipatória”. Tal formulação é a que se busca construir com o desenvolvimento desta pesquisa, proporcionando a emergência de estruturas flexíveis, abertas e em rede para a instalação segura dos resultados da intervenção humana na escala nano.

As organizações que operam a partir da escala nano, dada a ausência de um marco regulatório legislativamente estruturado, devem se inspirar nestas características para propor e respeitar arranjos autorregulatórios. Tal é o contexto da responsabilidade social corporativa que se pretende estruturar, como uma contribuição concreta deste TFI. Paralelamente a este propósito, cabe destacar que as organizações que pesquisam, produzem e comercializam as nanotecnologias se orientam a partir dos seguintes pressupostos, que se encaixam nas examinadas características da RRI: 1) obter lucro; 2) cumprir as normas jurídicas nacionais e/ou internacionais (por exemplo, direitos humanos, leis relativas ao trabalho infantil); 3a) cumprir as normas técnicas, com um fundo ético, existentes (por exemplo, ISO 26000¹⁰⁶), juntamente com outras normas reconhecidas como

Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society. Edited by R. Owen, J. Bessant, and M. Heintz, Wiley, New York, 2013, p. 27-50. Esta passagem se encontra na página 38.

¹⁰⁵ Segundo Alexandra Aragão: “[...] o princípio da precaução pode e deve ser convocado sempre que haja dúvidas científicas quanto ao risco de ocorrência de danos ou quanto ao tipo de danos associados a uma categoria específica de resíduos ou a uma dada operação de gestão. Pressuposto fundamental do princípio da precaução é, naturalmente, que os riscos sejam verossímeis e que os danos possíveis sejam graves e irreversíveis. Este princípio reflete as finalidades precaucionais do Direito Ambiental e permite a adoção de medidas antecipatórias (nomeadamente a suspensão da operação) antes da existência de provas científicas concretas sobre possíveis danos ambientais ou na saúde, em conformidade com a máxima *in dubio pro ambiente*. (O grifo não está no original). ARAGÃO, A. “Princípios fundamentais do direito dos resíduos”. *Direito dos resíduos*. MIRANDA, J., et al (Coord. Científica). Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 8.

¹⁰⁶ A norma ISO 26000, focada na “responsabilidade social”, está lastreada nas seguintes diretrizes: “negócios e organizações não funcionam no vácuo. Sua relação com a sociedade e o ambiente em que operam é um fator crítico em sua capacidade de continuar a

socialmente valiosas (aqui se poderiam inserir as normas editadas pelo Comitê Técnico 229, da ISO¹⁰⁷, sobre as nanotecnologias; e as diretrizes editadas pela OECD¹⁰⁸); e 3b) se envolver em filantropia.¹⁰⁹ Aqui se tem uma breve e preliminar síntese dos parâmetros comportamentais que se espera de uma organização de base nanotecnológica, que iluminará os seus processos autorregulatórios.

As nanotecnologias, como já referido no primeiro capítulo, se encontram no cenário da Quarta Revolução Industrial, são responsáveis por modificações na tradicional configuração de diversas instituições jurídicas, como destaca José Julio Fernández Rodríguez¹¹⁰, seja no próprio Estado, as fronteiras geográficas entre os Estados, a responsabilidade, a privacidade, a verdade da informação ou a administração, são algumas das ideias que alteram seus perfis no mundo digital. Aqui entendido, nos limites deste TFI: em um mundo movido pela inovação gerada a partir das novas tecnologias, que se caracteriza como um mundo em constante transformação e que exigirá uma pluralidade de sistemas normativos¹¹¹, onde se pretende desvelar o horizonte de sentido dos mecanismos de autorregulação regulada.

4.2 O *framework* de Ruggie como um “caminho” para a concretização da RRI

Quando John Gerard Ruggie projetou o *framework* estruturado em três pilares: *proteger, respeitar e remediar*, estava lançando as bases para este cenário plural e em constante modificação, que desafia a produção legislativa tradicional. Estes princípios orientadores baseiam-se no reconhecimento de:

a) os Estados têm a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e liberdades fundamentais. Além deste ator, também é colocado no cenário

b) o papel das empresas como organizações especializadas da sociedade, desempenhando funções determinadas, necessárias para cumprir todas as normas jurídicas aplicáveis e respeitar os direitos humanos. A partir daí, nasce

c) a necessidade de que os direitos e obrigações sejam correspondidos a soluções (se aproximando de “sanções”) apropriadas e eficazes quando violados.¹¹² A incorporação destes três pilares¹¹³ dará legitimidade para as arquiteturas

operar de forma eficaz. Ele também está sendo cada vez mais usado como uma medida de seu desempenho geral. A ISO 26000 fornece orientação sobre como as empresas e organizações podem operar de maneira socialmente responsável. Isso significa agir de maneira ética e transparente, contribuindo para a saúde e o bem-estar da sociedade”. Disponível em: <<https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>>. Acesso em 01 maio 2018.

¹⁰⁷ ISO/TC 229 – Nanotechnologies. Disponível em: <<https://www.iso.org/committee/381983.html>>. Acesso em 12 maio 2018.

¹⁰⁸ OECD. Working Party on Nanotechnology. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/sci-tech/oecdworkingpartyonnanotechnology.htm>>. Acesso em 12 maio 2018.

¹⁰⁹ PELLÉ, S., REBER, B. “Responsible Innovation in the Light of Moral Responsibility”, Special issue on responsible innovation in the private sector. *Journal on Chain and Network Science* 15, 2, p. 107-117, 2015, estas ideias se encontram na página 110.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *Los fundamentos del derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 137. (Derecho, Estado y Constitución).

¹¹¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *Los fundamentos del derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 148-149. (Derecho, Estado y Constitución).

¹¹² RUGGIE, J. G. Human Rights Council Seventeenth Session; Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Este documento está datado de 21 de março de 2011. Disponível em: <<https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-17-31/>>. Acesso em 01 maio de 2018.

¹¹³ Segundo entendimento de PARKER, Christine and HOWE, John. “Ruggie’s diplomatic Project and its missing regulatory infrastructure”. MARES, Radu (Edit.). *The UN*

autorregulatórias que as organizações vierem a estruturar. Há outro detalhe muito importante, que se aproxima de uma “quase” característica estatal aos instrumentos normativos que vierem a ser criados: “estes princípios orientadores aplicam-se a todos os Estados e a todas as empresas, tanto transnacionais como outras, independentemente do seu tamanho, setor, localização, propriedade e estrutura”.¹¹⁴ Portanto, os direitos humanos – aqui entendidos como o respeito à vida humana saudável (sem descuidar de toda e qualquer forma de vida) e a proteção do meio ambiente – se projetam nestes três pilares de Ruggie e que, portanto, asseguram o caráter regulado da autorregulação. Estes elementos do *framework* de Ruggie dialogam com as características examinadas sobre a RRI, dando a esta última um direcionador substancial mais concreto, que também poderá servir para avaliar se os objetivos da pesquisa e inovação responsáveis estão sendo alcançados.

Considerando os aspectos já examinados neste capítulo, se verifica uma necessária mudança de orientação dos negócios empreendidos pelas organizações, no caso, de base nanotecnológica. Se propõe a observância de dois níveis de qualificação: a) o controle de constitucionalidade: as organizações deverão orientar a sua atuação pelas regras e princípios inseridos nos textos constitucionais; b) o controle de convencionalidade: a partir do momento, em que a atuação e as suas estruturas autorreguladas deverão incorporar e praticar as diretrizes dos direitos humanos, especialmente a partir das coordenadas apresentadas por John Gerard Ruggie, que também se encontram em uma espécie de *dilema*, ancorado em duas perguntas: 1) “como as regras para a defesa dos direitos humanos podem ser inseridas na prática corporativa e de governos, a fim de alcançar uma mudança na conduta das atividades empresarias?”. Aqui se vislumbra a proposta da autorregulação regulada, projetando uma aproximação entre o público e o privado; 2) “como isso pode ser promovido e alcançado na esfera global em que as corporações multinacionais atuam, mas que não dispõem de um órgão regulador central?”.¹¹⁵ O segundo problema efetivamente poderá inviabilizar a aplicação dos direitos às organizações sejam nacionais ou multinacionais. Por isso, a autorregulação regulada poderá ser uma possibilidade: juntando, neste contexto, a perspectiva da governança. O próprio Ruggie apresenta algumas diretrizes neste sentido, quando aprimora o seu *framework*, construindo um guia principiológico para a sua execução, ou, mas especificamente, *princípios orientadores*¹¹⁶: o primeiro deles, é trabalhar a partir do velho modelo de governança, considerando a perspectiva de evolução que se encontra no âmago dos direitos humanos; na sequência, Ruggie abordará a governança policêntrica, onde se verifica a colaboração de diversos atores, buscando uma regulação responsiva, cooperação informal, parcerias público-privadas¹¹⁷ e processos multipartidários, isto com, a

guiding principles on business and human rights: foundations and implementation, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2012, p. 273-301, se poderia adicionar um quarto pilar, “representado pela obrigação cívica da sociedade civil, no sentido de participar, ajudando a legitimar e mobilizar o envolvimento de atores da sociedade civil, em funções como a de monitorar e avaliar o processo” (p. 290-1).

¹¹⁴ RUGGIE, J. G. Human Rights Council Seventeenth Session; Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Este documento está datado de 21 de março de 2011. Disponível em: <<https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-17-31/>>. Acesso em 01 maio de 2018.

¹¹⁵ RUGGIE, J. G. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. Tradução de Isabel Murray, Planeta sustentável, São Paulo, 2014. Documento disponível para Kindle. Posição 96.

¹¹⁶ RUGGIE, J. G. “Global Governance and ‘New Governance Theory’: Lessons from Business and Human Rights”. *Global Governance*, 20, p. 5-17, 2014.

¹¹⁷ A combinação de atores privados e públicos na estrutura da regulação poderá trazer benefícios para a economia do próprio país: “[...] As economias podem colher inúmeros benefícios quando o envolvimento do setor privado é cuidadosamente

participação de diversos atores que tenham interesse em um determinado processo; no caso, os envolvidos com as nanotecnologias. Não se apresenta como uma tarefa fácil. Por isso, se exigirá uma espécie de *orquestração* de atores e iniciativas, buscando uma harmonia entre diferenças de variados segmentos.¹¹⁸ Ruggie¹¹⁹ desenvolve seis caminhos estratégicos, visando uma viabilidade maior para a internalização destas normativas acerca dos direitos humanos, posicionando-se como um indicador para avaliar se uma mudança normativa de uma determinada organização efetivamente poderá ser categorizada como bem sucedida:

implementado dentro de uma estrutura regulatória coerente. Na maior parte das economias da União Europeia, houve uma mudança completa dos mecanismos de construção da regulação, refletindo o desejo de melhorar a qualidade da regulação, reduzindo a carga administrativa para os requerentes e apoiando um maior enfoque na mitigação dos riscos. [...]. A colaboração público-privada na construção da regulação tem mostrado resultados positivos, incluindo uma melhor conformidade com os regulamentos, um controle de qualidade mais rigoroso durante todo o ciclo de vida do projeto e melhor eficiência de processamento. [...] Um sólido regulamento de construção pode salvar vidas humanas, melhorar a saúde e a segurança e apoiar um setor e uma economia prósperos e sustentáveis. Pode ajudar a facilitar a realização de negócios, protegendo investimentos lucrativos, fortalecendo os direitos de propriedade e protegendo o público de práticas de construção defeituosas. O envolvimento do setor privado na construção das regulações mostrou resultados positivos no alcance de metas regulatórias. No entanto, vários desafios devem ser abordados antes que uma política de envolvimento do setor privado na construção da regulação seja buscada. A transferência de autoridade do público para a esfera privada poderia minar o interesse público". (THE WORLD BANK. "Doing Business 2018: reforming to create jobs". International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, 2018, p. 48-49. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org>>. Acesso em 08 maio 2018).

¹¹⁸ "The new Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises have a human rights chapter drawn virtually verbatim from the Guiding Principles (GPs). They are important because they provide for national complaint mechanisms in the forty-two adhering states, which include emerging market countries, regarding the conduct of multinationals operating in or from those states; new provisions in the OECD Common Approaches for Export Credit Agencies requiring assessments of social risks, which affect access to capital at the national level; the new International Finance Corporation Sustainability Principles and Performance Standards now include human rights language reflecting core concepts of the GPs. They affect companies' access to international capital, amplified manifold because they are tracked by private sector lending institutions party to the so-called Equator Principles, which account for more than three-fourths of all project financing worldwide; ISO 26000, a new social responsibility guidance adopted by the world's leading private standard setting body, the International Organization for Standardization (ISO), has a human rights chapter closely shaped by the GPs. ISO energizes a worldwide army of consultants eager to help companies come into compliance and it has considerable uptake in Asia; in the European Union, the European Commission endorsed the GPs and asked member states to submit national action plans for their implementation; the United Kingdom was the first to do so. The Commission has also developed additional guidance for several industry sectors and for small - and medium - sized enterprises; in the United States, the concept of human rights due diligence, a central component of the corporate responsibility to respect human rights in the GPs, wound its way into Section 1502 of the Dodd-Frank Wall Street Reform Act, in relation to conflict minerals procured in Democratic Republic of Congo by US-listed companies; the US government referenced the GPs as a benchmark in a new reporting requirement for US entities investing more than \$500,000 in Myanmar when it suspended most economic sanctions; the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) is exploring ways to align its new business and human rights program with the GPs; the African Union is on a similar though slower track." RUGGIE, J. G. "Global Governance and 'New Governance Theory': Lessons from Business and Human Rights". *Global Governance*, 20, p. 5-17, 2014; estes aspectos se encontram nas páginas 11 e 12.

¹¹⁹ RUGGIE, J. G. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. Tradução de Isabel Murray, Planeta sustentável, São Paulo, 2014. Documento disponível para Kindle. Posição 2541 e 2550.

1) “criar uma base mínima de conhecimento comum que permita a realização de um debate compartilhado”, aqui ingressa a pesquisa acadêmica, que deverá sair dos “muros da Universidade” e ser levada e fomentada nas organizações;

2) “assegurar a legitimidade do processo do mandato, além das questões de fundo”, a partir do desenvolvimento da investigação científica nas organizações, será preciso convencer os tomadores de decisões da importância de se trazer o tema dos direitos humanos para todos os estágios da construção das decisões empresariais;

3) “fazer com que novos participantes se sentem à mesa de discussões para que suas ideias e influências possam levar a pauta adiante”, aqui se percebe a motivação de Ruggie no sentido de aumentar o leque de atores e organizações para a implementação do tema dos direitos humanos em projetos e contratos, incluindo procedimentos de arbitragem internacional;

4) “realizar testes com as propostas essenciais para demonstrar que elas podem funcionar de verdade na prática”, aqui ingressa a parte da auditoria das ações empresarias para a implantação do tema dos direitos humanos, que é o denominado *Due Diligence*. Ruggie menciona os reflexos da realização de oficinas e seminários para a socialização do tema, além dos efeitos da criação de mecanismos de denúncias da violação relativa aos direitos humanos. Aqui se verifica uma clara conexão com a RRI, pois a inovação terá de respeitar determinados pressupostos éticos, representados pelos direitos humanos;

5) “ter uma estratégia final e uma liderança política eficiente para executá-la, e na qual existam oportunidades ou que elas possam ser criadas”, aqui se verifica o núcleo da tentativa deste TFI para a estrutura autorregulatória regulada, quando o projeto de Ruggie ganha o apoio da Comissão de Direitos Humanos da ONU, tornando os princípios orientadores uma norma legítima da ONU para empresas e direitos humanos, destacando que existe uma participação estatal, embora com novas características, dado o caráter voluntarístico;

6) “trabalhar rumo à convergência entre os órgãos de normatização para conseguir ganhos em termos de escala e benefícios gerados pelo conjunto mais amplo possível de mecanismos de implementação”, aqui se sublinha a importância da reunião de normas, evitando concorrência entre textos que busquem objetivos semelhantes. Para a estruturação desta convergência, tornou-se fundamental o papel exercido pelo OECD¹²⁰ e da ISO, esta última por meio do desenho da responsabilidade social que se encontra na norma ISO 26000.

4.3 O *Due Diligence* no contexto da governança do cenário da autorregulação regulada

O próprio Ruggie sugere que, além dos mencionados cuidados, para que as organizações possam implementar os direitos humanos, sejam visualizadas as normas de cada país, notadamente cumprindo o denominado *due diligence*: que representa uma série de degraus que uma organização deverá atender, a fim de prevenir e encaminhar cuidados organizacionais para mitigar efeitos adversos em relação aos direitos humanos.¹²¹ No caso do Direito Brasileiro, se poderá citar a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹²², que disciplina as sociedades por ações, e

¹²⁰ RUGGIE, J. G. and NELSON, T. “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”. *The Brown Journal of World Affairs*, XXII, 1, Fall/Winter, p. 99-127, 2015.

¹²¹ PARKER, C. and HOWE, J. “Ruggie’s diplomatic project and its missing regulatory infrastructure”. In: MARES, R. (Edit.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementation*. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, p. 273-301, 2012. Esta passagem se encontra na p. 292.

¹²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 06 maio 2018.

menção no seu art. 154: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Aqui se tem o comando legal sobre o *due diligence*. Este artigo de lei, embora seja dirigido ao administrador da sociedade por ações, poderia ser utilizado por qualquer dirigente de organização, sinalizando a clara normatização legislativa de preocupações que se deverá ter no atendimento das exigências do bem público e da função social da empresa. Aqui se encontra um arcabouço legal para a inserção dos mencionados aspectos estudados a partir de John G. Ruggie, além das características da RRI.

A adoção do *due diligence* pode ser desenhada como uma “tentativa abrangente e proativa de descobrir os riscos [em relação aos] direitos humanos, reais e potenciais, ao longo de todo o ciclo de vida de um projeto ou atividade comercial, com o objetivo de evitar e mitigar esses riscos”.¹²³ A utilização do processo de gestão e governança que se encontram no centro do *due diligence*, será fundamental para a estrutura jurídica de gestão dos riscos que poderão ser vislumbrados durante o ciclo de vida de um nanomaterial em relação ao ser humano e à preservação do meio ambiente – elementos estruturantes dos direitos humanos para este TFI.

Por conta desta possibilidade, Ruggie¹²⁴ formulou 31 princípios guias que tem o objetivo principal de dar concretude ao *framework* “proteger, respeitar e remediar”. O princípio 17¹²⁵ define os parâmetros para a *due diligence* em direitos humanos, a partir das seguintes orientações: “A fim de identificar, prevenir, mitigar e explicar como as empresas devem realizar *due diligence* para lidar com os impactos negativos em relação aos direitos humanos. O processo deve incluir a avaliação dos impactos reais e potenciais dos direitos humanos, integrando e agindo de acordo com os resultados, rastreando as respostas e comunicando como os impactos são tratados”. Assim sendo, o *due diligence* de direitos humanos deve albergar:

a) “ações para cobrir impactos adversos sobre os direitos humanos que a empresa comercial possa causar ou contribuir através de suas próprias atividades, ou que possam estar diretamente ligadas às suas operações, produtos ou serviços por suas relações comerciais”: aqui se tem a preocupação e cuidado em relação aos direitos humanos ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial;

b) “iniciativas que poderão variar em complexidade com o tamanho da empresa, o risco de impactos severos sobre os direitos humanos e a natureza e contexto de suas operações”: aspectos intrínsecos das organizações poderão exigir pontos de atenção variados, seja pelo seu tamanho e o tipo de segmento que ocupa. Aqui se aplicando diretamente às organizações que operam na escala nano;

c) “medidas que devem estar em andamento, reconhecendo que os riscos aos direitos humanos podem mudar com o tempo, à medida que as operações e o contexto operacional da empresa de negócios evoluem”: se tem aqui um aspecto vinculado à geração das informações vinculadas ao processo de pesquisa, produção, comercialização e o encerramento do ciclo de vida do nanomaterial. Vale dizer, as medidas de gestão dos riscos deverão ser intensificadas e complexificadas

¹²³ RUGGIE, J. G. and SHERMAN, III, J. F. “The concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding principles on business and human rights: a reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”. *The European Journal of International Law*, 28, 3, p. 921-928, 2017. Esta passagem está na p. 924.

¹²⁴ ONU. Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Human Rights Council (A/HRC/17/31), which also includes an introduction to the Guiding Principles and an overview of the process that led to their development. The Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em 06 maio 2018.

¹²⁵ Já os Princípios 18 a 21 apresentam os componentes essenciais para a implantação do *due diligence* em relação aos direitos humanos nas organizações.

à medida em que se aumenta o nível de conhecimento das variadas características peculiares dos nanomateriais, conforme estudado no primeiro capítulo deste TFI.

No fundo, os *Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework* representam indicadores da estrutura de governança das organizações que operam no conjunto das tecnologias da escala nanométrica, as nanotecnologias. O *due diligence* aqui mencionado se relaciona com o acima citado conteúdo do art. 154, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e corresponde a um grau ordinário de diligência, a ser analisado caso a caso, podendo envolver diversas características, como: o segmento da atividade exercido pela organização, sua dimensão e importância; os recursos que os administradores ou encarregados tem à disposição para o agir "[...] com a diligência de um homem ativo e probo [...]"¹²⁶, além do conhecimento técnico de gestão; os contornos fáticos que envolvem o caso concreto que deverá receber a decisão, dentre outras particularidades a serem observadas pelo decisor.¹²⁷

A governança da inovação, no panorama da RRI, permanecerá ao nível das boas intenções, a menos que seja traduzida em atitudes e decisões que envolvam a *due diligence*, com práticas científicas, e transformações nas atitudes, práticas e influências das organizações. Almer e seus colaboradores¹²⁸ apresentam suas experiências e reflexões sobre as interações entre cientistas naturais e engenheiros no contexto da biologia sintética, que somam mais de 48 anos de pesquisas relacionadas e expõem cinco "regras práticas" para desenvolver formas de colaboração entre as diferentes áreas do conhecimento. As regras oferecem um guia geral baseado na prática e não na teoria - um senso flexível e adaptável de como abordar um assunto em vez de um conjunto rígido de procedimentos a serem seguidos. Assim, essas 5 regras básicas (que se poderia dizer, servem como um pequeno guia) para colaboração interdisciplinar entre as ciências naturais e sociais são: experimentação colaborativa, correr riscos, reflexividade colaborativa, discussões abertas de objetivos não compartilhados e a perspectiva do trabalho com a vizinhança; aqui entendida com os pesquisadores de outras áreas do conhecimento. Estas regras também deverão se juntar à estrutura do gestor responsável pelas decisões que envolvam as nanotecnologias.

A realização das grandes oportunidades que as nanotecnologias e os nanomateriais podem oferecer à sociedade deve ser acompanhada da demonstração transparente pela indústria de sua segurança e sustentabilidade, objetivando o bem-estar das atuais e futuras gerações.

Dentro destes aspectos, se observa que a transformação dos postulados políticos e econômicos expostos em concretas medidas jurídicas conduzirá para que a autorregulação deixe de ser uma realidade conceitualmente contraposta à regulação para converter-se em uma "estratégia de regulação", inserida em um cenário denominado de *better regulation*, que busca a redução de normas e controles públicos para utilizar a autorregulação focada na consecução de fins públicos. As organizações e estruturas privadas de autorregulação realizam tarefas: a) "quase-normativas" (códigos éticos, normas de conduta, códigos e manuais de boas práticas, ou procedimentos e protocolos normalizados de trabalho); b) "quase-executivas" (certificação de cumprimento de normas através de declarações de autorregulação ou autocertificação de conformidade a normas, certificados

¹²⁶ ADAMEK, M. V. v. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 123.

¹²⁷ ADAMEK, M. V. v. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 123-4.

¹²⁸ ALMER, A. S. et al. "Five rules of thumb for post-ELSI interdisciplinary collaborations". *Journal of Responsible Innovation*, 3, 1, p. 73-70, 2016. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23299460.2016.1177867>>. Acesso em: 08 maio 2018.

técnicos emitidos por terceiros, selos, etiquetas ou marcas) e c) “quase-judiciais” (imposição de sanções disciplinares e resolução extrajudicial de conflitos).¹²⁹

Assim sendo, a *autorregulação regulada* se baseia em um sistema de consecução de fins públicos, por parte de atores privados, baseado na voluntariedade, que possui especial aplicação em âmbitos assentados na técnica ou na ética que excedem de algum modo os limites do Direito legislado. O legislador fixa os fins que deve seguir a autorregulação, estabelece alguns requisitos mínimos sobre a composição dos sujeitos que se autorregulam, que podem determinar alguns aspectos procedimentais a serem adotados por tais sujeitos e também pode estabelecer consequências favoráveis e desfavoráveis, vinculados aos fins públicos previamente estabelecidos.¹³⁰

Para que a estrutura da autorregulação regulada possa ser implementada e tenha chances de produzir os efeitos planejados é necessária a denominada governança. O termo “governança”, que antes era visto como sinônimo de governo, atualmente tem sido usado com significado distinto, como acentuam Kerchove e Ost. Enquanto governo “se refere a uma instituição”, governança “é um processo”. O governo é entendido como “o condutor dos negócios ligados à soberania estatal, impondo princípios de ação por meio de uma autoridade pública central”.¹³¹ A “governança”, segundo Ost e Kerchove, seria o “processo de coordenação de atores de grupos sociais, nem todos estatais, nem mesmo públicos, para atingir objetivos específicos discutidos e coletivamente definidos na íntegra em ambiente fragmentado e incerto”.¹³² No contexto atual, segundo os citados autores, o “comando unilateral, autoritário, centralizado – soberano, em uma palavra – dá lugar a um ordenamento flexível, descentralizado, adaptativo e muitas vezes negociado”.¹³³

Ambos, governo e governança, referem-se a um comportamento com vistas “a objetivos, a atividades orientadas para metas, a sistemas de ordenação”, o governo, no entanto, “sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas”; já a governança “refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam-se as resistências”.¹³⁴ Portanto, a proposta que estrutura este TFI deverá enfrentar mais desafios, agora relacionados à estrutura da governança, especialmente o compartilhamento de responsabilidades na tomada de decisões e nos modos como ela se dará.

Trazendo este delineamento conceitual para o campo das nanotecnologias, se poderá destacar que governança é entendida como “o conjunto de processos pelos quais se considera [...] que a administração e as práticas de ciência e tecnologia (pesquisa, inovação etc.) devem ser organizadas em contínua calibração

¹²⁹ DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. “La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea”. In: *Autorregulación y sanciones*. ARROYO JIMÉNEZ, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dirección). Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, p. 58; 59 e 63.

¹³⁰ DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. “La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea”. In: *Autorregulación y sanciones*. ARROYO JIMÉNEZ, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dirección). Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, p. 63-64.

¹³¹ OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. «De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit». Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 28.

¹³² OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. «De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit». Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 29.

¹³³ OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. «De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit». Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 29.

¹³⁴ OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. «De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit». Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 15.

com essas práticas”.¹³⁵ Aqui se observa uma operação circular, onde as decisões e os seus resultados deverão orientar a estrutura de novas decisões. Trata-se nitidamente do funcionamento do “círculo hermenêutico”, onde a pré-compreensão orienta a compreensão, ela a interpretação e, a partir daí, a aplicação no contexto a ser decidido. No movimento deste círculo, serão envolvidos múltiplos sujeitos, como: “[...] decisores políticos, pesquisadores, grupos da indústria e da sociedade civil e atores não-governamentais na sociedade”.¹³⁶ Se poderia falar em “governança antecipatória”, justamente a partir das características que estruturam a RRI, que foram estudadas no início deste capítulo, onde a “antecipação” foi apresentada. Por isso, uma governança antecipatória, que corresponde a “[...] uma capacidade de base estendida através da sociedade que pode atuar em uma variedade de *inputs* para gerenciar tecnologias emergentes, baseadas no conhecimento enquanto esse gerenciamento ainda é possível”.¹³⁷ Vale dizer, não se poderá deixar escapar a condição de controlar os efeitos danosos que a inovação tenha condições de gerar. Por isso, a governança antecipatória, que também deverá guiar a construção de estruturas jurídicas, igualmente antecipatórias.

Novas tecnologias – onde se situam as nanotecnologias – prometem resolver desafios globais e sociais como as mudanças climáticas, a segurança energética, a crise econômica e os desafios globais de saúde que as acompanham por meio do desenvolvimento de biocombustíveis e biomateriais sustentáveis, inovações na defesa e medicamentos mais baratos, por exemplo. Alguns desses desenvolvimentos são considerados positivos (como os avanços médicos, maior mobilidade para os membros da sociedade, fontes mais baratas e sustentáveis de produção e uso de energia), enquanto outros desenvolvimentos causam preocupação social e desconfiança pública¹³⁸, notadamente a questão relativa aos riscos e ao uso militar/“defesa”.

Aqui novamente se faz adequada a figura das “duas faces de Janus”, que deverá ser considerada por qualquer processo de autorregulação, a partir do horizonte de sentido projeto pela RRI. O processo de estruturação da autorregulação não estará imune a riscos, pois, como sublinha José Esteve Pardo: “[...] caberia a utilização da prudência, aqui não mais para controlar o poder estatal, mas para controlar e legitimar uma poderosa sociedade ou setor privado que ameaça, em algumas frentes, com a dissolução das referências e garantias trabalhosamente elaboradas sobre instâncias públicas dotadas de legitimidade [...]”.¹³⁹ A ambivalência presente nas nanotecnologias – pelos seus aspectos positivos e negativos – também se encontra na proposta não legislativa para a sua regulação¹⁴⁰. Portanto, se exigirá a condução deste processo complexo com muito cuidado, onde a *phrónesis* aristotélica parece ser um caminho a ser avaliado.

¹³⁵ LANDEWEERD, L. et al. “Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to ‘Responsible Research and Innovation’”. *Life Sciences, Society and Policy*, 11, 8, p. 1, 2015.

¹³⁶ LANDEWEERD, L. et al. “Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to ‘Responsible Research and Innovation’”. *Life Sciences, Society and Policy*, 11, 8, p. 1, 2015.

¹³⁷ GUSTON, D. H. “Understanding ‘anticipatory governance’”. *Social Studies of Science*, 44, 2, p. 218-242, 2014, esta definição está na p. 219.

¹³⁸ LANDEWEERD, L. et al. “Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to ‘Responsible Research and Innovation’”. *Life Sciences, Society and Policy*, 11, 8, p. 2-3, 2015.

¹³⁹ ESTEVE PARDO, J. “El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya”. ARROYO JIMÉNEZ L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirección). *Autorregulación y sanciones*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, p. 45.

¹⁴⁰ Desta forma, “projetar um sistema de regulação que forneça objetivos de políticas definidos não é fácil. Isso é particularmente verdadeiro quando se regulam novas tecnologias, onde os desafios relacionados à incerteza e risco, assimetria de recursos e desconexão regulatória são especialmente significativos. Ao adotar uma abordagem pluralista e descentralizada da regulação, que utiliza uma série de técnicas regulatórias de

Para tanto, segundo entendimento de Larry Catá Backer, o último meio século tem assistido a um vigoroso debate sobre o *status*, caráter, obrigações e fontes de regulação das empresas multinacionais que continuam inabaláveis. Na sua forma atual, os debates centram-se em quatro questões macro que emergem dos métodos tradicionais de regulação de empresas:

1) “A extensão ou porosidade da extraterritorialidade da lei”, aqui se tem justamente um ponto central, pois a legislação de cada Estado tem validade apenas no seu espaço territorial;

2) “imunidade soberana, seja de fato ou de responsabilidade”, como decorrência da sua multiplicidade de locais de atuação, e o seu próprio tamanho, especialmente em termos orçamentários, que muitas vezes ultrapassam os orçamentos dos próprios Estados que recebem estas organizações, o que chama, para complementação do item seguinte, que se refere às

3) “responsabilidades e o caráter jurídico dos empreendimentos econômicos multinacionais”: existem dúvidas sobre o efetivo local de sua responsabilidade, considerando as diversas apresentações: civil, ambiental, penal, laboral, entre outras, dificultando o seu controle e

4) “a mercantilização da lei”, que decorre das três características anteriores, se abrem possibilidades para efetivas “negociações legislativas”, que possam ser favoráveis a estas organizações multinacionais.¹⁴¹ Aqui se verificam “problemas” que as organizações multinacionais poderão trazer consigo. Portanto, o processo de autorregulação regulada poderá ser uma alternativa, além das já mencionadas questões, também para se colocar estas empresas em um cenário jurídico mais igualitário com as empresas que não sejam tão grandes.

Os detalhes examinados neste capítulo, se conectam com os dois capítulos anteriores, por meio da estrutura de uma espécie de estratégia para lidar com os desafios da inovação nanotecnológica. A temporalidade destes avanços está desafiando a tradicional forma do *tempo do Direito*¹⁴²; o passado e o presente. As nanotecnologias, no entanto, apresentam as suas possibilidades no presente para o futuro. Por isso, não se poderá aguardar fatos nanotecnológicos para o agir jurídico.

É preciso acompanhar os avanços de inovação, observando possibilidades e riscos, criando regulações provisórias e flexíveis, como é o caso da autorregulação regulada. Onde está o fundamento desta abordagem? Segundo Wolfgang Hoffmann-Riem, “[...] por falta de conhecimento acerca dos riscos de cada produto, o Estado não pode assumir totalmente a responsabilidade por sua segurança”. Vale dizer, será preciso compartilhar esta responsabilidade com “[...] os atores privados – produtores, distribuidores e usuários industriais de tais produtos químicos [...]”. Qual é a função destes “parceiros” para a regulação? “[...] são eles que devem ajudar a identificar os riscos potenciais com antecedência, evitando os riscos, se for

soft law, os atores não estatais podem contribuir de diversas maneiras para esses desafios especiais. No entanto, usar recursos não estatais dessa maneira (formal ou informalmente) não é uma panacéia. A confiança e a confiança do público na regulação do risco são cruciais para garantir a viabilidade da estrutura de controle, até porque o pluralismo regulatório frequentemente prevê a cooperação entre o Estado e a indústria. No entanto, o envolvimento de atores não-estatais, incluindo a indústria, é importante se o marco regulatório não for para impedir o desenvolvimento tecnológico ou expor o público a riscos inaceitáveis. [...] os instrumentos de *soft-law* são normalmente muito mais flexíveis do que suas contrapartes de comando-e-controle e, portanto, são capazes de se adaptar rapidamente aos desenvolvimentos, tanto na aplicação, quanto na compreensão da tecnologia. Isso é especialmente importante no avanço de entendimentos sobre risco e desconexão regulatória.” (ABBOT, C. “Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology”, *Journal of Law and Society*, 39, 3, p. 329-358, September 2012, esta passagem está na p. 329 e 342).

¹⁴¹ BACKER, L. C. “Multinational corporations as objects and sources of transnational regulation”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 14, 2, p. 499-523, 2008, esta passagem se encontra na p. 506.

¹⁴² OST, F. *O tempo do Direito*. Instituto Piaget, Lisboa, 2001.

o caso, mediante soluções inovadoras. [...]”.¹⁴³ Portanto, as organizações que operam a partir da escala nanométrica deverão ser colaboradoras do Estado e do Poder Legislativo no desenho de estruturas regulatórias adequadas e alinhadas com os elementos apresentados por Ruggie para os direitos humanos. Talvez o propósito inicial deste desenho capitaneado pela ONU tenha tido como objetivo organizações diferentes das que aqui se está trabalhando, mas o foco é o mesmo: proteger, respeitar e remediar os direitos humanos, de tal modo que a inovação das nanotecnologias possa desenvolver-se, convivendo com o respeito ao ser humano e preservando o meio ambiente.

Será preciso ressignificar a função social própria do Direito, adicionando mais um ingrediente: a aprendizagem. Existe um cenário de incerteza: “[...] o benefício esperado não é certo; do mesmo modo, não se sabe se os riscos para o bem comum ou para a realização de interesses individuais serão resolvidos.” Desta forma, “[...] é muito importante que o direito contribua para permitir outra aprendizagem e os produtos da aprendizagem são [significativos] para o processo da inovação”.¹⁴⁴ Considerando que este processo de aprendizagem por parte das estruturas jurídicas e dos atores responsáveis por sua criação deve ser um processo constante, busca-se com os aportes que se encontram neste TFI, uma espécie de “revigoração” ou ressignificação do conteúdo dos direitos humanos e dos modos de sua participação na vida global.¹⁴⁵

Este panorama é o arcabouço que estrutura a “responsabilidade social das organizações”, ou a “responsabilidade social corporativa”. No fundo, é o *framework* de Ruggie: *respeitar, proteger e remediar* os direitos humanos. Aqui, o coração daquela responsabilidade, que “[...] se baseia principalmente na ideia de que as empresas não devem visar o lucro sem considerar as consequências de seus atos em outras esferas. Estas possuem responsabilidades para com a sociedade em geral e além da maximização do lucro”.¹⁴⁶ Portanto, as organizações nanotecnológicas deverão ter esta responsabilidade no seu horizonte de atuação. Embora se possa considerar que, talvez, estas iniciativas voluntárias das organizações possam ser insuficientes, dada a falta de cogência nas estruturas planejadas, se deverá começar a reestruturar a concepção sobre estas organizações, considerando as dificuldades de se criar um corpo legislativo para cada nova tecnologia. Assim, o uso criativo de instrumentos autorregulatórios deverão ser empregados como normas jurídicas e, por isso, em condições de serem cobradas de alguma forma, também diferente. Segundo Schwab, mesmo que as questões relativas aos direitos humanos tenham historicamente servido para controlar o poder do Estado, “[...] elas estão sendo aplicadas cada vez mais no setor privado. [...] A Quarta Revolução Industrial precisa ser fundamentada pela discussão de

¹⁴³ HOFFMANN-RIEM, W. “Direito, tecnologia e inovação”. MENDES, G.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 16, vol. 1.

¹⁴⁴ HOFFMANN-RIEM, W. “Direito, tecnologia e inovação”. MENDES, G.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 27, vol. 1.

¹⁴⁵ Tal se mostra relevante, pois “[...] o crescimento contínuo dos direitos humanos não é inevitável e os chamados crescentes por novos direitos ou tentativas de abordar todos os problemas sociais sob uma perspectiva de direitos humanos pode, ironicamente, minar sua legitimidade. Essa tendência é evidenciada pela fusão de direitos humanos com responsabilidade criminal individual; justificação do uso da força com base em apelos para proteger os direitos humanos e promover a democracia; marginalização do papel do governo; a proliferação de novos direitos; e falha em apreciar a flexibilidade inerente das normas de direitos humanos. [...]”. HANNUM, H. “Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century”, *Human Rights Law Review*, 16, p. 409-451, 2016.

¹⁴⁶ SÁ E BENEVIDES, I. A.; SÁ RIBEIRO, M. R. de. “A internacionalização dos direitos humanos e sua repercussão na atuação das empresas transnacionais”. ALL, P. M.; OVIEDO ALBÁN, J.; VESCOVI, E. (Directores). *La actividad internacional de la empresa*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2017, p. 304-305.

questões mais gerais sobre as sociedades em que queremos viver”.¹⁴⁷ Portanto, a consideração das contribuições de Ruggie são fundamentais para sustentar mecanismos de autorregulação dos desenvolvimentos a partir da escala nanométrica.

Aqui ingressa uma espécie de “passaporte”, expresso em uma *Comfort Letter*¹⁴⁸, onde a organização assume o compromisso de atuar em observância ao *framework* e demais princípios guia desenvolvidos por John Gerard Ruggie. A apresentação deste documento será uma espécie de selo empresarial responsável. O consumidor, ao seu turno, deverá valorar os produtos oriundos de organizações que apresentem este documento, privilegiando a aquisição de produtos que tenham o indicativo de origem desta *Comfort Letter*.¹⁴⁹

Este comprometimento das organizações se encontra, segundo Adela Cortina, em uma concepção renovada da empresa, compondo a cidadania de empresa ou a empresa cidadã: a empresa não é entendida como um tipo de máquina, orientada exclusivamente para a obtenção do benefício material, mas como um grupo humano, que se propõe a satisfazer necessidades humanas com qualidade. Por isso, a autora apresenta algumas mudanças empresarias para este modelo: que as organizações possam se movimentar a partir de uma cultura organizativa construída em uma hierarquia para uma atuação estruturada na co-responsabilidade, focando na reconfiguração ética do mundo do trabalho, por meio da prestação de contas expressas em um balanço social.¹⁵⁰

Portanto, os códigos internos das organizações, de onde a *Comfort Letter* deverá ser desenvolvida, se encontram em um contexto caracterizado por Martin Herberg: os códigos corporativos são um exemplo quase paradigmático de como os atores privados, por seus próprios meios, conseguem estabelecer sistemas normativos de considerável efeito vinculante. Ao apresentar seus códigos de conduta ao público, estes textos reivindicam credibilidade e o fazem hipotecando publicamente a integridade e a credibilidade das empresas com o ônus do cumprimento dos deveres declarados¹⁵¹. Aqui se encontra o embrião em condições de transformar a voluntariedade dos documentos gerados a partir do movimento de autorregulação, em compromissos organizacionais com uma crescente vinculatividade nos seus atos corporativos. Com isso, se terá a caracterização da autorregulação regulada, especialmente pelo caminho ilustrado a partir dos princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos, que representam a

¹⁴⁷ SCHWAB, K. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. EDIPRO, São Paulo, 2018, p. 88.

¹⁴⁸ No site da OECD se encontra um documento que poderá orientar a estrutura da *Comfort Letter*: OECD, “International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook”, Paris, OECD, 2018. Disponível em: <www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/international-compliance-programme-pilot-handbook.pdf>. Acesso em 10 maio 2018.

¹⁴⁹ A OECD tem auxiliado na consecução da perspectiva desenvolvida neste TFI até o momento, reforçando o chamado “responsible business conduct”, a partir dos seguintes delineamentos: “A fim de promover a observância efetiva das Diretrizes, a OECD desenvolveu diretrizes setoriais que ajudam as empresas a identificar e abordar os riscos para as pessoas, o meio ambiente e a sociedade associados a operações, produtos ou serviços comerciais em setores específicos. A orientação setorial estabelece um entendimento comum entre governos, empresas, sociedade civil e trabalhadores sobre a devida diligência para a conduta empresarial responsável, e pode permitir que os negócios construam a resiliência da cadeia de suprimentos, gerenciem a incerteza e gerem valor a longo prazo”. Disponível em: <<http://mneguidelines.oecd.org/duediligence/>>. Acesso em 10 maio 2018.

¹⁵⁰ CORTINA, A. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. Loyola, São Paulo, 2005.

¹⁵¹ HERBERG, M. “Global legal pluralism and interlegality: environmental self-regulation in multinational enterprises as global law-making”. DILLING, O.; HERBERG, M. and WINTER, G. (Editors). *Responsible business: self-governance and law in transitional economic transactions*. Hart Publishing; Oñati International Series in Law and Society, Oxford, 2008, p. 25.

implementação do *framework* das Nações Unidas “Proteger, Respeitar e Reparar”, projetado por Joh Gerard Ruggie.

A *Comfort Letter*, para os limites deste TFI, poderá ser um caminho metodológico para publicizar os compromissos com os direitos humanos e passíveis de serem cobrados pelos demais atores que se encontram na sociedade onde esta organização atua, seja nacional ou globalmente. As ideias desenvolvidas neste trabalho são confirmadas por um livro recentemente publicado no Brasil, de autoria de Klaus Schwab, quando enfatiza: “as tecnologias da Quarta Revolução Industrial estão transformando a sociedade e remodelando o nosso futuro”.¹⁵² Os detalhes analisados até o momento, confirmam tais movimentos, trazendo como resultado, “[...] uma necessidade de articulações mais claras das estruturas éticas, padrões normativos e modelos de governança baseados em valores para ajudar as organizações a se orientar no desenvolvimento e na utilização dessas poderosas ferramentas na sociedade [...]”, aqui está o caráter disruptivo desta Quarta Revolução Industrial, onde se situam as nanotecnologias. Por conta disso, a estruturação destes novos arranjos no contexto das organizações também conduzirá a uma utilização “[...] de uma abordagem centrada na humanidade para o desenvolvimento que ultrapassa as fronteiras geográficas e políticas. Os direitos humanos são a parte bem definida dos valores; as estruturas internacionais de direitos humanos oferecem uma base fundamental para abordar essas questões”.¹⁵³

Os responsáveis por estas organizações que inovam a partir das nanotecnologias, a fim de implementar os elementos estudados até o momento, configuram a caracterização do *phrónimos*, de acordo com a tradicional lição de Aristóteles: “[...] é característico de uma pessoa que tenha ‘phrónesis’ ser capaz de deliberar bem acerca do que é bom e conveniente para si mesma, não em relação a um aspecto particular [...] e sim acerca das espécies de coisas que nos levam a bem viver de um modo geral”.¹⁵⁴ Estes contornos apresentados por Aristóteles servem de guia para a caracterização de cada um dos atores estudados neste TFI, notadamente os responsáveis pela tomada de decisões que envolvam a pesquisa e a inovação a partir da nano escala, responsáveis por atender aos elementos característicos da RRI, que deverão exercer com responsabilidade o dever de diligência próprio de alguém que decide não pensando no seu próprio bem-estar ou lucro ou qualquer outro benefício, mas com a preocupação com o conjunto, o todo, o grupo social, o futuro das atuais gerações e daquelas que ainda virão.

Aí o *phrónimos*, que deverá observar o cenário e decidir levando em conta o “bem viver de um modo geral”, atentando para o respeito aos direitos humanos, dentro dos contornos até aqui estudados. Além disso, o responsável pela organização deverá orientar-se por estas diretrizes na construção dos instrumentos *autorregulatórios regulados*. Este é o compromisso que se espera na perspectiva nano inovadora, a ser expresso na *Comfort Letter*.

5 CONCLUSÃO

Este TFI buscou caracterizar um dos conjuntos tecnológicos que se encontram subjacentes à Quarta Revolução Industrial: as nanotecnologias. Se pretendeu responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são os elementos estruturantes de um ambiente regulatório, a partir das características da *Responsible Research and Innovation* (RRI), aplicado aos laboratórios e ao setor industrial, tendo como orientação o respeito aos Direitos Humanos, por meio das contribuições de John Gerard Ruggie, na busca de uma gestão de conformidade global dos riscos nanotecnológicos?

¹⁵² SCHWAB, K. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. EDIPRO, São Paulo, 2018, p. 87.

¹⁵³ SCHWAB, K. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. EDIPRO, São Paulo, 2018, p. 87.

¹⁵⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. UnB, Brasília, 2001, 1140a.

As nanotecnologias se projetam no sistema social com uma marcada ambivalência: as possibilidades de contribuir para a solução de diversas dificuldades atuais dos grupos sociais – seja locais ou globais, como doenças, poluição, alimentação e qualidade de vida em geral. Por outro lado, não está bem claro se estes benefícios serão para todos os que têm estas necessidades e não se sabendo dimensionar exatamente os riscos que as nanopartículas poderão gerar e qual o nível de segurança e controle que se terá sobre elas. Pelos dados colhidos, pode-se verificar o crescimento dos produtos, que tenham alguma nanopartícula, no mercado consumidor. Ao mesmo tempo, existem indícios, segundo os dados revelados pelo *Allianz Risk Barometer*, do crescimento do nível de percepção dos riscos nanotecnológicos nas organizações empresariais.

Considerando que a inovação se projeta a partir da intersecção da Universidade, Estado e Indústria, se poderá afirmar a responsabilidade pelos riscos em relação a estes três atores. Assim sendo, de acordo com a noção sobre “regulação” utilizada neste TFI, como uma produção gerada desde a perspectiva dos interessados – estes três grupos de interessados – que operarão por meio de cooperação e sinergia, em um “ambiente regulatório”, estruturado de modo interdisciplinar e plurinormativo, com base no diálogo entre as fontes do Direito, sejam nacionais e/ou internacionais, com a preocupação de uma Ciência Regulatória. Aqui o cenário para a elaboração da *autorregulação regulada*, na medida em que os próprios atores privados elaborarão as suas normativas internas, iluminadas pelos elementos dos direitos humanos – o *framework* e os princípios guias – explicitados a partir das contribuições de John Gerard Ruggie e as características da RRI.

Este ambiente regulatório se estrutura a partir do viés de rede – nos termos elaborados por OST e KERCHOVE – por meio dos caracteres assim definidos por Manuel Castells: “[...] rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos.” Além do mais, “[...] redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação”.¹⁵⁵ Neste panorama de rede também se dá o processo de movimentação do círculo hermenêutico (Gadamer), viabilizando a aprendizagem acerca do Direito e dos novos direitos por parte de todos os atores envolvidos.

Além do mais, este ambiente regulatório, onde se projetam as estruturas da ciência regulatória, para a construção da autorregulação regulada deverá ser guiado pela tradição do *phrónimos*, presente na *due diligence* da governança organizacional nanotecnológica. Tudo isto será certificado por estas organizações na *Comfort Letter*, que é a expressão da responsabilidade social empresarial. Tomando-se em consideração tais delineamentos, se poderá sublinhar que a hipótese, tal como foi lançada na Introdução, se confirma integralmente.

6 REFERÊNCIAS

A MATTER of scale. *Nature Nanotechnology*, 11, 9, 2016. Disponível em: <<http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.180.html>>. Acesso em 15 fev. 2018.

ABBOT, C. “Non-state Actors and the Challenges of Regulating New Technology”, *Journal of Law and Society*, 39, 3, p. 329-358, September 2012.

ADAMEK, M. V. v. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A*. Saraiva, São Paulo, 2009.

ADVANCING Regulatory Science at FDA. A Strategic Plan, August 2011. Disponível em:

¹⁵⁵ CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. 17. ed. rev. e atual. Tradução de Roneide Venancio Majer. Paz & Terra, São Paulo, 2016, p. 553-554.

<<https://www.fda.gov/downloads/ScienceResearch/SpecialTopics/RegulatoryScience/UCM268225.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2018.

ALARCÓN FIDALGO, J. "El aseguramiento de los productos nanotecnológicos". *Boletín del Grupo de Trabajo "Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguro"*, 8, 2011, p. 29-31. Disponível em:

<https://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/pt/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1055268>. Acesso em 16 fev. 2018.

ALMER, A. S. et al. "Five rules of thumb for post-ELSI interdisciplinary collaborations". *Journal of Responsible Innovation*, 3, 1, 2016. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23299460.2016.1177867>>. Acesso em: 08 maio 2018.

ARAGÃO, A. "Princípios fundamentais do direito dos resíduos". *Direito dos resíduos*. MIRANDA, J., et al (Coord. Científica). Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos; Instituto de Ciências Jurídico-Políticas/Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Traduzido do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 4. ed. UnB, Brasília, 2001.

BACKER, L. C. "Multinational corporations as objects and sources of transnational regulation", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 14, 2, p. 499-523, 2008.

BARBAT, A. S. *Estudios de Derecho de Seguros y Reaseguros*. La Ley Uruguay, Montevideo, 2016.

BCC RESEARCH. Disponível em: <<https://www.bccresearch.com/market-research/nanotechnology/nanotechnology-market-products-applications-report-nan031g.html>>. Acesso em 22 jan. 2018.

BERGESON, Lynn L.; HUTTON, Carla N. "ECHA Management Board Reviews Strategy on Substances in Nanoforms". Washington, 2018, Jan. 22. Disponível em: <https://nanotech.lawbc.com/2018/01/echa-management-board-reviews-strategy-on-substances-in-nanoforms/?utm_source=Bergeson+%26+Campbell%2C+P.C.+Nanotechnology+Law+Blog&utm_campaign=7b165dd647-RSS_EMAIL_CAMPAIGN&utm_medium=email&utm_term=0_9a895e87b2-7b165dd647-72782205>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BROWNSWORD, R. "Technological management and the Rule of Law", *Law, Innovation and Technology*, 8, 1, p. 100-140, 2016.

BOCCUNI, F., et al., "Measurement techniques of exposure to nanomaterials in the workplace for low- and medium-income countries: a systematic review". *Int. J. Hyg. Environ. Health*, 2017.

CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. 17. ed. rev. e atual. Tradução de Roneide Venancio Majer. Paz & Terra, São Paulo, 2016.

CHEMICAL WATCH. "Echa says it cannot verify if nanomaterials are being used safely". Global risk e regulation News. 18 January 2018/Nanomaterials, REACH. Disponível em: <<https://chemicalwatch.com/63212/echa-says-it-cannot-verify-if-nanomaterials-are-being-used-safely>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

COLLINGRIDGE, D. *The social control of technology*. St. Martin's Press, New York, 1980.

CORTINA, A. *Cidadão do mundo: para uma teoria da cidadania*. Loyola, São Paulo, 2005.

COSCOLLÀ, C. et. al. "Human exposure and risk assessment to airborne pesticides in a rural French community". *Science Total Environ.*, 2017, Apr 15. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28161044>>. Acesso em 15 fev. 2018.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. "La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea". In: *Autorregulación y sanciones*. ARROYO JIMÉNEZ, L.; NIETO MARTIN, A. (Dirección). Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. "Autorregulación normativa y Derecho en la globalización". *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. DARNACULLETA I GARDELLA, M. M.; ESTEVE PARDO, J.; SPIECKER gen. DÖHMANN, I. (Eds.). Marcial Pons, Madrid, 2015.

DELMAS-MARTY, M. *Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation*. Éditions du Seuil, Paris, janvier 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Éditions du Seuil, Paris, 2010.

DOBIE, G. (Ed). *Allianz Risk Barometer: Top Business Risks 2018*. Disponível em: <<http://www.insuranceasianews.com/attachments/Allianz%20Risk%20Barometer%202018%20report.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

DOBIE, G. (Ed). *Allianz Risk Barometer: Top Business Risks 2017*. Disponível em: <http://www.agcs.allianz.com/assets/PDFs/Reports/Allianz_Risk_Barometer_2017_EN.p>. Acesso em: 10 fev. 2018.

DURÁN, N.; MATTOSO, L. H. C.; MORAIS, P. C. de. *Nanotecnologia: introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação*. Artliber, São Paulo, 2006.

ECHA. "ECHA strategy on substances in nanoforms". 48th Meeting of the Management Board, 14-15 December 2017. Disponível em: <https://echa.europa.eu/documents/10162/2792271/mb_57_2017_echa_strategy_nanoforms_en.pdf/f913484f-9a21-02bc-d386-8cb68d0027a4>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ENGELMANN, W. "O pluralismo das fontes do Direito como uma alternativa para a estruturação jurídica dos avanços gerados a partir da escala manométrica". STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 13, p. 247-259, 2017.

ENGELMANN, W. *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007.

ESTEVE PARDO, J. "El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del Caballo de Troya". ARROYO JIMÉNEZ L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirección). *Autorregulación y sanciones*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2015.

EZEMA, I. C. et al. "Initiatives and strategies for development of nanotechnology in nations: a lesson for Africa and other least developed countries". *Nanoscale Research Letters*, 9, p. 133 e ss., 2014.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. *Los fundamentos del derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008. (Derecho, Estado y Constitución).

FOLADORI, G.; INVERNIZZI, N. "La regulación de las nanotecnologías: una mirada desde las diferencias EUA-UE A regulação das nanotecnologias: um olhar desde as diferenças EUA-UE", *Vigilância Sanitária em Debate*, 4, 2, p. 8-20, 2016. Disponível em: <<http://www.visaemdebate.incqs.fiocruz.br/>>. Acesso em 03 abr. 2018.

FRENCH NGO Claims Many Manufacturers Fail to Comply with Nano Labeling Requirement". Disponível em: <<https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-nanoparticules-dissimulees-9-plaintes-de-l-ufc-que-choisir-contre-des-fabricants-de-produits-alimentaires-et-de-cosmetiques-n50840/>>. Acesso em 04 abr. 2018.

GADAMER, H.-G. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 4. ed. Petrópolis, Vozes, 2002, vol. I.

GADAMER, H.-G. *Verdade e Método*. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Vozes, Petrópolis, Rio de Janeiro, 2002, v. II.

GADAMER, H.-G. *O Problema da Consciência Histórica*. 2. ed. Traduzido por Paulo Cesar Duque Estrada. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2003.

GAO, X.; LOWRY, G. V. "Progress towards standardized and validated characterizations for measuring physicochemical properties of manufactured nanomaterials relevant to nano health and safety risks", *NanoImpact*, 9, p. 18-30, 2018.

GATTI, Antonietta M.; MONTANARI Stefano. *Case studies in nanotoxicology and particle toxicology*. Elsevier, London, 2015.

GERMANY. Federal Ministry of Education and Research. *Action plan nanotechnology 2020: an inter-departmental strategy of the Federal Government*. Rostock, Oct. 2016. Disponível em: <https://www.bmbf.de/pub/Action_Plan_Nanotechnology.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

GRANDJEAN, P. and BELLANGER, M. "Calculation of the disease burden associated with environmental chemical exposures: application of toxicological information in health economic estimation". *Environmental Health*, 16, 123, 2017.

GRUNWALD, A. "The hermeneutic side of responsible research and innovation", *Journal of Responsible Innovation*, 1, 3, 2014.

GRUNWALD, A. *The hermeneutic side of responsible research and innovation*. Wiley/ISTE, London, 2016, v. 5. Documento disponível para Kindle.

GUSTON, D. H. "Understanding 'anticipatory governance'". *Social Studies of Science*, 44, 2, p. 218-242, 2014.

HANNUM, H. "Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century", *Human Rights Law Review*, 16, p. 409-451, 2016.

HERBERG, M. "Global legal pluralism and interlegality: environmental self-regulation in multinational enterprises as global law-making". DILLING, O.; HERBERG, M. and WINTER, G. (Editors). *Responsible business: self-governance and law in transitional economic transactions*. Hart Publishing; Oñati International Series in Law and Society, Oxford, 2008.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON KEY ENABLING TECHNOLOGIES, Final Report, June 2015: KETs: Time to Act, European Commission. Disponível em: <http://ec.europa.eu/growth/industry/key-enabling-technologies/european-strategy/high-level-group/index_en.htm>. Acesso em 12 maio 2018.

HOFFMANN-RIEM, W. "Direito, tecnologia e inovação". MENDES, G.; SARLET, I. W.; COELHO, A. Z. P. (Coord.). *Direito, Inovação e Tecnologia*. Saraiva, São Paulo, 2015, vol. 1.

HOLLINGWORTH, P. *The light and fast organization: a new way of dealing with uncertainty*. Wiley, Melbourne, 2016.

HORIZON 2020 em breves palavras: O programa-quadro de investigação e inovação da EU. Disponível: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf> Acesso em 07 fev. 2018.

HORIZON EUROPE and the Euratom Research and Training Programme 2021-2027. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/budget-may2018-research-innovation_en.pdf>. Acesso em 13 jun. 2018.

INOVAÇÃO: O motor da indústria do future. *Revista Exame*, Edição de Aniversário, São Paulo, ano 51, n. 15, p. 2-3, 02 ago. 2017.

INDÚSTRIA 4.0 e megatendências da inovação. *Revista Exame*, Edição de aniversário, segunda revista da série, São Paulo, edição 1145, ano 51, n. 17, p. 12-13, 13 set. 2017.

INDÚSTRIA 2027: riscos e oportunidades para o Brasil diante de Inovações Disruptivas. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027/>>. Acesso em 14 fev. 2018.

IRWIN, A. et al. "Regulatory Science – Towards a sociological frameworks", *Futures*, 29, 1, p. 17-31, 1997.

ISO/TC 229. Nanotechnologies. Disponível em: <<https://www.iso.org/committee/381983.html>>. Acesso em 12 maio 2018.

ISO 26000. Social Responsibility. Disponível em: <<https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html>>. Acesso em 01 maio 2018.

LANDEWEERD, L. et al. "Reflections on different governance styles in regulating science: a contribution to 'Responsible Research and Innovation'". *Life Sciences, Society and Policy*, 11, 8, 2015.

LEE, N., et al. "Which hazard category should specific nanomaterials or groups of nanomaterials be assigned to and how?", World Health Organization, Geneva, 2017.

LEENES, Ronald et al. "Regulatory challenges of robotics: some guidelines for addressing legal and ethical issues". *Law, Innovation and Technology*, 9, 1, p. 1-44, 2017.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. Universidad Iberoamericana, México, 2006.

MOGHISSI A. A. et al. "Innovation in regulatory science: evolution of a new scientific discipline", *Technology and Innovation*, 16, p. 155-165, 2014.

MARCHANT, G. E.; SYLVESTER, D. J. "Transnational models for regulation of nanotechnology". *Journal of Law, Medicine and Ethics*, p. 714-725, Winter 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=907161>>. Acesso em 30 mar. 2018.

MAYNARD, A. D. "Don't define nanomaterials". *Nature*, 475, p. 31, 2011. <<http://www.nature.com/nature/journal/v475/n7354/full/475031a.html>> Acesso em 14 fev. 2018.

MAYNARD, A. D. "Navigating the fourth industrial revolution". *Nature Nanotechnology*, 10, p. 1005-1006, December 2015.

MIHALACHE, R., et al. "Occupational exposure limits for manufactured nanomaterials, a systematic review", *Nanotoxicology*, 2016.

MURPHY, P. et al. "Nanotechnology, Society, and Environment", *Materials Science and Materials Engineering*, p. 1-27, 2017.

MYOJO, T.; NAGATA, T. and VERBEEK, J. "The Effectiveness of Specific Risk Mitigation Techniques Used in the Production and Handling of Manufactured Nanomaterials: A Systematic Review", *Journal of The University of Occupational and Environmental Health*, Japan, 39, 3, p. 187-199, 2017.

NASCIMENTO, M. M.; ROCHA, G. O. da and ANDRADE, J. B. de. "Pesticides in fine airborne particles: from a green analysis method to atmospheric characterization and risk assessment". *Scientific Reports*, Published online: 2017, May 23. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5442112/>>. Acesso em 15 fev. 2018.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE. Disponível em: <<http://product.statnano.com>>. Acesso em 12 maio 2018.

NORDMANN, A. "Responsible innovation, the art and craft of anticipation", *Journal of Responsible Innovation*, 1, 1, p. 87-98, 2014.

OECD. "International Compliance Assurance Programme Pilot Handbook", Paris, OECD, 2018. Disponível em: <www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/international-compliance-programme-pilot-handbook.pdf>. Acesso em 10 maio 2018.

OECD. "Responsible Business Conduct". Disponível em: <<http://mneguidelines.oecd.org/duediligence/>>. Acesso em 10 maio 2018.

OECD. *Observer*, abril de 2016. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/oecdobserver_306_q2_2016_lowres/1?e=3055080/38458478>. Acesso em 12 fev. 2018, p. 9 e 10.

OECD. *Nanomaterials in Waste Streams: current knowledge on risks and impacts*. OECD Publishing, Paris, 2016.

OECD. "Working Party on Nanotechnology". Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/sci-tech/oecdworkingpartyonnanotechnology.htm>>. Acesso em 12 maio 2018.

OECD. **"Series on the Safety of Manufactured Nanomaterials"**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/env/ehs/nanosafety/publications-series-safety-manufactured-nanomaterials.htm>>. Acesso em 28 mar. 2018.

ONU. Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. Human Rights Council (A/HRC/17/31), which also includes an introduction to the Guiding Principles and an overview of the process that led to their development. The Human Rights Council endorsed the Guiding Principles in its resolution 17/4 of 16 June 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em 06 maio 2018.

OST, F.; KERCHOVE, M. v. de. «De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit». Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

OST, F. *O tempo do Direito*. Instituto Piaget, Lisboa, 2001.

OWEN, R., et al. "A Framework for responsible innovation". *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*. OWEN, R.; BESSANT, J.; and HEINTZ, M. (Edit.), Wiley, New York, 2013, p. 27-50.

PARKER, C. and HOWE, J. "Ruggie's diplomatic project and its missing regulatory infrastructure". In: MARES, R. (Edit.). *The UN guiding principles on business and human rights: foundations and implementation*. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, p. 273-301, 2012.

PELLÉ, S., REBER, B. "Responsible Innovation in the Light of Moral Responsibility", Special issue on responsible innovation in the private sector. *Journal on Chain and Network Science* 15, 2, p. 107-117, 2015.

PETERS, R. J. B. et al. "Nanomaterials for products and application in agriculture, feed and food". *Trends in Food Science & Technology*, 54, p. 155-164, 2016.

PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. *Fronteras 2017. Nuevos temas de interés ambiental*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Nairobi, 2017.

POLICY DOCUMENTS. Disponível em: <<http://statnano.com/policydocuments>>. Acesso em 12 maio 2018.

REACH. Disponível em: <https://ec.europa.eu/growth/sectors/chemicals/reach/nanomaterials_pt>. Acesso em 28 mar. 2018.

REBER, B. "RRI as the inheritor of deliberative democracy and the precautionary principle", *Journal of Responsible Innovation*, 2017, Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/23299460.2017.1331097>>. Acesso em 01 maio 2018.

RUGGIE, J. G. and SHERMAN, III, J. F. "The concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding principles on business and human rights: a reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale". *The European Journal of International Law*, 28, 3, p. 921-928, 2017.

RUGGIE, J. G. and NELSON, T. "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges". *The Brown Journal of World Affairs*, XXII, I, Fall/Winter, p. 99-127, 2015.

RUGGIE, J. G. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. Tradução de Isabel Murray, Planeta sustentável, São Paulo, 2014. Documento disponível para Kindle.

RUGGIE, J. G. "Global Governance and 'New Governance Theory' : Lessons from Business and Human Rights". *Global Governance*, 20, p. 5-17, 2014.

RUGGIE, J. G. Human Rights Council Seventeenth Session; Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Este documento está datado de 21 de março de 2011. Disponível em: <<https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-17-31/>>. Acesso em 01 maio de 2018.

SÁ E BENEVIDES, I. A.; SÁ RIBEIRO, M. R. de. "A internacionalização dos direitos humanos e sua repercussão na atuação das empresas transnacionais". ALL, P. M.; OVIEDO ALBÁN, J.; VESCOVI, E. (Directores). *La actividad internacional de la empresa*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2017.

SAICM. Disponível em: <<http://www.saicm.org/Home/tabid/5410/language/en-US/Default.aspx>>. Acesso em 28 mar. 2018.

SANI-KAST, N. et al. "A network perspective reveals decreasing material diversity in studies on nanoparticle interactions with dissolved organic matter". *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of América*, 114, 10, 2017, disponível em: <<http://www.pnas.org/content/114/10/E1756>>. Acesso em 18 mar. 2018.

SCHOMBERG, R. "A vision of responsible innovation". OWEN, R., HEINTZ, M., and BESSANT, J. (Edit.). *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*, John Wiley, London, 2013.

SCHWAB, K. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. EDIPRO, São Paulo, 2018.

SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.

SNIR, R.; RAVID, G. "Global nanotechnology regulatory governance from a network analysis perspective", *Regulation & Governance*, Wiley Publishing Asia Pty Ltd., 2015.

STEIN, E. *Racionalidade e Existência: uma introdução à filosofia*. L&PM Editores, São Paulo, 1988.

STEIN, E. "Introdução ao Método Fenomenológico Heideggeriano". *Sobre a Essência do Fundamento. Conferências e Escritos Filosóficos de Martin Heidegger*. Tradução de Ernildo Stein. Abril Cultural, São Paulo, (Coleção Os Pensadores), 1979.

STONE, V. et al. *Research priorities relevant to development or updating of nano-relevant regulations and guidelines*. Disponível em: <<http://www.safenano.org/news/news-articles/eu-nanosafety-cluster-publishes-research-regulatory-roadmap/>>. Acesso em 14 fev. 2018.

SUPIOT, A. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2007.

THE GUARDIAN. "Nano: uma opção mais limpa? A nanotecnologia poderia arrumar o planeta sem deixar resíduos perigosos?" (Publicado em 18 de outubro de 2013). Disponível em: <https://www.theguardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em 15 fev. 2018.

THE WORLD BANK. "Doing Business 2018: reforming to create jobs". International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, Washington, 2018. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org>>. Acesso em 08 maio 2018.

ULIJN, R. V.; RIEDO, E. "Learning to 'think systems'". *Nature Nanotechnology*, 11, p. 824, 2016. Disponível em:

<<http://www.nature.com/nnano/journal/v11/n9/full/nnano.2016.161.html>>. Acesso em 17 jan. 2018.

VASHIST, S. K. "Advances in nanotechnology and the future prospects". In: ISLAM, N. (Editor). *Nanotechnology: recent trends, emerging issues and future directions*. Nova Publishers, New York, 2014.

VON MERING, Y., SCHMACHER, C. "What training should be provided to workers who are at risk from exposure to the specific nanomaterials or groups of nanomaterials?", World Health Organization, Geneva, 2017.

ZAFRA, E. "Siete retos para el futuro de la nanotecnología española", *MIT Technology Review*, 06 Septiembre, 2012. Disponível em: <<https://www.technologyreview.es/s/2967/siete-retos-para-el-futuro-de-la-nanotecnologia-espanola>>. Acesso em 13 fev. 2018.

WACKERA, M. G.; PROYKOVAB, A.; SANTOS, G. M. L. "Dealing with nanosafety around the globe - Regulation vs. innovation", *International Journal of Pharmaceutics*, 509, p. 95-106, 2016.

WARHEIT, D. B. "Science, Hazard and Risk in the European Union: the case of TiO₂ exposures". *Inhaled Particles XII Meeting*, Glasgow, UK, September 25, 2017. Disponível em: <<https://ipxii.mira.cx/wp-content/uploads/sites/47/2017/10/Warheit-SCB-Final-Inhaled-Particles-Presentation-9-25-2017-SCB.pdf>>. Acesso em 29 mar. 2018.

WARHEIT, D. B. "Debunking some misconceptions about Nanotoxicology". *Nano Letters*, 10, 12, p. 4777-4782, 2010.

WEZEL, A. P. van et al. "Risk Analysis and Technology Assessment in Support of Technology Development: Putting Responsible Innovation in Practice in a Case Study for Nanotechnology". *Integrated Environmental Assessment and Management*, 14, 1, 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials*, World Health Organization, Geneva, 2017.

¿Una aproximación del Islam a la democracia es posible? **Is an approximation of Islam to democracy possible?**

Daniel Sansó-Rubert Pascual

Universidad de Santiago de Compostela (USC)¹

SUMARIO: 1. ¿Apertura del Islam a los elementos distintivos de la democracia?; 2. El Islam político y la democracia. Realidad y ficción; 3. Un largo camino por recorrer.

Resumen: La incompatibilidad entre islam y democracia es un tópico en vías de extinción. Como todo tópico, se sustenta en realidades y discursos. Actualmente, multitud de estudios exploratorios realizados acerca de si el islam es compatible o no con la democracia como sistema político de organización social, arrojan resultados favorables a la separación entre el poder político y el religioso, impulsando la evolución democrática del mundo islámico.

Palabras clave: Islam político, Derecho Constitucional, Democracia, mundo islámico, derechos fundamentales y libertades civiles.

Abstract: The incompatibility between Islam and democracy is a topic in danger of extinction. Like any topic, it is based on realities and discourses. Currently, many exploratory studies conducted on whether Islam is compatible or not with democracy as a political system of social organization, give favorable results to the separation between political and religious power, driving the democratic evolution of the Islamic world.

Key words: Political Islam, Constitutional Law, Democracy, Islamic world, fundamental rights and civil liberties.

¹ Criminólogo, Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad de Santiago de Compostela, en donde también ha cursado sus estudios de Doctorado. Secretario Académico y profesor del Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) de la misma Universidad, ha completado sus estudios de especialización en criminalidad organizada e inteligencia en el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) del Ministerio de Defensa de España, así como en diversas Universidades nacionales e internacionales a través de programas de formación de posgrado en Defensa Nacional (Universidad Rey Juan Carlos I); Inteligencia y servicios de Inteligencia (Instituto Universitario Gutiérrez Mellado-UNED); Gestión y Dirección Integral de Seguridad (Universidad de Vic); Investigación Criminal y Ciencias Forenses (Universidad Autónoma de Madrid); Criminalidad Organizada Transnacional (Centro de Estudios Hemisféricos de Defensa William J. Perry de la National Defense University), entre los más destacados. Profesor-investigador invitado de la Universidad de FLACSO (sede Ecuador) y de la Universidad de Vigo (España), colabora igualmente como profesor en diversas universidades en sus programas de Maestría como los del Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM), en el Master de Ciencias Forenses en Análisis e Investigación Criminal; Universidad Europea (Madrid), en el Master Universitario Política Exterior y Diplomacia; Universidad Internacional de La Rioja en el Máster Internacional sobre Estudios de Terrorismo y en el Master en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago. Completa su recorrido académico como miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada de la Universidad de Salamanca y del Observatorio de criminalidad Organizada y Tráficos Ilícitos del Real Instituto Elcano (España), además de colaborar como profesor en Academias Policiales nacionales e internacionales.

1. ¿Apertura del Islam a los elementos distintivos de la democracia?

Sin ánimo de efectuar un ejercicio de retrospectiva profundo, es factible identificar el atisbo de las primeras reflexiones acerca de la Democracia - como forma de gobierno -, de las que se tiene constancia a través de autores como ABU ZAYD o AN-NA'IM². De tal forma que, en sus trabajos se hace referencia a la obra de dos de los más insignes filósofos medievales del Islam: Al-Farabi³ y Averroes⁴. Ambos, abordan la temática de la democracia, sin mayor abundamiento, en sus elucubraciones acerca de cuál podría constituir el mejor régimen político alcanzable. Tras este interés inicial, la democracia como inquietud temática paulatinamente va perdiendo relevancia en el pensamiento político islámico hasta prácticamente desaparecer hasta el siglo XIX. Momento en el que reaparece el interés, debido al influjo en el mundo islámico ejercido por las ideas revolucionarias francesas en boga en ese momento histórico.

Tomando como punto de partida el concepto de “democracia islámica”, este término hace alusión a una tendencia ideológica y política, que promulga la compatibilidad y la complementariedad, de los principios democráticos con los valores del Islam. Con ello, se trata de transmitir la idea fundamental de que el Islam es una cultura inherentemente democrática. Cuestión esta como se verá, altamente controvertida.

Actualmente, es una realidad el hecho de que diversos países islámicos han adoptado la democracia como forma de gobierno. Algunas de estas naciones son estados seculares como Turquía, Túnez o Indonesia, en donde los partidos islámicos asumen en sus respectivos sistemas políticos y de partidos nacionales, un rol similar al de los partidos demócrata cristianos en las democracias de ámbito occidental. En otros supuestos como el iraní, donde impera un gobierno teocrático, el Islam y la Sharia se identifican como fuentes de legislación, al mismo tiempo que se recurre a los procesos electorales para la elección del presidente del país, así como de otros cargos públicos.

La relevancia e impacto del concepto “democracia” ha sido de tal magnitud en la doctrina política islámica, que BERNARD LEWIS llega a afirmar: “El impacto de estas nuevas ideas fue inmediato y contundente y, a principios del siglo veinte, no solamente los más avanzados liberales, sino incluso algunos líderes religiosos ortodoxos admitían el valor de la Democracia y mostraban su reconocimiento al poder de la idea de Democracia, (...) hasta el extremo de reclamarla como una revelación islámica contenida en el Corán”⁵.

Consecuentemente, una primera aproximación a la teoría política islámica característica del siglo XX y principios del XXI, denota una integración casi plena de conceptos como Democracia o libertad en sus consideraciones alrededor de la opción de delinear un moderno Estado de matriz islámica⁶.

Es importante tener en cuenta, que todo análisis que se plantee acerca de las relaciones entre Islam y Democracia, requiere previamente de la consideración de determinados presupuestos, observados desde la óptica de la teoría política.

La primera puntualización orbita alrededor de los diversos posicionamientos doctrinales, tanto a favor como en contra de la viabilidad de esta relación. La segunda, es una cuestión de índole terminológica, no en vano, la propia relatividad de los conceptos políticos implica que el sistema político “Democracia”, con todo lo que engloba, no pueda ser trasplantado de forma directa, desde el universo teórico y terminológico occidental -de origen cristiano-, al islámico. Es preciso elaborar una concepción de la Democracia, que adquiera sentido propio en el seno de la historia y la tradición islámica. De tal forma que, cualquier intento de extrapolar la Democracia al ámbito islámico, sin tener en consideración los parámetros de la teoría política inherentes a la tradición

² AN-NA'IM, A., *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge: Harvard University Press, 2008; ABU ZAYD, N. H., *Reformation of Islamic Thought: A Critical Historical Analysis*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006.

³ AL-FARABI, *La ciudad ideal*, Madrid: Tecnos, 1985.

⁴ AVERROES, *Exposición de la “República” de Platón*, Madrid: Tecnos, 1986.

⁵ LEWIS, B., *The Political Language of Islam*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 102.

⁶ ABU ZAYD, N. H., *Reformation of Islamic Thought: A Critical Historical Analysis*, cit., p. 36.

islámica, está condenado irremisiblemente al fracaso. Es preciso, por tanto, realizar una labor previa de adaptación, para evitar su rechazo al identificar la iniciativa como una imposición de un sistema político extraño.

En lo tocante a la visión doctrinal, CHERIF MERJANI efectúan un interesantísimo análisis sobre el Islam, la Democracia y la secularización⁷, en el que analiza los diversos posicionamientos existentes al respecto de mano de los principales expertos en la materia. De un lado, en el grupo de los que han pronosticado el fracaso del islam político tendrían cabida además de sus propias apreciaciones⁸, los planteamientos de OLIVIER ROY⁹ o GILLES KEPEL¹⁰, para los que la ocupación de la esfera de lo político por la religión representa una manifestación indubitada de la existencia de un déficit democrático, apelando a la convicción de que la instauración de una genuina democracia liberal –secularizada y responsable de la defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales como límites al poder político–, habilitará la salida de las sociedades musulmanas de los despotismos con base religiosa que lastran su evolución como sistemas políticos diferenciados de lo estrictamente religioso, que como toda creencia, debe retraerse a la esfera privada de lo personal (radical separación entre política y religión). Muchos pensadores en origen islamistas, como H' MIDA ENNEÏFER, han terminado rompiendo con el Islam político al constatar, que su implementación sólo conlleva al fracaso.

A este respecto, resultan muy interesantes las reflexiones realizadas por la intelectual marroquí FÁTIMA MERNISSI en su libro, *El miedo a la modernidad. Islam y Democracia*. Concretamente, identifica el miedo como el sentimiento más generalizado, que impide que las sociedades islámicas se vuelvan permeables al espíritu democrático. En su opinión, este miedo generalizado al sistema democrático se nutre de una variada tipología de incertidumbres y desconfianzas, transformadas básicamente en miedos hacia lo desconocido: Occidente, la libertad de pensar, el individualismo, incluso al pasado y a las posibles evoluciones del propio presente. El resultado final es un conjunto de interrogantes sobre los que se levanta “un muro que parece manifestarse como ontológicamente infranqueable pero que, en realidad, no es sino una construcción histórica que, como tal, puede ser derrumbada, si se dan las circunstancias que lo faciliten¹¹”.

En sintonía con las propuestas laicas de CAMPANINI, AN-NA'IM o AYUBI, MERNISSI se alinea en la defensa de que este “miedo a la Democracia”¹² es el resultado de una limitación cultural, que tiene su origen en las dificultades experimentadas por las sociedades islámicas para acceder al conocimiento de las aportaciones culturales generadas por el movimiento del humanismo laico que, por el contrario, permitió en las sociedades occidentales, la expansión y consolidación del poder de la sociedad civil¹³ y la separación tajante entre el poder político y la religión, quedando ésta última supeditada a la esfera individual de las personas.

⁷ FERJANI, Mohamed Cherif *Islamisme, laïcité et droits de l'Homme*. París: L'Harmattan, 1992. *Les voies de l'islam : approche laïque des faits islamiques*. Besançon: CRDP de Franche Comté, 1996. *Le politique et le religieux dans le champ islamique*. París: Fayard, 2005a. «Islam politique aujourd'hui et christianisme politique en France avant la seconde guerre mondiale». Rabat: Cahiers de recherche, Centre Jacques Berque, n.º 2, 2005b.

⁸ VV.AA. (2007): “Islamismo e islam crítico: el debate actual sobre la relación entre religión y política”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 135, pp. 241-278.

⁹ OLIVIER, R., *El Islam y el caos*, Barcelona: Bellaterra, 2007.

¹⁰ KEPEL, Gilles, *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Barcelona: Península. Barcelona, 2001.

¹¹ MERNISSI, F., *El miedo a la modernidad. Islam y Democracia*, Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, 2007.

¹² CAMPANINI, M., *Islam e politica*, Bologna: Il Mulino, 1999; AYUBI, N., *El Islam político. Teorías, tradición y rupturas*, Barcelona: Bellaterra, 1996.

¹³ MERNISSI, F., *El miedo a la modernidad. Islam y Democracia*, cit., p. 91.

En sentido contrario, autores como FRANÇOIS BURGAT¹⁴, han defendido con vehemencia, que el islamismo configura una vía específica de tránsito hacia la modernidad, que simplemente difiere del denominado «modelo occidental» y que conforma un modelo genuino y propio de «democracia islámica». El debate sigue vigente y ha cobrado relevancia tras la irrupción del credo islamista. Favorable a la difuminación de las fronteras entre política y religión. Mientras que para algunos el islam debe gobernar la vida política, como cualquier otro aspecto del comportamiento humano, otros reclaman una aproximación secular a la misma. Aproximación, en la que tienen cabida tanto la democracia y el pluralismo, como otras realidades que no deberían ser ajenas a la cultura política de los musulmanes, como se postula desde la visión del denominado islam crítico.

2. El Islam político y la democracia. Realidad y ficción

Como bien afirma CEPEDELLO BOISO, el estudio de las relaciones entre Islam y Democracia exige, como paso previo inevitable, plantear algunas reflexiones en relación con el carácter político del credo islámico. Al abordar este tema, debe tenerse siempre en consideración una diferenciación conceptual esencial: el Islam es un credo religioso, mientras que la Democracia es un sistema (o proyecto, en algunos casos) de organización política de la sociedad y del Estado. A su vez, otra consideración relevante sobre la que incide este autor, recalca la obligatoriedad de asumir la extensa diversidad de perspectivas doctrinales en relación con el sesgo político de la religión islámica y en relación con la existencia o no, de una configuración social y estatal característicamente islámica¹⁵.

Para otros autores destacados en la materia, como AN-NA'IM, por ejemplo, es indispensable efectuar un replanteamiento teórico de los vínculos entre el Islam y la política. El enfoque propuesto aspira a la materialización de la separación de los conceptos de Islam y Estado pero, buscando al mismo tiempo, facilitar la función de cómo estipular el genuino papel que la religión debería arrogarse en la esfera política. Su justificación estriba, en tanto ha sido precisamente la identificación entre Islam y Estado, la que efectivamente ha desvirtuado la concepción más idónea sobre la funcionalidad social y política de la religión islámica. Para AN-NA'IM no se trata, por tanto, de despolitizar el Islam relegándolo al dominio estricto de lo privado, sino de valorar, de forma más acertada, la impronta que la religión debería ejercer en el dominio público: sólo la separación nítida y real entre Islam y Estado posibilitará el acceso a las claves auténticas de la configuración social en lo que a la conexión, por otra parte para él imprescindible, entre Islam y política se refiere¹⁶.

Según GUILAIN DENOË, “el islamismo es una forma de instrumentalización del Islam por individuos, grupos y organizaciones que persiguen objetivos políticos. Proporciona respuestas políticas a los desafíos de la sociedad actual imaginando un futuro cuyas bases se apoyan en la reapropiación y reinención de conceptos tomados de la tradición islámica”¹⁷. Pero sin duda, más allá de las definiciones es importante entender que, existe toda una diversidad de visiones acerca del islam, que se desarrollan a su vez de forma diferente en distintos escenarios y que, por consiguiente, representan idearios y estrategias no coincidentes. La familia (la comunidad de creyentes, la “umma”) no reza unida¹⁸.

¹⁴ BURGAT, François, *L'islamisme en face*, París: La Découverte; 1995; BURGAT, François, *L'islamisme au Maghreb: la voix du Sud*, París: Karthala, 1988; BURGAT, François, *L'islamisme à l'heure d'Al-Qaïda*, París: La Découverte, 2005.

¹⁵ CEPEDELLO BOISO, J., “[Acerca de la compatibilidad entre Islam y democracia](#)”: Algunas reflexiones sobre la necesaria participación social activa en la construcción de Estados democráticos en los países de raíz islámica”, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, NÚM. 16, 2012, pp. 23-49.

¹⁶ AN-NA'IM, A., *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge: Harvard University Press, 2008.

¹⁷ DENOËUX, G., “The forgotten swamp: navigating political Islam”, *Middle East Policy*. Vol. 9, núm. 2, 2002, p. 61

¹⁸ KEPEL, Gilles, *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Barcelona: Península. Barcelona, 2001.

En la actualidad, sorprendentemente, la mayoría de islamistas (y la población que los apoya) prefieren la democracia. El debate sobre la verdadera voluntad democrática de los islamistas puede llevar a confusión. “Los islamistas no ven la democracia como algo muy legítimo, sino, en el mejor de los casos, como una herramienta o táctica que puede ser útil para obtener el poder para construir un Estado islámico. Los demócratas musulmanes, por el contrario, no buscan consagrar el islam en la política, a pesar de que quieren aprovechar su potencial para ayudarles a ganar votos. (...) Los partidos deben hacer concesiones y tomar decisiones pragmáticas, para maximizar sus propios intereses y los de sus electores bajo las reglas del juego democrático. Al trabajar más en el ámbito práctico de la política electoral, más que en el de la alta teoría, la Democracia Musulmana se parece bastante a la Democracia Cristiana”¹⁹. Vemos que VALI NASR opone “islamistas” a “demócratas musulmanes”. No obstante, resulta complicado interpretar esta clasificación como dos tipologías diferenciadas nítidamente identificables, y mucho menos opuestas, dado que existen escalas intermedias y grupos que fluctúan entre ambas categorías, influenciados en virtud del contexto. Muchos de los demócratas musulmanes, como aduce FERRAN fruto de sus investigaciones, provienen de grupos islamistas y su evolución depende, en buena medida, del sistema político en el que desenvuelvan su actividad; ya que, “independientemente de la voluntad, principios o intereses que se compartan, no es factible demostrar el respeto a las reglas democráticas inmerso en un sistema autoritario o dictatorial”²⁰. De este modo, el problema central de la controversia sobre las posibles similitudes y/o desavenencias entre el islamismo y la democracia estaría radicado en el autoritarismo de los regímenes y la estructura rentista de la mayoría de países árabes²¹.

Otro elemento a tener en consideración, está relacionado con los procesos evolutivos experimentados por los grupos islamistas en la mayoría de los países árabes. Éstos están caracterizados por una clara tendencia hacia el pragmatismo. Lo cual, induce a pensar que, en el hipotético supuesto de celebración de unas elecciones democráticas - sin ningún tipo de interferencia espúrea-, lo que prevalecería sería el voto (libre) de la ciudadanía. Circunstancia que, en combinación con los datos arrojados por el Arab Barometer, sugieren como conclusión general, que los valores democráticos están presentes en un grado significativo entre los ciudadanos árabes musulmanes, la mayoría de los cuáles apoyan la democracia²².

En el libro *Are muslims distinctive? A look at the evidence* STEVEN FISH, trata de responder a la cuestión planteada sobre cuál es la relación entre islam y democracia, alcanzando unas conclusiones muy interesantes. Desde su perspectiva, obtenida a través del análisis e interrelación de multitud de variables políticas y socioeconómicas, los países musulmanes no presentarían un perfil democrático muy distante en relación al resto de países democráticos existentes (según su estudio, los países musulmanes son entre 10 y 20% menos democráticos que el resto)²³. CHERIF MERJANI, plantea como respuesta a esta realidad, el hecho del aumento de la influencia del islam político entre las poblaciones de culturas islámicas, así como en Europa y en todos aquellos lugares donde viven minorías musulmanas, obedecería al desencanto democrático: la desilusión nacional del fracaso de las transiciones democráticas y de los movimientos denominados como “primaveras árabes”, sumado a la corrupción, el despotismo, el fracaso de los modelos de convivencia multicultural, los efectos económicos y sociales de una globalización ultraliberal que ha precipitado al paro, la miseria y a la exclusión social a millones de personas, muchos de ellos inmigrantes musulmanes en países occidentales

¹⁹ NASR, V., “The Rise of ‘Muslim Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 16. núm. 2, 2005, pp. 13-15.

²⁰ FERRAN IZQUIERDO, Brichs, “Islam político en el siglo XXI”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 93-94, 2011, pp. 11-32.

²¹ IZQUIERDO BRICHS, F. y FARRÉS FERNÁNDEZ, G., “La competición por el poder entre el Islam político y los militares en Turquía: del conflicto a la estabilidad”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, núm. 5, 2008.

²² JAMAL, A. A. y TESSLER, M. A., “Attitudes in the Arab World”, *Journal of Democracy*. vol. 19. núm. 1, 2008.

²³ FISH, Steven, *Are muslims distinctive? A look at the evidence* Steven Fish, Oxford: Oxford University Press, 2011.

de segunda y tercera generación, son elementos que han favorecido los sentimientos de frustración, que el islam político ha sabido canalizar apareciendo como una fórmula que permite expresar el rechazo a un orden injusto y suplir el déficit de las aspiraciones ocasionadas por el sistema democrático.

Por otra parte, como nos recuerda NASR, el debate sobre la democracia no es un problema ideológico o intelectual, sino político: “No han sido intelectuales los que han dado forma a la democracia musulmana, sino políticos. Son ellos, por tanto, los que se enfrentan a las cuestiones clave respecto a la interacción de los valores musulmanes con las instituciones democráticas”²⁴. En los regímenes democráticos, como subraya NASR, el acercamiento de los grupos islamistas a la democracia no es producto de una reorientación teórica, sino de una estrategia pragmática para acceder a la competición por el poder.

Como en todo el mundo, la población de los países de mayoría árabe o musulmana, cuando puede escapar al control ideológico de las élites políticas y religiosas, y establecer sus propias prioridades, prefiere más libertades, derechos y democracia: “Los resultados del Arab Barometer (...) muestran que las actitudes y valores de los ciudadanos, incluidos los relacionados con el Islam, no son la razón de la persistencia del autoritarismo. De hecho, el Barómetro indica que cuando se avanza hacia la democracia, la mayoría de los ciudadanos árabes del mundo le da la bienvenida (...). Como resultado, aquellos que desean hacer avanzar la causa de la democracia en el mundo árabe no deben centrar sus investigaciones en los presuntos impulsos antidemocráticos de las mujeres y los hombres corrientes, sino más bien en las estructuras y las manipulaciones, como también quizás en las alianzas de apoyo externo, de una clase política que se dedica a la preservación de su poder y privilegios”²⁵.

Actualmente, el debate desde la perspectiva constitucionalista se centra alrededor de las alternativas que se plantean, a favor y en contra de llevar a cabo o no, la codificación de una moderna constitución o, en su defecto, permanecer bajo el dominio de la *Sharia*. La semilla primigenia de esta discusión la aporta Shaykh Muhammad Husayn Naini (1860-1936), quien publica en el año 1909 un libro, en el que aborda el planteamiento de cómo instaurar un gobierno constitucional desde la perspectiva chiita del Islam. Destaca su original aportación argumental, construida sobre la doctrina del Corán y la *Sunna*, en defensa de la opción constitucionalista que plantea.

Otro autor destacado por las aportaciones recogidas en sus obras es ABDURRAHMAN WAHID al afirmar, que la necesaria modernización del Islam no conlleva de forma inevitable la aceptación de modelos occidentales importados, sino que, al contrario, puede lograrse recurriendo a un principio que se halla inserto en las mismas raíces de la doctrina islámica: el humanitarismo. Su apuesta por la democracia está vinculada, por tanto, a la defensa de los derechos humanos, así como a las enseñanzas acerca de la tolerancia y la armonía social. Contenidos, que vendrían a demostrar, según su visión, que el mundo islámico puede responder, partiendo de sus propias bases teóricas, a los retos de una sociedad moderna y plural²⁶. Defiende fervorosamente la idea de que la democratización supone un proceso que mejorará, de forma significativa, los modelos de gobierno islámicos, en sintonía con una necesaria renovación religiosa, que no puede ser interpretada como una traición a los principios esenciales del Corán.

Paulatinamente son cada vez más las voces doctas que exigen una interpretación renovada de la doctrina islámica, actualizada a las realidades del siglo XXI, que permita la absoluta compatibilidad entre Islam y Democracia. Consecuentemente, desde la esfera política, la misión fundamental del Islam moderno es redefinir la interpretación del Corán y buscar aquella que resulte más acorde con los principios democráticos, para lo que es necesario, como defiende MOJTAHED SHABESTARI (1939), desarrollar una moderna hermenéutica coránica, que conduzca al Islam hacia la senda democrática.

²⁴ NASR, V., “The Rise of ‘Muslim Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 16. núm. 2, 2005.

²⁵ JAMAL, A. A. y TESSLER, M. A., “Attitudes in the Arab World”, cit, 2008, p. 109.

²⁶ ABU ZAYD, N. H., *Reformation of Islamic Thought: A Critical Historical Analysis*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006.

3. Un largo camino por recorrer

Sin lugar a dudas, no es el Islam el que obstaculiza a la Democracia, sino todo un corolario de grupos de poder que, valiéndose del ejercicio de una gran influencia multinivel, postulan modelos de gobierno más acordes con sus intereses, recurriendo a la imposición del Corán como fórmula para lograr la legitimación política que les permita perpetuarse en el poder. Es imprescindible, por tanto, ofrecer una alternativa de interpretación democrática del Corán, con la finalidad de contrarrestar las tendencias políticas autoritarias imperantes en el mundo musulmán.

Además, SOROUCH incide en la circunstancia de que la democracia resulte ser el sistema político, que provee de una mayor y mejor protección al hecho religioso. No sólo al sustraer la religión del poder político, sino que refuerza su independencia al dotarla de mecanismos para su defensa frente a cualquier tipo de extralimitación. En conclusión, no sólo no existe incompatibilidad entre el Islam y la Democracia, sino que es precisamente la democracia la forma de gobierno más acertada para su desarrollo en plenitud, al igual que con cualquier otra religión. En línea con el pensamiento de SOROUCH, la práctica totalidad de los pensadores islámicos reformistas contemporáneos comparten la defensa de la tesis de la compatibilidad²⁷. Tesis, a su vez respaldada por sociedades musulmanas con una profunda aspiración a la dignidad, a la libertad, a la igualdad y, en definitiva, a la consecución de la modernidad, a través de la evolución hacia una separación entre el poder político y el poder religioso. Separación indispensable para poder gozar del genuino pluralismo y de auténticas libertades civiles. La clave estriba en articular una opción democrática islámica capaz de constituir una alternativa verosímil al islam político.

Bibliografía

- ABU ZAYD, N. H., *Reformation of Islamic Thought: A Critical Historical Analysis*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006.
- AL-FARABI, *La ciudad ideal*, Madrid: Tecnos, 1985.
- AN-NA'IM, A., *Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Shari'a*, Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- AVERROES, *Exposición de la "República" de Platón*, Madrid: Tecnos, 1986.
- AYOUB, M., "Political Islam: image and reality", *World Policy Journal*. Vol. 21. núm. 3, 2004.
- AYUBI, N., *El Islam político. Teorías, tradición y rupturas*, Barcelona: Bellaterra, 1996.
- BURGAT, François, *L'islamisme en face*, París: La Découverte; 1995.
- BURGAT, François, *L'islamisme au Maghreb: la voix du Sud*, París: Karthala, 1988.
- BURGAT, François, *L'islamisme à l'heure d'Al-Qaïda*, París: La Découverte, 2005.
- CAMPANINI, M., *Islam e politica*, Bologna: Il Mulino, 1999.
- DENOEUX, G., "The forgotten swamp: navigating political Islam", *Middle East Policy*. Vol. 9, núm. 2, 2002.
- FERRAN IZQUIERDO, Brichs, "Islam político en el siglo XXI", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 93-94, 2011.
- FISH, Steven, *Are muslims distinctive? A look at the evidence* Steven Fish, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GORDON, Mernissi. (1989): *Slavery in the Arab World*, New York: New Amsterdam Books.
- IZQUIERDO BRICHS, F. y FARRÉS FERNÁNDEZ, G., "La competición por el poder entre el Islam político y los militares en Turquía: del conflicto a la estabilidad", *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, núm. 5, 2008.
- KEPEL, Gilles, *La Yihad. Expansión y declive del islamismo*, Barcelona: Península. Barcelona, 2001.
- JAMAL, A. A. y TESSLER, M. A., "Attitudes in the Arab World", *Journal of Democracy*. vol. 19. núm. 1, 2008.
- LEWIS, B., *The Political Language of Islam*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- MERNISSI, F., *El miedo a la modernidad. Islam y Democracia*, Madrid: Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, 2007.

²⁷ QUTB, S.; *Justicia Social en el Islam*, Córdoba, Almuzara, 2007.

NASR, V., "The Rise of 'Muslim Democracy", *Journal of Democracy*, Vol. 16. núm. 2, 2005.

VV.AA., "Islamismo e islam crítico: el debate actual sobre la relación entre religión y política", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 135, pp. 241-278, 2007.

A Procriação Medicamente Assistida no Ordenamento Jurídico Português: reflexão bioética.

Medically Assisted Reproduction in Portuguese Law: Bioethical Reflection.

João Proença Xavier¹

Filomena Girão²

Marta Frias Borges³

Universidade de Coimbra

Universidade Católica Portuguesa

SUMARIO: I – A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto. II – O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional. A. O anonimato dos dadores (doantes) de gâmetas e da gestante de substituição. B. Consequências da invalidade do negócio jurídico. C. Revogação do consentimento da gestante. D. Determinabilidade do regime legal que regula o negócio jurídico de gestação de substituição. Referências Bibliográficas.

Resumo: A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto veio alterar a Lei de Procriação Medicamente Assistida e consagrou no ordenamento jurídico português a gestação de substituição. Ora, em resposta a alguns desafios suscitados por esta lei, pronunciou-se recentemente o Tribunal Constitucional Português, proferindo o Acórdão n.º 225/2018. Quanto à determinabilidade do regime legal que regula aquele negócio jurídico, concluiu o Tribunal Constitucional que, perante a restrição de direitos, liberdades e garantias da gestante, o legislador não pode demitir-se da sua função e remeter o “controlo” do negócio jurídico para uma entidade administrativa. Quanto à revogação do consentimento da gestante, entendeu o Tribunal, perante a existência de um conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante, deverá a solução do diferendo guiar-se pelo interesse superior da criança. Quanto às consequências da invalidade do negócio jurídico, o Tribunal Constitucional considerou que o estabelecimento indiferenciado dos efeitos jurídicos da nulidade desconsidera o superior interesse da

¹ Pósdoctoral Research Scientist - Bolseiro de Mérito da Fundación General da Universidade de Salamanca / CEB - Centro de Estudos Brasileiros da Universidade de Salamanca. Professor Doutorado pela Universidade de Salamanca. Especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado/ Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. **Instituições:** UNIVERSIDADE DE SALAMANCA - Espanha - joao.proenca.xavier@usal.es - Investigador FCT Integrado no **CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX** - UNIVERSIDADE DE COIMBRA - Portugal - Jurisconsulto em parceria com **FAF Sociedade de Advogados, SP, RL**. Membro Fundador do OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; AVOGADO EUROPEU com Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha. Membro da SPMR - Sociedade Portuguesa de Medicina da Reprodução.

² Advogada – Sócia da FAF - Sociedade de Advogados, SP,RL, Co-Fundadora e Membro da Direcção da ALDIS – Associação Lusófona do Direito da Saúde, Membro da WAML – World Association for Medical Law, Membro da APASD- Associação para a Segurança dos Doentes, Doutoranda no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa. filomena.girao@faf-advogados.com

³ Advogada da FAF - Sociedade de Advogados, SP, RL., Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Doutoranda em Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa. marta.frias.borges@faf-advogados.com

criança. Finalmente, quanto ao anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição, o Tribunal deu clara prevalência ao direito da criança ao conhecimento das origens genéticas e à historicidade pessoal em relação ao direito dos beneficiários e dos dadores ao anonimato.

Palavras-Chave: Procriação medicamente assistida; Interesse superior da criança; Anonimato; Direito ao conhecimento das origens genéticas; Tecnologia aplicada à saúde; Bioética.

Abstract: The Law n° 25/2016, from the 22nd of August, changed the Law of Medically Assisted Reproduction (Law n° 32/2006, from the 26th of July), established on the Portuguese legal order regarding surrogacy. So, in response to some of the challenges this law has aroused, the Constitutional Court recently pronounced, uttering the ruling n° 225/2018. In regards to the determinability of the legal regime that regulates such juridical business, the Constitutional Court concluded that, towards the restriction of rights, freedoms and guarantees of the surrogate, the legislator cannot resign from his function and refer the “control” of the juridical business to an administrative entity. In regards to the revocation of the surrogate’s consent, the Court understood, towards the existence of a conflict between the parental project of the beneficiaries and the parental project of the surrogate, the solution of the dispute should pursue the best interest of the child. In regards to the consequences of invalidity of the juridical business, the Constitutional Court considered the undifferentiated establishment of juridical effects of nullity disregards the superior interest of the child. Finally, regarding the anonymity of gametes donors and surrogates, the Court gave clear prevalence to the child’s right to know his/hers genetic origins and personal historicity in relation to the right of beneficiaries and surrogate to anonymity.

Key Words: Medically Assisted Reproduction. Child Superior interest; Anonymity; Right to know the genetic origin; Health applied Technology; Bioethics.

I – A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

A Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, que alterou a Lei de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), veio consagrar no ordenamento jurídico português a gestação de substituição, permitindo que um casal (designado como beneficiário) em que a mulher, por razões clínicas comprovadas, esteja impedida de forma absoluta e definitiva de engravidar, possa celebrar negócio jurídico de gestação de substituição.

Este negócio jurídico de gestação de substituição seria então celebrado com uma terceira mulher (“gestante”), que se dispõe a suportar uma gravidez por conta desse casal (“beneficiário”) e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Como se compreende, a consagração legal da gestação de substituição suscita importantes questões éticas, que exigem a conciliação entre o “desejo de ter um filho”, os direitos da criança que virá a nascer fruto deste negócio jurídico e a dignidade da mulher que se disponibiliza a suportar a gestação e abdicar dessa maternidade.

Ora, não obstante, o presente diploma legislativo limite o acesso a esta técnica a razões clínicas inultrapassáveis e procure, de certa forma, salvaguardar a eventual vulnerabilidade económica e diferencial da gestante⁴ – nomeadamente

⁴ Na distinção efetuada por KENNETH KIPNIS, que conceitualiza seis tipos de vulnerabilidade (cognitiva, jurídica, deferencial, médica, alocaional e infraestrutural). Cfr. KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission,

consagrando a gratuidade do negócio, a proibição da sua realização em situações de dependência económica e a proibição de a gestante ser dadora de qualquer ovócito – o certo é que deixa ainda brechas legislativas capazes de comprometer os direitos, liberdades e garantias tanto da gestante como da criança que venha a nascer.

Com efeito, a Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, sobrevaloriza, amiúde, os direitos do casal beneficiário relativamente aos direitos da criança que virá a nascer, quando os interesses desta “vida nova” deveriam estar no centro da discussão e da tutela – o que sucede, a título de exemplo, no que concerne ao anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante.

Por outro lado, embora estabeleça no artigo 8.º, n.º 11 que *“o contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”*, o diploma não consagra os critérios orientadores do que seja a restrição ilegítima dos “direitos, liberdades e dignidade” da gestante, deixando um vazio legal que não permite assegurar o fundamental: a não instrumentalização da mulher.

Assim, os desafios éticos e jurídicos suscitados pela “gestação de substituição”, “maternidade de substituição” ou “barrigas de aluguer” não terminaram com a sua consagração legal, mas antes se intensificaram e ganharam maior importância com ela. Estes desafios pautam-se pela diversidade e pela importância, porém, seguindo CARLOS COSTA GOMES, sintetizamo-los nos seguintes: *“a mulher grávida e a importância da gestação; o já referido interesse superior da vida por nascer; quem é a mãe na gestação de substituição; a seleção da mulher que vai gerar o filho e o seu caráter solidário desinteressado e gratuito; a relação social da portadora da vida por nascer com os beneficiários; a possibilidade de restrições durante a gestação imposta pelos beneficiários; o comportamento diário e o direito à autonomia, liberdade e autodeterminação; o anonimato. Terá direito, a vida por nascer, aceder ao modo com foi gerada?; a não instrumentalização da vida humana e a mulher como produtora comercial de seres humanos; os eventuais problemas que surjam durante a gravidez: malformação e deficiência. Pode-se obrigar o casal beneficiário a aceitar a criança? Pode-se obrigar a gestante a ficar com ela?; O que fazer se a grávida depois de gerar a criança não a queira entregar depois do nascimento? (o direito inglês reconhece a mãe gestante como mãe legal); A dignidade da mulher, na sua função materna, é reduzida a um serviço fisiológico – e instrumentalizada à maneira de uma prestação de serviço”⁵.*

Ora, em resposta a alguns destes desafios, pronunciou-se recentemente o Tribunal Constitucional Português, na sequência de um pedido de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade formulado por um décimo dos deputados à Assembleia da República, proferindo o Acórdão n.º 225/2018, que analisaremos nas linhas seguintes.

II – O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional apreciou um pedido de fiscalização abstrata sucessiva relativamente à constitucionalidade de algumas normas da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto⁶. Ao longo da referida decisão judicial, este Douto

2001, p. 4, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.

⁵ CARLOS COSTA GOMES, *Comentário aos projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&inline=true>.

⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>.

Tribunal deteve o passo sobre alguns aspetos relativos ao negócio jurídico de maternidade de substituição, de que destacamos: (a) determinabilidade do regime legal que regula aquele negócio jurídico; (b) revogação do consentimento da gestante; (c) consequências da invalidade do negócio jurídico; (d) o anonimato dos dadores de gâmetas e da gestante de substituição.

(a) Determinabilidade do regime legal que regula o negócio jurídico de gestação de substituição.

Como *supra* referimos, prescreve o n.º 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (Lei da Procriação Medicamente Assistida) que *“O contrato referido no número anterior não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem impor normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade”*.

Por seu turno, o Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, veio estabelecer que o contrato-tipo de gestação de substituição seria aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA)⁷. Todavia, ao abrigo da autonomia contratual, as partes poderão, por acordo, aditar cláusulas àquele contrato, o que suscita logo questões relativamente à salvaguarda da dignidade da gestante a este propósito.

Neste sentido, pronuncia -se VERA LÚCIA RAPOSO, para quem importa ponderar se o direito dos contratos deve ser aplicado, sem mais, ao contrato de gestação de substituição, em que deve prevalecer sobretudo o interesse da criança a nascer⁸. Tanto mais perante a desnivelada posição contratual por parte da gestante de substituição, atendendo ao “seu (suposto) menor poder de negociação contratual e o facto de em regra ter uma situação económica mais precária do que os pais contratantes⁹”.

De facto, o legislador pretendeu de modo simplista regular o contrato de gestação de substituição, introduzindo apenas, sem concretizar, a proibição de normas que atentem contra os direitos liberdade e dignidade da gestante, remetendo, no mais, para o regime geral dos contratos e da liberdade contratual.

Ora, a este propósito, foi o Tribunal Constitucional chamado a pronunciar-se, tendo concluído pela inconstitucionalidade do n.º 11 do artigo 8.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida. Perante a restrição de direitos, liberdades e garantias da gestante, entendeu este Douto Tribunal que o legislador não pode demitir-se da sua função e remeter o “controlo” do negócio jurídico para uma entidade administrativa (CNPMA), desde logo por se tratar de matéria sujeita a reserva relativa de lei, nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea b) da Constituição da República Portuguesa.

Somos da opinião de que se impunha, de facto, uma maior conformação do conteúdo das cláusulas, por forma a salvaguardar a dignidade humana da gestante, evitando que, nas palavras do Tribunal Constitucional, *“a meio do processo, se converta em mero instrumento ao serviço da vontade dos beneficiários”*.

(b) Revogação do consentimento da gestante.

Em matéria de gestação de substituição, o legislador limitou-se a remeter a matéria do consentimento para a disposição aplicada às restantes técnicas de procriação medicamente assistida. Assim, nesta matéria, por remissão do artigo 8.º, n.º 8, é aplicável o disposto no artigo 14.º, n.º 4, segundo o qual *“O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA”*, disposição aplicável também à gestante de substituição por força do n.º 5.

⁷ Disponível em http://www.cnpma.org.pt/Docs/ContratoTipo_GS.pdf.

⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *“A parte gestante está proibida de pintar as unhas”*: direito contratual e contratos de gestação, in «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», p. 170, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.

⁹ *Idem*, p. 172.

A gestante apenas pode, portanto, revogar o seu consentimento até ao início dos processos terapêuticos, isto é, contraposição entre os interesses dos beneficiários e da gestante, o legislador atribuiu primazia àqueles em detrimento desta, impedindo-a de exercer a sua autonomia revogando o consentimento após o início dos processos terapêuticos e desconsiderando o vínculo bioquímico e afetivo que se desenvolve entre esta e o feto durante a gestação¹⁰.

Ficava, assim, completamente arredada a atualidade do consentimento, necessária para o que o mesmo seja considerado uma verdadeira manifestação de autonomia. Pelo contrário, à gestante é imposto que renuncie à maternidade antes do nascimento da criança, sendo que após o nascimento desta, e na situação concreta, ver-lhe-á vedada a possibilidade de decidir em prol de um projeto paternal próprio, como refere o Tribunal Constitucional.

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de tal norma, considerando que a mesma poderia levar à instrumentalização da gestante, restringindo “o direito da gestante ao desenvolvimento da personalidade, interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, e o seu direito de constituir família (artigos 1.º e 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, todos da Constituição) ”.

Assim, para este Douto Tribunal, perante a existência de um conflito entre o projeto parental dos beneficiários e o projeto parental da gestante, deverá a solução do diferendo guiar-se pelo interesse superior da criança.

(c) Consequências da invalidade do negócio jurídico.

O artigo 8.º, nº 12 da Lei de Procriação Medicamente Assistida consagra que “são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores”. Portanto, como se compreende, sempre que o contrato de gestação de substituição viole os pressupostos estabelecidos por lei (por ex., sendo oneroso, ou não tendo os beneficiários qualquer razão clínica impeditiva da gestação) será nulo.

Pois bem, de acordo com o artigo 289.º do Código Civil, a nulidade tem efeito retroativo, implicando a restituição de tudo o que tiver sido prestado. Portanto, perante a nulidade do negócio jurídico de gestação de substituição, o consentimento (prévio) prestado perderia a sua eficácia, aplicando-se a regra geral do ordenamento jurídico português, segundo a qual a maternidade resulta do nascimento.

Em sentido contrário, e a este propósito, convém também lembrar como, incompreensivelmente, o projeto de Decreto Regulamentar da presente lei consagrava como efeito da declaração de nulidade do negócio jurídico de gestação o seguinte: “em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos beneficiários”.

Assim, não sem espanto, este projeto preconizava que o efeito de um negócio jurídico nulo fosse exatamente o mesmo que o negócio jurídico válido, devendo a criança ser considerada filha dos beneficiários, numa lógica de benefício ao infrator¹¹.

O certo é que afastada esta norma incompreensível do ponto de vista jurídico e ético, que levaria à instrumentalização da gestante, na medida em que a

¹⁰ De facto, como refere o Tribunal Constitucional “a mulher grávida altera a expressão genética de cada embrião e, inversamente, o embrião-feto altera a grávida para sempre; e é durante a gestação que se estabelece uma vinculação afetiva entre o nascituro e a grávida”.

¹¹ Neste sentido, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Filhos de pai anónimo no século XXI!* In «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», p. 45 e 46, disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>, bem como o Parecer n.º 92/CNECV/2017 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, disponível em http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1485453986_Parecer%2092_2017%20Proj%20DL%20Regulamentacao%20GDS.pdf.

violação das normas de proteção teria o efeito desejado, nem por isso permanece, para o Tribunal Constitucional, pacificada a solução de invalidade do negócio.

Com efeito, considera este Douto Tribunal, que o facto de a nulidade poder ser invocada por todos, a todo o tempo, pode colocar em causa a estabilidade da relação de filiação. Por outro lado, não pode ignorar-se que o estabelecimento da filiação relativamente à gestante poderá não corresponder ao melhor interesse da criança, quando aquela não tenha desenvolvido um vínculo afetivo com esta criança.

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional considerou que o estabelecimento indiferenciado dos efeitos jurídicos da nulidade desconsidera o superior interesse da criança, não respeitando o dever do Estado de proteção na infância (artigo 69.º, n.º 1 da Constituição), pelo que declarou a inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 12 da Lei de Procriação Medicamente Assistida.

De facto, se não faz sentido a atribuição de validade a um negócio jurídico nulo, o regime geral da nulidade poderá não realizar adequadamente o interesse daquela concreta criança, cuja vulnerabilidade deverá ser considerada, ponderando o seu superior interesse.

(d) O anonimato dos dadores (doantes) de gâmetas e da gestante de substituição.

O artigo 15.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa estabelece que “Todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, estão obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”.

Não obstante esta obrigação de sigilo não seja absoluta, uma vez que o n.º 4 daquela disposição prescreve que “sem prejuízo do disposto nos números anteriores, podem ainda ser obtidas informações sobre a identidade do dador por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial”, o certo é que o acesso a tais informações se encontra bastante dificultado. Aliás, o próprio conhecimento de que a criança teve origem com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida ou maternidade de substituição depende de revelação feita pelos próprios beneficiários e titulares dos interesses opostos.

Resulta, pois, que na contraposição entre, por um lado, o conjunto de interesses dos beneficiários à tranquilidade e paz da família e dos dadores de gâmetas ou gestante de substituição ao anonimato e, por outro, o direito da criança ao conhecimento das origens genéticas e à historicidade pessoal, o legislador deu clara prevalência àqueles.

Pois bem, tendo em conta a importância do direito ao conhecimento das origens genéticas para o livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do artigo 15.º da Lei de Procriação Medicamente Assistida. Todavia, e por forma a não suprimir totalmente os direitos dos beneficiários e dos dadores, este Tribunal Constitucional sugere a consagração da regra inversa, ou seja, a possibilidade de reconhecimento do anonimato perante a invocação de razões ponderosas pelos dadores ou beneficiários.

Em boa hora, veio o Tribunal Constitucional redirecionar a Lei da Procriação Medicamente Assistida para aquele que deve ser o seu interesse prioritário: o superior interesse da criança nascida ou por nascer...

Referências Bibliográficas:

PEREIRA, André Dias, *Filhos de pai anónimo no século XXI!* in «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.

- GOMES, Carlos Costa, *Comentário aos projetos de lei para alteração da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que regula a Procriação Medicamente Assistida*, disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a6c445579394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5a6a4e54526a4d7a41784c57517a4d6d51744e4745334d4330354d4745324c5759325a4749305a5459334d6d55324d7935775a47593d&fich=6c54c301-d32d-4a70-90a6-f6db4e672e63.pdf&Inline=true>.
- KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission, 2001, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.
- PROENÇA XAVIER, João, “Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006”, Universidad de Salamanca, 2016.
- RAPOSO, Vera Lúcia, “A parte gestante está proibida de pintar as unhas”: direito contratual e contratos de gestação, in «DEBATENDO A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA», disponível em <https://www.cije.up.pt/download-file/1937>.

Tecnologia em prol de uma autonomia respeitadora da vulnerabilidade da pessoa doente

Technology in favour of the autonomy respecting vulnerability of the patient

Filomena Girão¹

Universidade Católica Portuguesa

SUMARIO: I – Introdução. II - CONSENTIMENTO INFORMADO: da beneficência mitigada à autonomia plena. III- A vulnerabilidade como limite ao consentimento informado. IV – Reflexões conclusivas: a tecnologia ao serviço do consentimento informado em doenças neurológicas degenerativas. Referências Bibliográficas.

Resumo: Bem sabendo que uma utilização humanista do principialismo bioético na prática clínica exige sempre a consideração da vulnerabilidade do doente, é importante definir as múltiplas situações de vulnerabilidade, com a expectativa de que a completa compreensão deste conceito possa contribuir para uma manifesta depreciação do seu impacto no processo de tomada de decisão.

Da mesma forma, a identificação dos passos essenciais da deliberação ética revela-se igualmente fundamental para alcançar a compreensão das implicações da vulnerabilidade do doente sobre o próprio processo deliberativo.

A tomada de uma decisão ética, partilhada, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, pressupõe a capacidade do doente de fazer uma escolha. Ora, se tal capacidade estiver comprometida, em razão da sua condição de vulnerável, bem se percebe que a escolha do doente não logre ser plenamente livre e, por isso, realizadora da sua autonomia.

Uma sociedade eticamente responsável deve ser capaz de utilizar o conhecimento científico e tecnológico a favor da protecção dos mais vulneráveis e da promoção da informação a que o doente tem direito e nos limites da sua vontade esclarecida, em prol da defesa da dignidade humana.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade. Bioética. Autonomia. Consentimento Informado. Tecnologia.

Abstract: Well knowing that a humanistic utilization of the bioethical principialism in clinical practice always requires the consideration of the patient's vulnerability, it is important to define the multiple situations of vulnerability, with the expectation that the complete understanding of this concept might contribute to a clear depreciation of its impact on the decision-making process. Similarly, the identification of essential steps to the ethical deliberation reveals itself equally fundamental to achieve the understanding on the implications of the patient's vulnerability regarding the deliberative process. The making of an ethical decision, shared, in the sphere of the provision of healthcare, presupposes ability of the patient to make a choice. So, if such ability is compromised, because of his

¹ Advogada – Sócia da FAF - Sociedade de Advogados, SP,RL, Co-Fundadora e Membro da Direcção da ALDIS – Associação Lusófona do Direito da Saúde, Membro da WAML – World Association for Medical Law, Membro da APASD- Associação para a Segurança dos Doentes, e Doutoranda no Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa.
filomena.girao@faf-advogados.com

condition of vulnerability, it is easily understandable the patient's choice is not totally free and, therefore, revealing of his autonomy. An ethically responsible society should be able to use its scientific and technologic knowledge in favor of the protection of the most vulnerable and the promotion of information the patient has right to and the limits of his informed will, in favor of the defense of human dignity.

Key Words: Vulnerability. Bioethics. Autonomy. Informed Consent. Technology.

I – Introdução

Na convicção de que uma utilização humanista do principialismo bioético na prática clínica exige sempre a consideração da vulnerabilidade do doente, inicia-se o presente estudo por uma análise de exercícios variados de categorização das múltiplas situações de vulnerabilidade, com a expectativa de que a completa compreensão deste conceito possa contribuir para uma manifesta depreciação do seu impacto no processo de tomada de decisão.

Para tal, o reconhecimento dos vários modelos de deliberação ética e a identificação dos seus passos essenciais revelam-se igualmente fundamental para alcançar a compreensão das implicações da vulnerabilidade do doente sobre o próprio processo deliberativo.

A tomada de uma decisão ética, partilhada, no âmbito da prestação de cuidados de saúde, consubstanciada no acto de consentir (ou dissentir), pressupõe a capacidade do doente de fazer uma escolha, de “*elegir entre distintos posibles cursos de acción*”². Ora, se tal capacidade estiver comprometida, em razão da sua condição de vulnerável, bem se percebe que a escolha do doente não logre ser plenamente livre e, por isso, realizadora da sua autonomia.

Importa, pois, analisar e conhecer os diversos tipos de vulnerabilidade e, bem assim, os vários modelos deliberativos vigentes, por forma a adaptar um modelo deliberativo que considere a(s) vulnerabilidade(s) de cada doente, promova efectiva e justamente a sua autonomia e observe a sua dignidade.

Bem sabendo que entre médico e doente necessariamente se estabelece uma relação desigual, uma vez que o médico tem o conhecimento científico que determina a evolução da situação da pessoa doente, bem se percebe que a comunicação entre ambos esteja habitualmente marcada por aquela desigualdade, que, por si só, é também ocasionadora de alguma vulnerabilidade no doente. E melhor se compreende ainda que a conduta do médico (abordagem do doente como pessoa autónoma e livre, ao invés de abordagem do doente enquanto ser passivo, objecto da sua intervenção clínica) seja absolutamente determinante para que este possa exercer a sua autonomia, i.e., partilhar a decisão ética de forma livre e esclarecida.

Uma sociedade eticamente responsável deve ser capaz de utilizar o conhecimento científico e tecnológico a favor da protecção dos mais vulneráveis e da promoção da informação a que o doente tem direito e nos limites da sua vontade esclarecida.

II - CONSENTIMENTO INFORMADO: da beneficência mitigada à autonomia plena

No ano de 1947 foi elaborado o Código de Nuremberga, como reacção às múltiplas experimentações realizadas em seres humanos. Entre outros méritos, importa destacar o facto de este diploma ter colocado a investigação científica dependente da recolha de consentimento livre e esclarecido dos participantes. Esta preocupação de exigir a recolha do consentimento encontrava-se regulamentada pelo menos desde 1900, data em que o Governo Prussiano publicou um normativo

² GRACIA, Diego, *La Deliberación como método de la Ética*, in «Ética: Dos Fundamentos às Práticas», 1.ª edição, Edições 70, 2016, p. 145.

regulamentador da prática de experimentação humana, obrigando à recolha do consentimento informado e à especial protecção das pessoas mais vulneráveis³.

As experimentações realizadas pelos médicos nazis em seres humanos durante a Segunda Guerra marcaram assim, paradoxalmente, um ponto de viragem no paradigma da medicina e da relação médico-doente.

Com efeito, no Código Hipocrático encontrava-se estabelecida a necessidade de o profissional de saúde fazer o que fosse melhor para o doente, independentemente da voz do paciente, que se limitava a assistir passivamente – o profissional de saúde comportava-se na obediência extrema ao princípio da beneficência. Esta obediência decorria da necessidade de ser dever do médico regular os costumes dos seus doentes, uma vez que o *éthos* do doente era “*por definição, patológico*”, o que significava que ao doente não restava qualquer possibilidade, se não a de obedecer, e que aos médicos cabia a obrigação de regular os costumes dos seus doentes - regime conhecido como *regimen sanitatis*⁴. A Ética Hipocrática advinha da ideia de que “a doença perturba a capacidade, perturba a capacidade do juízo e desvia o homem do bem. O doente não é só um incapacitado físico mas também moral.”⁵

No Estado Moderno, mantém-se o paradigma paternalista: “O médico deve ser ministro do doente comportando-se de maneira “que una a ternura com a firmeza, e a condescendência com a autoridade, de modo a inspirar as mentes dos seus doentes com gratidão, respeito e confiança”, segundo Thomas Percival⁶.

Com a Segunda Guerra, este paradigma alterou-se radicalmente, salientando-se a necessidade de respeitar a autonomia do paciente, designadamente por via da necessidade de dele obter o necessário consentimento informado.

O paternalismo patente nos *Aforismos* de Hipócrates de Cró cedeu então perante o reconhecimento da autonomia do paciente, dando origem a um novo modelo de relação “médico-doente” em que a decisão passa a ser partilhada com o paciente. Todavia, ora e sempre, acompanhamos ALEXANDRA ANTUNES, no reconhecimento de que tal direito de autonomia do doente “não é ilimitado. O doente não tem o direito de exigir um tratamento não médico ou inconsistente com a finalidade da medicina.”⁷

É neste contexto que o princípio da autonomia se vai sobrepondo ao princípio hipocrático, e o paciente vai ganhando voz própria e a possibilidade de intervir no processo de decisão. O princípio da beneficência não é agora o único a reger a relação médico-paciente, tornando-se necessário considerar também o respeito pela autonomia do próprio paciente.

Cumprе, assim, determinar em que consiste este princípio da autonomia.

Segundo BEAUCHAMP e CHILDRESS, “as acções autónomas analisam-se em função dos seus agentes, os quais actuarão: a) intencionalmente; b) com conhecimento e c) em ausência de influências externas que pretendam controlar e determinar o acto”⁸.

Por seu turno, respeitar a autonomia de outrem “implica, como mínimo, assumir o seu direito a ter opiniões próprias, a eleger e a realizar acções baseadas tanto nos seus valores como nas suas crenças pessoais⁹”. Porém, este dever de respeitar a autonomia de outrem não se traduz num mero dever negativo de não

³ Cfr. NEVES, Maria do Céu Patrão, e OSSWALD, Walter, *Bioética Simples*, 2.ª ed. revista e atualizada, Verbo, 2014, p. 30.

⁴ GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética* (Trad. Manuel Luís Pinheiro e Vítor Coutinho), Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2008, p. 109.

⁵ *Idem*, p. 64.

⁶ *Idem*, p. 132.

⁷ ANTUNES, Alexandra, *Consentimento Informado*, in «Ética em Cuidados de Saúde», Porto, Porto Editora, 2001, p. 15.

⁸ BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, James F., *Principios de Ética Biomédica* (Edição espanhola), 1.ª edição, Reimpressão, Barcelona, Masson, 2002, p. 116.

⁹ *Idem*, p. 117.

intervir e não interferir nas decisões, mas ainda numa obrigação positiva de respeitar o outro, oferecendo informação e favorecendo a tomada de uma decisão autónoma.

Extrapolando o que acabou de ser exposto para a prestação de cuidados de saúde, o médico deve, pois, habilitar o doente para a tomada de decisão, mediante a exposição da informação e o devido esclarecimento (como pressupostos prévios ao consentimento informado).

Somos da opinião que este exercício da autonomia não poderá reduzir-se a um mero documento escrito de consentimento, mas antes tem que resultar de uma relação médico-paciente que se vai construindo no tempo. O consentimento informado é, na verdade, “um processo temporal e não apenas um documento assinado pelo doente”¹⁰.

De acordo com BEAUCHAMP e CHILDRESS, o consentimento informado é constituído por vários elementos: (i) competência; (ii) comunicação; (iii) compreensão; (iv) voluntariedade; (v) e consentimento.

A *competência* procura avaliar se os pacientes são psicológica e legalmente capazes de tomar decisões adequadas. Por esta razão, “um paciente ou um indivíduo é competente para tomar uma decisão se é capaz de entender a informação material, de fazer um juízo sobre a dita informação tomando como base os seus valores pessoais, de pretender alcançar um determinado objectivo e expor os seus desejos perante os seus cuidadores e investigadores”¹¹.

Discute-se a possibilidade de existirem diversos graus de competência que pudessem ser avaliados mediante uma “escala móvel”, em que os critérios de competência se modificariam conforme o risco da decisão. Ou seja, “à medida que aumenta o risco a que expõem os pacientes ao submeterem-se a uma intervenção médica, o nível de capacidade exigível para que estes possam aceitar ou rejeitar a intervenção deveria aumentar”¹². No entanto, segundo BEAUCHAMP e CHILDRESS, a referida escala deveria ser utilizada apenas para “determinar os níveis de evidência necessários para decidir se existe ou não competência para tomar decisões”¹³. Entendemos que a competência deverá ser aferida pela capacidade do paciente compreender o risco e não pelo risco da intervenção em si, sob pena de eliminarmos a autonomia do paciente nos casos mais complexos.

A *comunicação* é outro dos elementos fundamentais para o consentimento informado (ainda que não o único), uma vez que, na sua ausência, os pacientes se encontram numa posição de desvantagem para tomar decisões. Os profissionais de saúde estão obrigados a revelar a informação básica, na qual se incluem “a) aqueles factores ou descrições que os pacientes ou sujeitos em geral considerem importantes antes de decidir se aceita ou não a intervenção ou investigação proposta; b) a informação que o próprio profissional de saúde considera importante; c) as recomendações do profissional; d) o objectivo do consentimento; e e) a natureza e os limites do consentimento como acto de autorização”¹⁴.

Por seu turno, a *voluntariedade* traduz-se na “independência das pessoas das influências manipuladoras e coactivas de outros”¹⁵. Porém, a voluntariedade pode ser condicionada não apenas através de um controlo externo, mas também por uma doença debilitante, um transtorno psiquiátrico ou consumo de drogas. A voluntariedade pode ser posta em causa, não apenas por influências externas, mas também por constrangimentos intrínsecos - tal como *infra* se procurará demonstrar.

10 Neste sentido, BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, James F., *Princípios...*, cit., p. 135.

11 *Idem*, p. 137.

12 *Idem*, p. 131.

13 *Idem*, p. 133.

14 *Idem*, p. 139.

15 *Idem*, p. 155.

Importa ainda que o paciente *compreenda* a informação que lhe é transmitida, mesmo que de modo incompleto. Porém, para aceitar a intervenção, o paciente tem que compreender sempre: “diagnóstico, o prognóstico, a natureza e o objectivo da intervenção, as alternativas, os riscos, os benefícios e as recomendações”¹⁶.

Finalmente, surge então o consentimento propriamente dito que envolve a decisão e a autorização do plano elegido.

Na síntese feliz de BEAUCHAMP e CHILDRESS, um verdadeiro consentimento informado a uma intervenção pressupõe “*compreendê-la, receber uma boa explicação da informação, compreendê-la, actuar voluntariamente e dar o seu consentimento*”¹⁷.

III- A vulnerabilidade como limite ao consentimento informado

Na *Declaration on Bioethics and Human Rights* da UNESCO, a consideração da vulnerabilidade (artigo 8.º) emerge como garante do respeito pela dignidade humana (artigo 3.º), numa síntese daquelas duas significações: por um lado, a vulnerabilidade é considerada como característica de algumas pessoas (ou grupos de pessoas) que obriga a sociedade à sua protecção especial; e, doutra banda, a vulnerabilidade surge como dimensão inalienável do humano.

De facto, como refere MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES, enquanto condição humana universal, a “*vulnerabilidade exprime, pois, o modo de ser o modo de ser do homem, a sua humanidade, e exige um modo específico de agir*”, pelo que “*o modo como devemos agir decorre do modo como somos e como queremos ser, sendo a nossa comum vulnerabilidade que instaura um sentido universal do dever na acção humana*”¹⁸.

Porém, foi na Declaração de Barcelona (1998) que a vulnerabilidade surgiu, pela primeira vez, ao lado do princípio da autonomia, dignidade e da integridade. Esta declaração teve o inegável mérito de se referir à vulnerabilidade não apenas como expressão da finitude e fragilidade da vida, mas também como objecto de um princípio moral de cuidado para com os vulneráveis. Este cuidado para com os vulneráveis devia traduzir-se numa obrigação negativa de não ferir, mas também positiva de cuidar¹⁹.

Também, segundo ALEXANDRA ANTUNES: “Kemp e Rendtorff (1998), baseados num estudo multicêntrico europeu, consagraram definitivamente o princípio do respeito pela vulnerabilidade, como entidade autónoma e como referencial normativo. Trata-se da constatação de que algumas pessoas – deficientes mentais, doentes em coma, crianças, etc. – estão particularmente frágeis ao ponto da sua integridade física ou psicológica estar ameaçada. De certo modo é uma resposta à sacralização da autonomia como valor máximo da relação clínica”²⁰.

Como vimos *supra*, na esteira de BEAUCHAMP e CHILDRESS, é fundamental que o consentimento informado seja prestado livre de influências manipuladoras e coactivas de outros. A voluntariedade é, assim, um requisito imprescindível da validade do consentimento informado, tal como o é a competência.

A voluntariedade pode ser influenciada pela coacção, persuasão ou manipulação do profissional de saúde ou de terceiros, nomeadamente exagerando no diagnóstico, tão simplesmente, e levando o paciente a tomar uma decisão não autónoma. Porém, a voluntariedade pode ser posta em causa não apenas por influências externas, mas também por constrangimentos intrínsecos, nomeadamente pela nossa inerente vulnerabilidade. A vulnerabilidade que nos caracteriza enquanto pessoas, é agravada pela situação de doença que nos

¹⁶ Idem, p. 150.

¹⁷ Idem, p. 137.

¹⁸ NEVES, Maria do Céu Patrão, *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, in «Revista Brasileira de Bioética», Vol. 2, n.º 2, 2006, p. 166.

¹⁹ Idem, p. 168.

²⁰ ANTUNES, Alexandra, *Consentimento Informado*, cit., p. 20.

acomete. De facto, a situação de doença e a necessidade iminente de cuidados de saúde conferem vulnerabilidade acrescida ao indivíduo na medida em que geram medo e insegurança relativamente à continuidade da existência.

Ora, esta vulnerabilidade pode assumir diversas formas, nomeadamente, na conceitualização de KENNETH KIPNIS, pode revelar-se cognitiva, jurídica, deferencial, médica, alocacional e infraestrutural. Por vulnerabilidade cognitiva, entende circunstâncias que *“incluam algum grau de imaturidade, demência, certos tipos de doença mental, e atraso mental”*²¹, bem como *“défices educacionais e falta de familiaridade com a linguagem”*²² utilizada. Jurídica será a vulnerabilidade ocasionada por *“relações de autoridade formal que caracterizam algumas estruturas sociais”*²³, que, não obstante conviver amiúde com uma vulnerabilidade deferencial que resulta de pressões sociais (*“consiste na disponibilidade para aceder aos desejos de outros, não obstante uma interior reticência a fazê-lo”*²⁴), dela se distinguirá. Considera também os casos em que o doente está vulnerável em virtude da sua *“exigente condição médica”*²⁵ – vulnerabilidade médica – e, ainda, as situações em que o doente, em função de uma vulnerabilidade alocacional²⁶, não só se encontra desesperado pela possibilidade da cura, mas também pela disponibilização de outros bens (como contrapartidas financeiras, alojamento ou cuidados médicos). Finalmente, diferencia uma vulnerabilidade infraestrutural (nos casos em que a falta de recursos políticos, legais, regulamentares, institucionais e económicos essenciais comprometam a adesão do doente), que exige *“atenção aos contextos em que a pesquisa é realizada”*²⁷.

IV – Reflexões conclusivas: a tecnologia ao serviço do consentimento informado em doenças neurológicas degenerativas

O reconhecimento do princípio bioético da vulnerabilidade obriga à não exclusão das pessoas mais vulneráveis e, mais, impõe a responsabilidade de delas cuidarmos, sem paternalismo ou autonomia exacerbados que desprezem a sua dignidade.

De facto, percebendo que o desígnio de qualquer profissional de saúde será, necessariamente, o de acautelar a cada doente (mau grado as afecções e enfermidades de que padeça) a maior proximidade possível ao estado de bem-estar que podemos definir como *saúde*, bem se compreenderá que tal desígnio não se compatibilize com qualquer actuação que desconsidere a individualidade de cada doente e, ainda, a vulnerabilidade de que o mesmo está trasvestido, em razão da sua humanidade e da sua doença.

Consideramos, pois, que a forma de mitigar este défice de voluntariedade e competência da pessoa doente passará sempre por bem integrar a realidade daquela pessoa, não restringindo a pessoa à sua doença, mas antes valorizando todo o seu envolvimento e circunstancialismo. Mais entendemos que uma sociedade eticamente responsável deve ser capaz de utilizar o conhecimento científico e tecnológico a favor da protecção dos mais vulneráveis e da promoção da informação a que o doente tem direito e nos limites da sua vontade esclarecida, nomeadamente através do desenvolvimento de um consentimento informado assistido por vídeo, que traduza a especificidade e a evolução da doença e as alternativas para o seu tratamento.

²¹ KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission, 2001, p. 4, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.

²² *Idem*, p. 5.

²³ *Idem*, *Ibidem*.

²⁴ *Idem*, p. 6.

²⁵ *Idem*, *Ibidem*.

²⁶ *Idem*, 8.

²⁷ *Idem*, p. 9.

Referências Bibliográficas:

- ANTUNES, Alexandra, *Consentimento Informado*, in «Ética em Cuidados de Saúde», Porto, Porto Editora, 2001.
- BEAUCHAMP, Tom L., e CHILDRESS, James F., *Princípios de Ética Biomédica* (Edição espanhola), 1.^a edição, Reimpressão, Barcelona, Masson, 2002.
- GRACIA, Diego, *La Deliberación como método de la Ética*, in «Ética: Dos Fundamentos às Práticas», 1.^a edição, Edições 70, 2016.
- GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética* (Trad. Manuel Luís Pinheiro e Vítor Coutinho), Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2008.
- KIPNIS, Kenneth, *Vulnerability in Research Subjects: A Bioethical Taxonomy*, in «National Bioethics Advisory Commission. Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participant», Volume II - Commissioned Papers, National Bioethics Advisory Commission, 2001, disponível em <http://www.aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>.
- NEVES, Maria do Céu Patrão, *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*, in «Revista Brasileira de Bioética», Vol. 2, n.º 2, 2006.
- NEVES, Maria do Céu Patrão, e OSSWALD, Walter, *Bioética Simples*, 2.^a ed. Revista e atualizada, Verbo, 2014.