

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 3 – 2015

ISSN 2340-860X



Wolters Kluwer

Cadernos de Dereito Actual
Nº 3 - 2015

EQUIPO EDITORIAL

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

Secretario: Jose Martínez Fernández. *Universidade 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*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Dávid Barczi**, *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**, *Pontifícia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia)*. **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*. **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio 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**, *Universidad de Santiago de Compostela*. **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*.

© 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

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 3 – 2015

ISSN 2340-860X



Wolters Kluwer

SUMARIO

Artículos de investigación

Os grupos de interesse e a sua intervenção nas políticas públicas: regulamentação e supervisão através do estudo do sistema dos Estados Unidos da América

Rui Miguel Zeferino Ferreira.....9

O controle penal dos fluxos migratórios e a mixofobia na União Europeia

Maiquel Ângelo & Guilherme Augusto Souza.....29

Los derechos sociales, el activismo judicial y el riesgo de rigidización ideológica

Rodrigo A. Poyanco Bugueño.....53

Natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal brasileiro – uma análise a partir do controle de constitucionalidade das leis

Camila Clarisse Romero Gomes.....77

Direito agroambiental em disputa: a presença do capital estrangeiro e a (in)efetividade de direitos socioambientais no meio rural brasileiro

Amanda Dias V. & Rubén Miranda Gonçalves.....103

A proteção ao nascituro na Constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – análise comparativa

Mónica Martínez & Eva Dias Costa.....117

La violencia y los delitos contra las personas mayores: una perspectiva luso-brasileña

Ana Sofia de Magalhães.....137

A arbitragem de investimento estrangeiro no international centre for settlement of investment disputes (ICSID)

Daniele Souza Lima Martins.....149

Dia do mar: a Guerra do Salitre e a disputa da Bolívia contra o Chile por uma saída soberana para o Oceano Pacífico

Marco Aurélio Gumieri.....163

Aspectos civis do rapto internacional de crianças: entre a Convenção de Haia e o regulamento Bruxelas II bis

Anabela Susana de Sousa.....173

Livramento condicional com efeitos retros-pectivos e outras implicações práticas

Bruno Joviniano de Santana.....187

A paradiplomacia, a governança global e o papel da cooperação para os estados subnacionais

Cristiane E. de Campos Pinto.....201

Aspectos processuais e procedimentais da Convenção da Haia sobre aspectos civis do

<i>sequestro internacional de crianças</i> Érica Guerra da S. & Fábio da Silva Veiga.....	215
<i>"Legislação concertada entre os EUA e a UE: o regulamento EMIR e a Dood-Frank act"</i> Maria Emilia Teixeira.....	237
<i>Na busca da inclusão: o Estatuto da Cidadania na jurisprudência do TJUE</i> María de Fátima de Castro T. M. P.	253
<i>Tráfico de drogas: enfrentamento e políticas públicas – um panorama de Rondônia</i> Arlen José Silva de Souza	277
<i>A participação dos entes subnacionais na construção do direito ambiental urbano</i> Douglas Predo Mateus	295
<i>Trabalho escravo e promoção de direitos humanos de imigrantes: uma análise da realidade brasileira</i> Marcos A. Ferreira A. & Francisco de A. B. J.	309
<i>Lei do feminicídio: para quem e para quê? uma abordagem constitucional</i> Misael Neto B. da F. & Luis E. L. S. Colavolpe.....	333
<i>O Estado social e os direitos sociais- um novo paradigma?</i> Maria M. Magalhães S. & Dora Resende A.	351
<i>A regulação Independente como mecanismo de garantia de efectividade do direito à saúde: a regulação da saúde em Portugal.</i> Isa Filipa António	363
<i>Subordinação e parassubordinação nas relações de trabalho contemporâneas: a configuração da relação de emprego e a garantia da universalidade dos direitos humanos</i> Flávio A. Luciano de A. & Luciana A. Machado G. da S.....	385
<i>Dimensão objetiva da segurança jurídica</i> Ana Flávia Messa.....	411
<i>A liberdade de organização sindical no Brasil</i> Luciana A. Machado G. da S & Luiz Manoel Andrade M.	435
<i>Harmonização jurídica em matéria de Direitos Humanos em Tratados de integração económica: A que ponto está o MERCOSUL?</i> Francielle Vieira Oliveira.....	455
<i>Entidades deportivas, fiscalidad del fútbol, ayudas estatales y deuda de los clubes. ¿Es viable el actual modelo?</i> Rafael Valentín-Pastrana Aguilar.....	479
<i>A proteção jurídica dos migrantes haitianos no Brasil</i> Ana Paula Teixeira Delgado.....	499
<i>Cuestiones generales sobre el Derecho de Minorías: uma visión global</i> Gabriel Martín Rodríguez.....	410

OS GRUPOS DE INTERESSE E A SUA INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: REGULAMENTAÇÃO E SUPERVISÃO ATRAVÉS DO ESTUDO DO SISTEMA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Interest groups and their intervention in public policy: regulation and supervision through the system study of the United States of America

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA¹
Universidade de Santiago de Compostela

Sumário: Introdução. 1. Os grupos de interesse e grupos pressão. 2. O *Lobby*. 3. A regulação do *lobby*. 3.1. A Solução adotada acerca da regulamentação. 3.2. A forma da regulamentação da atividade dos grupos de interesse (*lobbies*). 3.3. A problemática na fixação das bases da regulamentação da atividade de *lobby*. 4. A introdução da regulação do *Lobbying* no Brasil. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo: Os grupos de interesse são o objeto imediato do presente artigo, em que se propõe obter um conhecimento mais aprofundado, tendo em conta que do estudo da ação dos grupos de interesse sabe-se que em democracia por detrás das decisões coletivas existem jogos de conflitos de interesse, que resultam em equilíbrios da escolha pública através do sistema político, e que em muitos casos redundam em corrupção. Os modelos de prevenção e de controlo têm variado entre a institucionalização nos Estados Unidos da América e o modelo europeu de recusa e criminalização da atividade do *lobby*. O presente artigo busca ainda apresentar o funcionamento do sistema dos Estados Unidos da América, baseado no *Lobbying Disclosure Act de 1995*, no *Lobbying Transparency and Accountability Act de 2006* e no *Honest Leadership and Open Government Act de 2007*, como um modelo de regulamentação para a Europa e o Brasil.

Palavras chave: grupos de interesse; grupos de pressão; *lobby*; teoria dos grupos; institucionalismo.

Abstract: interest groups are the immediate object of this article, in which it proposes to obtain a deeper knowledge, taking into account that the study of the action of interest groups it is known that in democracy behind collective decisions there are games of conflicts of interest, that result in the public choice balances through the political system, and that in many cases redound to corruption. The models for the prevention and control have varied between the institutionalization in the United States of America and the European model of refusal and criminalization of *lobby* activity. This article seeks also to submit the functioning of the system of

¹ Doutorando em Direito na USC (Universidade de Santiago de Compostela), Mestre em Direito na área de especialização de ciências económico-jurídicas, pela FDUP (Faculdade de Direito da Universidade do Porto), zeferino.ferreira@sapo.pt

the United States of America, based on *Lobbying Disclosure Act de 1995*, no *Lobbying Transparency and Accountability Act de 2006* e no *Honest Leadership and Open Government Act de 2007*, as a regulatory model for Europe and Brazil.

Keywords: interest groups; pressure groups; lobby; Theory of groups; institutionalism.

Introdução

O Estado após a segunda guerra mundial foi construído e moldado por sistemas políticos de participação, nomeadamente por via do direito de livre associação, através do qual diferentes grupos passaram a defender os interesses dos seus associados, na tentativa de capturar o máximo de benefícios. Consequentemente é neste “jogo” de interesses que surgem os grupos de interesse, os quais estão muitas vezes associados fenómenos de corrupção e de falta de transparência.

Decorrente da organização da sociedade e do sistema político alguns dos problemas que são diagnosticáveis ao Estado são a corrupção e a falta de transparência nas decisões políticas, em muitos casos promovida pelos grupos de interesse. O sistema democrático acentuou o poder dos grupos de interesse na órbita dos partidos políticos, através dos quais procuram transmitir os custos dos seus privilégios para os outros cidadãos ou grupos, designadamente dos benefícios fiscais e sociais que recebem. Este facto tem levado a que os “jogadores” com menos poder de influência no processo democrático fiquem mais gravemente onerados. Outro dos problemas que é diagnosticável ao Estado resulta da transferência de importantes blocos de poder para os grupos de interesse, e não apenas a atribuição direta de benefícios e de vantagens, o que vem tendo como consequência o crescimento desmesurado do Estado.

O presente artigo que parte da verificação da existência de um problema estrutural de corrupção nas sociedades e nas estruturas políticas dos países ibero-americanos pretende comparar o quadro legal das soluções existentes nesse conjunto de países, designadamente no Brasil, por comparação com a legislação que regulamenta a atividade do *lobby* nos Estados Unidos da América. Esse estudo comparado parte das soluções consagradas na PL Nº 1.202/2007 e, mais recentemente, na PL 1.961/2015, por confronto com as opções de regulação assumidas há décadas pela legislação que regulamenta a atividade de *lobby* nos EUA, com o escopo de apreciar a compatibilização entre a proibição da corrupção em sentido amplo e, a proibição do *lobby* ilícito, em sentido mais estrito, face ao direito que a sociedade tem de se organizar de modo a defender os seus interesses junto do poder político e legislativo.

1. Os grupos de interesse e grupos pressão

Desde o início do século XX que os sistemas políticos vem sendo construídos com base na atuação dos grupos de interesse, sendo que esses grupos vêm intervindo em todas as áreas decisórias dos governos. Os grupos de interesses têm ao longo das últimas décadas crescido exponencialmente, o que sucede fruto da crescente complexidade da sociedade civil, dos novos problemas económicos e

políticos, do surgimento de novas atividades sociais e económicas, bem como, em resultado do surgimento de novos direitos sociais, económicos e políticos.

O campo de atuação dos grupos de interesse e de pressão está focalizado nas políticas públicas, sendo este o campo de "luta" pela obtenção de vantagens, independentemente se essas políticas públicas são de natureza redistributiva, regulatória ou distributiva. Em face disso, torna-se necessário a compreensão dos conceitos de grupo de interesses, grupo de pressão e de *lobby*, para se poder perceber o modo de funcionamento da influência que exercem sobre o processo democrático de decisão política, em particular no que se refere à pressão exercida sobre o poder legislativo, bem como o modo como se constroem os fenómenos de clientelismo político-partidário e de corrupção no sistema político.

A fixação dos conceitos de grupo de interesses e de pressão revela-se uma tarefa bastante complexa, em face da pluralidade dos termos adotados e pelos significados análogos que detêm. As teorias sobre os grupos também não são grande ajuda, pois em muitos casos limitam-se a referir *que toda a atividade política se reduz a uma luta entre grupos, sendo essa luta entre grupos ou interesses que determina os tipos de decisões que devem ser tomadas*. Portanto, é utilizado um conceito muito amplo de grupos, o que não ajuda na dogmática de conceptualização dos diferentes tipos de grupo.

Para alguns autores, como seja BENTLEY, começou-se por numa fase inicial avançar com uma definição de grupo, segundo o qual *"o grupo é uma massa de atividade, um grupo político é uma massa de atividades que tendem numa direção política comum"*². Ora, esta conceção é insuficiente quando as pessoas, as instituições e as ideias estão reduzidos a grupos, do qual resulta a produção de condutas e atuações governativas.

No seguimento do pensamento de PASQUINO³ é necessário avançar com a distinção dos conceitos de grupo de interesses, grupo de pressão e *lobbying*, bem como diferenciar os grupos de pressão e os partidos políticos.

No que se refere à construção do conceito de grupo de interesses TRUMAN avançou com uma definição em que consistiria em *"qualquer grupo que, com base em uma ou mais atitudes compartilhadas, apresenta reivindicações contra outros grupos na sociedade pelo estabelecimento, manutenção ou ampliação de formas de comportamento que são consequências daquelas atitudes"*⁴. Esta definição é insuficiente face à sua generalidade, na medida que qualquer grupo de uma sociedade poderia ser qualificado como um grupo de interesses.

Por seu lado, BERRY entende que se deve considerar como grupo de interesses o *"corpo organizado de indivíduos que compartilham os mesmos*

² BENTLEY, Arthur F., in *"The Process of Government: A Study of Social Pressures"*, New Brunswick, Transaction Publisher, 1994.

³ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *"Dicionário de Política"*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed.

⁴ Na versão original do autor: *'interest group' refers to any group that, on the basis of one or more shared attitudes, makes certain claims upon other groups in society for the establishment, maintenance, or enhancement of forms of behavior that are implied by the shared attitudes* - TRUMAN, David B., in *"The Governmental Process"*, New York, Knopf, 1951, p. 33.

*objetivos e que tentam influenciar as políticas públicas*⁵, com vista a satisfazer interesses estreitos ou específicos, por regra, de natureza económica e financeira. Neste sentido, também BROWNE avança com três características para definir o conceito: *"One, they voluntarily bring together members and supporters, or joiners. Two, these joiners share a common characteristic that differentiates them from others. Three, the group's purpose is to represent issues of public policy that fit the joiner's common concerns. That's their interest. Without all of the three, whatever na organization is, it isn't an interest group"*⁶. Assim, não devem ser tidos como grupos de interesse as entidades que não organizem os seus membros em torno de políticas, nem levem políticas aos seus membros, nem pretendam mobilizá-los para exercer pressão política. Logo, é necessário que esteja em causa um interesse político relevante.

Quanto aos grupos de pressão, TRUMAN considera tratarem-se de um sinónimo de grupos de interesse político, com uma determinada organização formal, mas com o objetivo de desenvolver uma ação específica de pressão. Isto é, o desenvolvimento de uma atividade de pressão, por um conjunto de indivíduos com objetivos comuns, através da utilização da ameaça como forma de influenciar as decisões políticas. A diferença face ao grupo de interesses decorre assim de estar relacionada com o recurso a comportamentos negativos (ameaças, punições) ou positivos (prémios). Em suma, os grupos de pressão correspondem a grupos de interesse que exercem pressão.

Por seu lado, KEY utiliza um conceito semelhante ao de grupo de interesses, referindo que: *"In the give-and-take between government and governed, the formal apparatus of government may be supplemented by a system of private associations, which, in the United States, are called pressure groups. These associations may perform a representative function by communicating the wishes of their members to public authorities; or they may bring 'pressure' to bear upon the government. The same groups may be consulted by government. They may even exercise forms or private authority which differ little from governmental authority. At times their influence on the actions of formal government may be so potent that they in fact control the exercise of public authority. In other instances they may perform creative functions in the contrivance of proposals for public policy. Pressure groups may be in alliance with a political party, and they often seek to influence the outcome of elections"*⁷.

No campo dos conceitos a doutrina da ciência política apresenta grandes divergências, existindo vários autores que propõem outras designações para os diferentes grupos. Por exemplo, LOWERY e BRASHER⁸ utilizam o conceito (expressão) de *"interesses organizados"*, onde, por um lado, consideram existir os *membership groups* constituídos por pessoas físicas e as *associations* que têm

⁵ BERRY, Jeffrey M., in *"The interest group society"*, Boston, Scott, Foresman/Little Brown Series in Political Science, 1989, 2nd edition, p. 4.

⁶ BROWNE, William P., in *"Groups, Interests and U.S. Public Policy"*, Washington, Georgetown University Press, 1998, p. 13.

⁷ KEY, V. O., in *"Politics, Parties & Pressure Groups"*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 5th ed., 1964, p.11.

⁸ LOWERY, David; BRASHER, Holly, in *"Organized Interests and American Government"*, New York, McGraw-Hill, 2004.

instituições como membros e, por outro, os *sociais movements*, que corresponderiam a agrupamentos com uma menor organização, que representariam interesses tradicionalmente mais fracos.

De forma mais adequada, por compreender uma definição ampla, THOMAS avança com uma definição em que *"grupo de interesse é uma associação de indivíduos ou organizações ou uma instituição pública ou privada que, com base em um ou mais preocupação ou interesse compartilhado, tenta influenciar a política pública a seu favor"*⁹.

Na europa, autores como PAULO TRIGO PEREIRA defendem a existência de grupos latentes ou grupos potenciais, os quais abrangem os interesses com incidência política não formalmente organizados, mas que se encontram largamente difundidos na sociedade, avançando com a distinção conceptual de grupo de pressão e de interesses nos seguintes termos: *"genericamente podemos dizer que, num dado momento, os grupos de pressão são um subconjunto dos grupos de interesse que visam pressionar uma qualquer instância do poder político (...) a alterar as suas políticas num sentido favorável ao grupo ou a mantê-las caso elas já sejam favoráveis ao interesse do grupo. Neste sentido as actividades dos grupos de pressão passam sempre pela sua relação com entidades públicas. Isto já não acontece necessariamente com um grupo de interesse que pode prosseguir o seu interesse de forma completamente à margem do poder político, caso a acção não vise alterar políticas públicas e caso o seu financiamento não dependa (no todo ou em parte) de organismos públicos"*¹⁰.

Na apreciação dos grupos de pressão deve ainda observar-se como os distinguir dos partidos políticos, o que deve partir da constatação que os primeiros não têm objetivos gerais, mas antes têm uma função muito concreta e específica nas áreas em que pretendem influenciar e exercer pressão. Logo, os grupos de pressão ao contrário dos partidos políticos *não objetivam conquistar o poder geral de governar*. Por seu lado, PASQUINO avança com a existência de três funções exclusivas dos partidos políticos – *"competição eleitoral; gestão direta do poder; expressão democrática"*¹¹.

A esse propósito, o mencionado autor refere que os *"grupos organizados que, embora tendo, em mira influenciar sobre a distribuição dos recursos numa sociedade, seja para mantê-la sem alteração, seja para introduzir mudanças em seu favor, não participam diretamente no processo eleitoral e, por isso mesmo, não estão interessados em gerir in próprio o poder político, e, sim, em aproximar-se dele com facilidade e frequência e a influenciar as opções"*¹².

⁹ THOMAS, Clive (ed.), in *"Research Guide to U.S. and International Interest Groups"*, Westport, Praeger, 2004, p. 4.

¹⁰ PEREIRA, Paulo Trigo, in *"Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado, A Reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas, Actas do 1 Encontro Nacional de Ciência Política"*, Lisboa, Editorial Bizâncio/Instituto Superior de Economia e Gestão – Universidade Técnica de Lisboa, 2001, disponível em <http://pascal.iseg.ulisboa.pt/~ppereira/docs/GruposPressao5.pdf>, acedido em outubro de 2015.

¹¹ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *"Dicionário de Política"*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed.

¹² BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *"Dicionário de Política"*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed., p. 565.

Em suma, os grupos de interesse são um subnível maior dentro dos grupos latentes ou potenciais, os grupos de pressão um subnível dentro dos grupos de interesses e, por fim, os *lobbies* são um subnível de grupos de pressão, com a característica específica de instrumentalizarem recursos de poder em busca de influência, mas sem se tornarem partidos políticos, apenas girando na órbita destes. Os grupos de interesse e os grupos de pressão podem ser vistos como grupos de interesses organizados, pelo que podem em certa medida serem utilizados como sinónimos. Neste sentido, LUIZ ALBERTO DOS SANTOS refere que correspondem a “[...] associações de indivíduos ou organizações ou as instituições públicas ou privadas com base em um ou mais interesses compartilhados que, sem objetivar o exercício do poder através do processo eleitoral, buscam influenciar as políticas públicas a seu favor”¹³.

2. O Lobby

A construção do conceito de *lobby* não é muito fácil, quando muitas vezes de utiliza os termos *lobby* e grupos de interesse como querendo significar a mesma coisa, o que é resultado da falta de consenso sobre o conceito de grupo de interesses acima desenvolvido. Deste modo, com a intenção de proceder à distinção utiliza-se o termo para efeitos da definição legal da atividade a que está associada.

Neste sentido, a legislação dos EUA define a atividade de *lobby* como todo o contacto que vise dar suporte a defesa de interesses, enquanto qualquer forma de comunicação escrita a um membro do poder político, quer executivo quer legislativo, feita em nome de um cliente com a intenção de formular, modificar ou adotar legislação, programas de políticas políticas, obtenção de benefícios fiscais, financeiros ou económicos, licenças ou uma simples nomeação. Esta definição bastante ampla decorre por dois motivos, em primeiro lugar, resulta da necessidade de obviar às limitações constitucionais que uma tal lei tem subjacente e, em segundo, porque sendo ampla torna-se possível englobar um número mais abrangente de atividades de *lobby*.

Os autores que adotam uma definição legal desse tipo limitam-se a estudar apenas a ação dos grupos de interesse que a lei requer que se registem, excluindo todos os outros, o que implica a exclusão de importantes grupos e organizações, como é o caso dos grupos que representam o próprio governo. Em causa estão sobretudo as agências governamentais de nível regional ou local, que não estão obrigadas a registar-se. Como adverte THOMAS¹⁴ um conceito muito amplo torna o conceito pouco preciso, mas sendo muito restrito pode excluir muitos interesses.

O conceito de *lobby* levanta ainda a questão de saber qual o sistema de representação de interesses mais propício ao exercício da atividade de *lobby*, isto é, se essa atividade é exclusiva dos sistemas pluralistas ou se é possível ser

¹³ SANTOS, Luiz Alberto dos, in “Regulamentação das actividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil”, tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007, disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1483>, acedido em outubro de 2015.

¹⁴ THOMAS, Clive (ed.), in “Research Guide to U.S. and International Interest Groups”, Westport, Praeger, 2004.

desenvolvida em sistemas corporativistas, quando nestes últimos os interesses não estão em competição, em consequência de haver organizações que detêm o monopólio da representação dos interesses. Acresce que num sistema corporativo o Estado desempenha um papel fulcral, já que as organizações corporativas encontram-se numa relação de hierarquia, em que aquelas que não são criadas pelo próprio Estado necessitam de ser por si reconhecidas e licenciadas.

Ao invés, nos sistemas pluralistas existe liberdade de competição entre os grupos e as organizações, pela representação dos mais diversos interesses. Na realidade a sociedade pluralista constitui um grande grupo, no seio do qual existe uma complexidade de grupos, no âmbito do qual cada pessoa pode, em simultâneo, pertencer a vários.

Os grupos são utilizados como um instrumento para a maximização das vantagens e dos benefícios individuais. Isto é, como um meio de obter o máximo de felicidade para o maior número de indivíduos possível, sendo que o funcionamento da sociedade é o resultado desse processo conflituoso de relação entre grupos. Consequentemente, os grupos são os protagonistas, resultando as decisões políticas da competição que se estabelece entre eles, pelo que a atividade de *lobby* é uma característica típica dos sistemas pluralistas. Aliás, seguindo o pensamento liberal a atividade dos *lobbies* constitui um instrumento que aumenta a competitividade ao nível da representação política, da qual deverão resultar as melhores opções políticas, bem como os necessários equilíbrios entre os diferentes interesses conflitantes.

Efetivamente estaremos perante aquilo que podemos designar por mercado de interesses, do qual resultará um equilíbrio promovido pela intervenção dos vários agentes, tal como sucede no mercado de produtos e bens, entre os agentes da oferta e da procura, permitindo que cada agente e grupo esteja em condições de livremente poder agir na defesa dos seus valores e interesses. Neste sentido, não deve caber ao Estado determinar em que sentido e com que objetivos as pessoas e a sociedade se devem desenvolver, o que corresponde a uma característica dos Estados corporativistas, mas não das democracias participativas, ainda que tal aspeto não apresente grande relevância quando se verifica que tanto países com sistemas políticos de representação de interesses corporativistas (Alemanha e França), como sistemas ditos pluralistas (EUA e Canadá), regulamentaram a atividade dos *lobbies* como concluem CHARI e MURPHY¹⁵.

O *lobby* deve ser entendido como a defesa dos interesses junto dos membros do poder público, com o objetivo de influenciar e obter benefícios nas decisões políticas referentes às diferentes políticas públicas. Deste modo, o *lobby* centra a sua atuação no momento prévio à tomada das decisões políticas. Isto é, a sua atividade desenvolve-se nas etapas que antecedem a decisão política final, quer ocorra no âmbito do poder executivo, quer no poder legislativo.

¹⁵ CHARI, R. & HOGAN, J. & MURPHY, G., *Regulating lobbying: a global comparison*, Manchester University Press, 2010, que salientam que de uma forma geral, países que apresentam democracias pluralistas tem conseguido construir sistemas de regulamentação de *lobby* mais fortes, como é o caso de EUA e Canadá. Até 2011, Alemanha, Austrália, Canadá, EUA, União Europeia (Parlamento Europeu), Hungria, Lituânia, Polónia, Peru, França, Eslovênia, Israel e Taiwan possuíam legislação específica para regulamentação do *lobby*.

Neste sentido, haverá que concluir que a atividade de *lobby* é possível de existir face ao ordenamento jurídico brasileiro, designadamente quando se observa os direitos expressos no artigo 5.º da Constituição Federal, tal como sucede com os países que se apresentam como democracias pluralistas, como são os casos dos EUA e do Canadá.

Na realidade, quando se aprecia a atividade de *lobby* não se pode ignorar a existência de práticas ilegais, que redundam em fenómenos de corrupção, mas não se pode negar a existência de contribuições positivas decorrente dessa atividade. A apreciação da sua atividade deve partir de um ponto de vista que seja neutro e isento de juízos preconcebidos. Assim, a atividade dos *lobbies* tanto pode corresponder a comportamentos ilícitos como pode também corresponder a comportamentos que terão de ser tidos como lícitos. Isto é, quando por força da sua atuação obtiverem, para si ou para outros, vantagens nas políticas públicas, por meio de coação ou recompensas financeiras ilegais, a sua atuação será ilegal, consubstanciando um comportamento que deverá ser punido do ponto de vista criminal como corrupção ativa e tráfico de influências. Porém, fora dessas circunstâncias a atividade de *lobby* é lícita, enquanto instrumento que está ao dispor da sociedade para a promoção dos seus interesses, a qual representa um fator de aumento do grau de participação política dos cidadãos, de aumento da democratização do sistema político e de promoção do fortalecimento do sistema democrático.

Em face disto, se é verdade que o *lobby* ilícito deve ser combatido e criminalizado, não é possível desconsiderar os benefícios desta atividade, nomeadamente, quando gera um aumento das informações disponíveis relativamente às decisões políticas adotadas, uma maior transparência do processo político executivo e legislativo, uma visão mais completa sobre os problemas da sociedade e, bem assim, permite assegurar uma maior proximidade entre as preferências dos cidadãos e dos grupos face ao resultado final da decisão política adotada. Daqui resulta uma maior legitimidade das decisões governativas, resultante da participação mais intensa dos diferentes grupos existentes na sociedade.

Consequentemente, a regulamentação desta atividade apresenta-se como uma das soluções, embora não a única, para superar os problemas que a mesma gera, sem que implique a inviabilização das vantagens que decorrem para o processo de escolha das melhores políticas públicas. Os países que avançaram com a sua regulamentação tiveram como escopo a promoção do interesse público e o aumento da transparência sobre o processo de decisão política.

No Brasil, o ordenamento jurídico é ainda incompleto, insuficiente e disperso, merecendo as suas características um exame mais detalhado, com vista ao seu aperfeiçoamento. Deste modo, parte-se da perspetiva institucionalista, segundo a qual as leis são instituições de extrema validade, que disciplinam as formas de relacionamento da sociedade e que regulam o sistema de trocas nela existente. A experiência internacional, nomeadamente dos EUA, Canadá, Alemanha e França demonstra a importância crescente dos *lobbies* junto do poder executivo e legislativo. O *lobby* resulta assim da própria ideia de democracia, possibilitando que, com transparência, os grupos de interesse possam atuar organizadamente junto dos poderes executivo e legislativo.

3. A regulação do *lobby*

Neste âmbito, a primeira questão que se coloca é, desde logo, saber do ponto de vista da ciência política, como referem JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL, se *"para o bom funcionamento do sistema político, é necessária, ou conveniente, que a ação dos chamados lobbies seja juridicamente regulada"*¹⁶. A segunda questão que se coloca, deriva da questão jurídica de saber se a regulação dessa atividade resulta de uma exigência ou, se ao invés, deve ser tolerada ou proibida.

As duas questões enunciadas implicam como referem JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL considerar os diferentes sistemas constitucionais vigentes em cada Estado, pois o direito político está por natureza consagrado e expresso na Constituição. No que respeita à necessidade (ou obrigação) de existir uma regulamentação da atividade dos *lobbies*, esses mesmos autores trazem à colação a existência de duas teses opostas, a que defende que tais atividades são ilegítimas e a que defende a legitimidade das atividades de *lobby*.

No estágio atual do pensamento jurídico-constitucional e, bem assim, da ciência política, será de afastar a tese que defendeu a existência de uma inultrapassável e irreconciliável relação entre a realidade dos grupos de interesse e o conteúdo do princípio democrático expresso nas mais variadas constituições nacionais. Ainda que se deva reconhecer que os grupos de interesse surgiram num momento histórico posterior à construção do princípio democrático, dessa constatação não decorre que esse "novo" fenómeno não tenha enquadramento dentro desse princípio constitucional. Na realidade, os princípios constitucionais não correspondem a normas fechadas, muito pelo contrário, correspondem a normas sujeitas e sensíveis à evolução da sociedade e do mundo e, portanto, existe compatibilidade entre a atuação dos grupos de interesse, grupos de pressão e os *lobbies* com o princípio democrático¹⁷.

Na realidade, o princípio democrático não termina com a simples enunciação do princípio de soberania popular, pois como referem JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL *"o povo soberano nunca fala através de uma voz única. A sua voz só se pode exprimir por via de representações plurais do que sejam ou devam ser o interesse público, o que sejam ou devam ser as formas e os fins da ação coletiva. Tais representações plurais só podem nascer na ação livre da sociedade. Não há, por isso, princípio democrático sem pluralismo, como não há pluralismo sem distinção entre esfera de ação estadual e esfera de ação social"*¹⁸. Portanto, esse princípio de soberania está ligado a outro decorrente da distinção entre a esfera da ação plural, múltipla e livre da sociedade e a esfera de ação una, regulada e pública do Estado.

Neste sentido, os grupos de interesse têm uma importante função na relação entre a sociedade e o Estado, fazendo valer os interesses das várias forças da

¹⁶ CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in "Grupos de Interesses", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 24.

¹⁷ Como referem JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL não se aceita que resulte *"uma incompatibilidade atávica entre os valores herdados do mundo do iluminismo e as práticas que nos são contemporâneas"* - CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in "Grupos de Interesses", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 33.

¹⁸ CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in "Grupos de Interesses", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 34.

sociedade, através da utilização de um contexto comunicativo com o Estado. Os grupos de interesse são utilizados como um veículo de comunicação entre a sociedade e o Estado, uma vez que como afirma LUÍZ ALBERTO SANTOS “as comunicações das pretensões individuais ao todo coletivo deixam de poder ser feitas através de ações pessoais não organizadas para ser feitas através de grupos ou de ações coletivas”¹⁹. Portanto, conforme afirmam JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL “não há Estado de Direito democrático sem a sua existência”²⁰, pelo que cabe aos grupos de interesse transmitir ao Estado as aspirações e as mensagens privadas de interesses concretos de cidadãos, que se organizam para esse efeito.

Posto isto, dever-se-á concluir pela legitimidade da regulação da atividade de *lobby*, a qual se apresenta como possível, ainda que não seja obrigatória, mas mostra-se necessária para combater a corrupção e o clientelismo político-partidário.

3.1. A Solução adotada acerca da regulamentação

Em sede do direito constitucional brasileiro e, bem assim, de todos os demais regimes constitucionais que encontrem justificação em princípios semelhantes, a proibição genérica das atividades dos grupos de interesse não encontra justificação legal, o que seria inclusivamente uma solução que seria inconstitucional, entre outros, pela violação do princípio democrático. Como referem com razão JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL “Se os lobbies e seus interesses não são coisas de per si ilegítimas, contrárias ao princípio democrático, não se vê como sua manifestação poderá ser tida por atividade ilícita, contrária ao Direito e por ele negativamente valorada”²¹.

Neste sentido, os EUA seguindo esse princípio democrático admitem as atividades de *lobbying*, sujeitando ao nível federal os seus profissionais a uma regulação específica, a qual implica a divulgação desses profissionais, a elaboração de relatórios e a publicidade sobre as suas atuações, o que permite tornar o sistema mais transparente²².

Por outro lado, torna-se evidente que não existe a obrigação dos Estados regulamentarem a atividade dos grupos de interesse (e da atividade de *lobby*), como sucede em alguns países da União Europeia, do qual é exemplo Portugal, que não detém nenhuma regulamentação desta atividade²³. Na generalidade dos casos

¹⁹ SANTOS, Luiz Alberto dos, in “Regulamentação das actividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil”, tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007, disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1483>, acedido em outubro de 2015.

²⁰ CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in “Grupos de Interesses”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 35.

²¹ CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in “Grupos de Interesses”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 35.

²² Neste sentido veja-se MASKELL, Jack, in “Lobbying Law and Ethics Rules Changes in the 110th Congress”, CRS Report for Congress, September 7, 2007.

²³ A atual coligação de governo e vencedora das últimas eleições legislativas pretende na próxima legislativa fazer aprovar a primeira legislação sobre a regulação da atividade de *lobby*.

trata-se de Estados de Direito, democráticos, em que as suas constituições não preveem expressamente a necessidade de estabelecer a regulação da atividade dos grupos de interesse como condição para a sua existência.

No que respeita à Constituição Federal brasileira, onde existem bastantes normas de natureza meramente programática e, que, por isso, estão dependentes de legislação ordinária para a sua regulamentação, a atividade de representação de interesses, decorrente do direito de associação e de petição não se encontra condicionada à existência de legislação sobre a regulação da atividade dos grupos de interesse. Contudo, também não existe nenhum obstáculo constitucional a essa regulamentação, sendo de difícil compreensão que o PL 1.202/2007 esteja há mais de 8 anos em discussão.

Em suma, trata-se de uma hipótese que deve ser exercida pelo legislador com uma ampla margem de discricionariedade, mas balizado, por um lado, pelo princípio democrático e, por outro, pelos princípios da liberdade de associação e de petição. Logo, do ponto de vista jurídico a regulamentação é admitida ou meramente tolerada, mas não se deve esquecer a necessidade de levar em consideração o interesse público, o qual implica a formulação de juízos de cariz político. Nesse contexto, a regulamentação deverá ser vista como fundamental para assegurar o bom funcionamento do sistema político, pois é necessário nas palavras de JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL combater o "*efeito desagregador nos processos de decisão política*"²⁴, derivado da atuação dos grupos e do seu egoísmo de interesses. Ademais, no pensamento expresso por MADISON²⁵ estaria a regulamentação justificada pela necessidade de coordenação dos interesses em confronto.

3.2. A forma da regulamentação da atividade dos grupos de interesse (*lobbies*)

No que se refere à forma como deve ser concretizada a regulamentação da atividade dos grupos de interesses, esta pode ser variada, mas existem essencialmente duas formas: (i) A integração dos grupos de interesse em órgãos associados ao parlamento e ao governo, de modo a intervirem no processo de decisão política, como é o caso dos conselhos consultivos ou deliberativos de políticas públicas; (ii) A limitação da ação dos grupos de interesse (ou *lobbies*), através do estabelecimento de condições para o exercício da atividade de *lobby*.

A primeira forma tem sido adotada especialmente pelos países europeus, nomeadamente através da criação de conselhos económicos e sociais, que atuam junto do parlamento ou do governo, mas que ao contrário da atividade de *lobby* não têm uma função de influenciar as decisões políticas, mas antes uma função de conciliar interesses. A segunda forma implica a existência de registos obrigatórios das atividades de *lobby* e uma disciplina penal da atividade. Esta segunda forma é possível encontrar-se nos EUA, ainda que existam também no seu sistema político formas de participação semelhantes aos órgãos consultivos, como os *Federal Advisory Committees*.

²⁴ CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in "Grupos de Interesses", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999, p. 37.

²⁵ MADISON, James, "O Federalista nº 10", in JEFFERSON, Thomas et alii. "Escritos Políticos", Col. Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 2ª Ed., 1979.

Porém, como referem JOÃO CAUPERS e MARIA LÚCIA AMARAL, a existência de uma regulamentação específica da atividade é uma característica típica do sistema dos EUA. No espaço europeu começa a existir uma tendência crescente para a adoção de regulamentação dessa atividade, depois de inicialmente a União Europeia ter optado por estabelecer um sistema de credenciamento e um Código de Conduta para a atuação dos *lobbies* no Parlamento Europeu²⁶.

3.3. A problemática na fixação das bases da regulamentação da atividade de lobby

A regulamentação base a adotar para a atividade dos grupos de interesses não se apresenta de fácil resposta, pois as democracias participativas têm sido incapazes de compatibilizar a necessidade de controlar o exercício do poder, para evitar abusos, com o direito de participação social e política dos cidadãos e, ainda, com o seu direito de livre associação. Isto é, como questiona ANDRÉA CRISTINA OLIVEIRA GOZETTO «*é possível conter o poder e, ao mesmo tempo, permitir que o seu exercício seja eficaz na implementação de decisões coletivas, por procedimento reconhecido como legítimo?*»²⁷. Efetivamente trata-se de um paradoxo resultante do sistema democrático, no qual existe uma grande dificuldade em fixar os limites da atuação dos diferentes agentes.

Há muito que a legislação dos EUA reconhece que a atividade de lobby tem um papel fundamental na dinâmica da democracia participativa, representando uma outra vertente do poder. Deste modo, estes grupos de interesse tendem a pretender obter para os seus membros um conjunto de vantagens, o que é lícito enquanto for respeitado um determinado nível de legalidade. Porém, muitas vezes a atuação de certos grupos de interesses, que formalmente defendem interesses lícitos, acabam por adotar formas de atuação ilícitas, as quais redundam em fenómenos de corrupção.

A questão não se centra apenas na ilicitude de certos comportamentos, que é criminalizada pelas diferentes legislações nacionais. Além disso, reveste-se de natureza ainda mais complexa a apreciação dos limites que se colocam à liberdade de associação e de atuação política, quando se tenta proceder à regulamentação da atividade dos grupos de interesse.

A necessidade de regulamentação da atividade desenvolvida pelos mais variados grupos de interesse decorre na grande maioria das situações da constatação da existência de fenómenos graves de corrupção, através da qual se pretende obter um maior grau de transparência nas decisões parlamentares e governamentais. Desse objetivo parece resultar não apenas uma tentativa de

²⁶ MALONE, Margaret M., in "Regulation of Lobbyists in Developed Countries", Institute of Public Administration, Dublin, IPA, 2004, disponível em <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,2048,en.pdf>, acedido em outubro de 2015.

²⁷ GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira, in "Instituições de Controle em perspectiva comparada: a regulamentação do lobby nos EUA e Brasil", 36.º Encontro Anual da ANPOCS, GT12-Estudos sobre Estados Unidos, 1.ª Sessão: Sociedade, Cultura, e Política Doméstica. Águas de Lindóia, SP, 21 a 25 outubro de 2012, disponível em http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7971&Itemid=76, acedido em outubro de 2015.

eliminar ou minimizar o fenómeno da corrupção política, mas, também, tornar público e, como tal transparente, os interesses que estão subjacentes a cada decisão e a cada proposta.

No Brasil, as propostas de regulamentação existentes e, ainda, não aprovadas, apesar de referirem na sua fundamentação o objetivo de obtenção de um maior grau de transparência nas decisões políticas, deixa de fora questões que necessitam de ser acauteladas. Pois, se nos EUA o *lobby* se encontra há muito tempo institucionalizado, sendo socialmente aceite como um processo normal a que está sujeito o processo de decisão política, em países sem essa cultura como sucede com o Brasil e, em alguns países da Europa, a atividade *per se* é vista como sendo ilícita e, conseqüentemente, aqueles que se identificam como “lobistas” são tratados como criminosos ou corruptos. Por exemplo, a PL 1.202/2007 não acautela esta questão, uma vez que se limita a ser um instrumento de combate à corrupção.

4. A introdução da regulação do *lobbying* no Brasil

O processo de institucionalização dos grupos de interesses, no interior da sociedade brasileira, acarretará o advento da poliarquia plena, cuja concretização plena no nível superior da organização política implicará o advento de uma “nova” estratégia de modernização de todo o sistema político, o que na atualidade continua a constituir uma miragem, pois a democratização plena do Brasil e das suas instituições ainda está por concretizar.

Neste contexto, pode-se afirmar que o Brasil não tem um sistema corporativo, mas o seu sistema também não corresponde a um sistema pluralista, pelo que o mesmo corresponderá a um “pluralismo limitado”, decorrente da atuação dos grupos de interesse estar em grande medida dependente da vontade do Estado. Além disso, o atual sistema padece de uma crescente falta de transparência, sendo corrente a existência de fenómenos de corrupção institucionalizada. Contudo, não se pode negar os avanços que foram dados nas últimas décadas com a crescente ampliação da participação de grupos sociais e da sua influência na definição das políticas públicas. Ora, essa participação como refere CHARLES TILLY²⁸ é uma característica essencial da democracia, na sua vertente das relações entre o Estado e os cidadãos, onde deverá existir a possibilidade destes últimos manifestarem de forma ampla, igualitária e protegida a sua posição sobre as políticas públicas que devem ser seguidas pelo Estado. Logo, a existência de instituições como a regulamentação do *lobby*, que tenham como objetivo a promoção da participação dos diferentes grupos da sociedade com vista à definição de tais políticas, está diretamente associada ao processo de democratização do sistema político. Pois, tal como resulta da experiência americana, os burocratas devem ser sensíveis à sociedade e aos seus grupos de interesse (em sentido amplo), e não apenas aos dirigentes políticos. Além disso, a experiência de mais de 50 anos dos EUA mostra a necessidade de tornar transparente e controlável o sistema político e administrativo dos Estados. Esta questão corresponde a um dos problemas mais complexos nos países em desenvolvimento, em resultado da insignificância, senão nulidade, dos grupos representativos dos interesses da sociedade, que são verdadeiros reféns do poder político e das estruturas partidárias.

²⁸ TILLY, Charles, in “*Democracy*”, New York, Cambridge University Press, 2007.

As leis da atividade de *lobby* devem ser entendidas como a edificação de instituições, que contribuem para o aumento da informação disponível sobre o processo de decisão política, com o consequente aumento da transparência e da redução dos custos de transacção. Ademais, uma tal regulamentação ajudaria a perceber quais os recursos e a representatividade de cada grupo. Acresce que essas leis permitem em teoria avaliar a credibilidade das propostas e dos desejos dos *lobbies*.

Por outro lado, é possível constatar que o Brasil teve um acordar tardio para estas questões, nomeadamente, para o desenvolvimento de uma sociedade pluralista ou semi-pluralista ("pluralismo limitado"), o que permitiu o desenvolvimento da corrupção e de relações de clientelismo político-partidário. Este facto permite que se conclua pela urgência na implementação de uma regulação da atividade de *lobby*, face a um sistema que nem é verdadeiramente pluralista nem corporativista. Além disso, o crescente intervencionismo social na sociedade brasileira torna cada vez mais premente a referida regulação, como instrumento de transparência, de supervisão e de controlo das atividades desenvolvidas.

Devemos concluir que os sistemas políticos democráticos necessitam dessa regulamentação, como instrumento de gestão, de supervisão e de controlo das relações que se estabelecem entre os grupos de interesse e de pressão, e os políticos e agentes administrativos, na formação das decisões políticas. Como essas entidades tentam condicionar e influenciar as políticas públicas do Estado, torna-se fundamental estabelecer regras comportamentais de atuação, de modo a que os processos de decisão política se tornem conhecidos e transparentes. Por exemplo, autores como DOWNS²⁹ entendem que os *lobbies* são um pré-requisito da democracia, decorrente da necessidade de existirem entidades intermédias entre o Estado (Governo ou Assembleia) e os cidadãos, enquanto mediadores dos diferentes interesses em confronto.

A partir do exame da experiência americana e dos inúmeros aportes teóricos, é possível concluir que a regulamentação da atividade de *lobby* é um instrumento capaz de contribuir para equilibrar e relativizar a desproporção existente ao nível da informação disponível nos diferentes extratos sociais.

A necessidade dos *lobbies* é também reconhecida pela OCDE, para quem o *lobby* é uma necessidade associada ao governo moderno, decorrente da cada vez maior complexidade que as decisões políticas acarretam. Existe hoje a necessidade do cidadão comum recorrer à intervenção de grupos de interesse, em sentido amplo do termo, para que assumam um papel de intermediários no processo democrático de decisão.

A OCDE refere igualmente que a regulação da atividade de *lobby* é consequência do fenómeno da globalização, que dificulta nos dias de hoje as relações entre os grupos de interesse e os Estados. Essa globalização, bem como a necessidade de garantir a transparência e a integridade dos comportamentos dos agentes políticos vem conduzindo os Estados a implementar sistemas de registo de lobistas e a estabelecer padrões de atuação para essas atividades, especialmente em relação aos objetivos das atividades, à identificação dos seus beneficiários, dos funcionários e das instituições sobre os quais atuam.

²⁹ DOWNS, Anthony, in "An Economic Theory of Political Action in a Democracy", The Journal of Political Economy, Vol. 65, nº. 2., Apr., 1957.

No Brasil existe um elemento adicional que justifica a regulação da atividade de *lobby*, bem como especiais cuidados na sua implementação. Tal elemento decorre da grande multiplicidade de partidos políticos, que tem o efeito nefasto de permitir que estes tenham uma atuação enquanto grupos de interesse ou que tenham uma atuação mais próxima deles. Daqui resulta um nível de influência excessivo da sua parte, bem como um entrave à própria implementação da regulamentação da atividade de *lobby*, ao contrário do que sucede nos países com sistemas políticos bipartidários.

Conclusões

Em face dos argumentos apresentados será de admitir que existe uma relação direta entre a regulamentação da atividade de *lobby* e o aumento da informação disponível acerca das decisões políticas, a transparência dessas mesmas decisões e a eficiência das políticas públicas adotadas no seguimento dessa interação dialogante e controlada do Estado com os grupos de interesse e de pressão.

Neste sentido, parece curial afirmar que os mesmos efeitos poderiam ser obtidos no sistema político brasileiro, em particular no que respeita à corrupção reinante no sistema partidário, pelo que se acredita que uma tal legislação teria bastante aceitação social, sem prejuízo dos projetos de legislação não acautelarem o estigma social contrário ao desenvolvimento da atividade de *lobby*. Igualmente será de concluir pela existência de vantagens económicas, decorrentes da potencial redução dos custos de transação, à medida que as instituições passam a ter de disponibilizar informação relevante, sem esquecer que promovendo a diminuição da corrupção também se ganha desse ponto de vista, nas políticas públicas que sejam adotadas, mais económicas e eficientes.

No que se refere ao funcionamento do sistema democrático, a regulamentação da atividade de *lobby* introduz um contributo significativo para o aperfeiçoamento institucional. Em face do estudo comparativo da realidade brasileira com a americana, tendo em conta as semelhanças e as diferenças de ambos os sistemas políticos, é possível afirmar que a implementação dessa regulamentação teria o efeito de reduzir a corrupção e de aumentar a transparência, sem impedir a atuação dos grupos de interesse com menor peso económico. Ainda assim, não se deve desconsiderar que o elevado nível de corrupção e de clientelismo político-partidário poderá representar uma dificuldade adicional nos efeitos que se julga que poderiam advir da normatização da atividade de *lobby*, pelo que este ponto deve merecer as devidas cautelas por parte do legislador brasileiro, no sentido de promover uma efetiva aplicação dessa regulamentação, criando os necessários instrumentos para evitar a vulnerabilidade do sistema brasileiro.

Na realidade, não é despicienda a consideração dos efeitos negativos que poderão advir da ausência de cultura política, ainda pouco favorável ao controlo rigoroso do exercício das atividades de *lobby*, o que tem levado a que os projetos existentes correspondam a sistemas de baixa regulação. Também, não se deve esquecer que o facto da constituição brasileira ser bastante rígida, quando comparada por exemplo com a constituição americana, torna mais difícil a implementação de uma regulamentação “forte” da atividade de *lobby*. Ora, apesar de estar prevista na constituição brasileira a incompatibilidade da conduta

parlamentar com situações que dão margem a conflitos de interesse, como *"firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes"* e *"ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada"*, não existe um impedimento aplicável aos titulares de cargo no parlamento que, simultaneamente, ao exercício do mandato, sejam dirigentes de representações empresariais ou corporativas, e atuem como lobistas dessas instituições, desde que não recebam *"vantagens indevidas"*.

No que concerne ao detalhe que implicaria a obrigação de registo dos lobistas e dos gastos em que incorreriam, surge uma dificuldade adicional de implementação desses requisitos, pelo que se defende a opção por uma implementação legislativa faseada, nos termos propostos por CHARI e MURPHY³⁰, de modo a que no final se possa obter nas palavras destes autores um sistema com a transparência máxima – *"Regulation should be something that gives all stakeholders confidence in the system in that context in must be kept simple innitially and no overburden lobbyists in the firs place with legislation"*³¹.

Do ponto de vista da estruturação das instituições governativas brasileiras, não se pode esquecer os efeitos que podem advir da carência de quadros qualificados, da descontinuidade administrativa, do clientelismo político-partidário nas nomeações para os cargos político-administrativos e da fragmentação do Estado. Assim, a burocracia brasileira apesar de ter registado avanços do ponto de vista organizativo mantém ainda características típicas do Estado burocrático-autoritário e das formas corporativistas de representação de interesses. Esta circunstância tem reflexos na forma como se desenvolve o processo de decisão política, de onde resulta uma enorme dificuldade de acesso à informação, por décadas de uma cultura de privilégios, assente num secretismo com o escopo de preservar e garantir a assimetria de informação no âmbito da escolha das políticas públicas.

As relações dos agentes públicos com os grupos de interesse e de pressão ocorrem no sistema brasileiro de forma muito pouco transparente e não-regulamentada, pelo que se torna premente a implementação de uma "forte" regulamentação, ainda que se admita a sua implementação faseada. Ademais, as relações entre os representantes do poder executivo e legislativo com os grupos de interesse sofrem com gravidade de fenómenos de clientelismo político-partidário e

³⁰ CHARI, Raj; MURPHY, Gary, in *"Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU Institutions and Germany: A report for the Departament of the Environment, Heritage and Local Governmet"*, Dublin, Department of the Environment, Heritage and Local Government/Trinity College, August, 2006, disponível em <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>, acedido em outubro de 2015.

³¹ CHARI, Raj; MURPHY, Gary, in *"Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU Institutions and Germany: A report for the Departament of the Environment, Heritage and Local Governmet"*, Dublin, Department of the Environment, Heritage and Local Government/Trinity College, August, 2006, disponível em <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>, acedido em outubro de 2015.

de favores financeiros, que em alguns casos redundam em fenómenos complexos de corrupção. Posto isto, o desenvolvimento da sociedade civil brasileira reclama a institucionalização da regulamentação da atividade de *lobby*, como meio de promover a participação democrática da sociedade, assegurar a igualdade no acesso às instituições decisórias, bem como para assegurar a transparência, o controlo e a supervisão das decisões políticas pela sociedade.

Neste sentido, CARLOS EDUARDO LINS DA SILVA afirma que *"numa democracia saudável, o exercício do lobby honesto, transparente, com informação confiável e representação qualificada só pode aperfeiçoar as políticas públicas adotadas pelo Estado"*³². Ainda assim, o sistema brasileiro por ser dotado de características muito próprias não deve simplesmente copiar o sistema americano, pois isso poderia ter inclusivamente efeitos perversos, quando se sabe que o sistema americano tem um historial de muitas décadas de existência, devendo apenas servir como padrão de aperfeiçoamento. Com efeito, a regulamentação da atividade de *lobby* corresponderia a um avanço notável no combate à corrupção e ao clientelismo político-partidário, por via do aumento da transparência, da informação, da igualdade de acesso às decisões e do aumento da democraticidade do sistema.

Por outro lado, a OCDE entende esta não pode corresponder a uma medida isolada, sendo necessária a construção de um regime regulatório abrangente e complexo das várias vertentes do sistema político, como sejam as leis de acesso à informação, de conflito de interesses, de reforma do sistema eleitoral e de financiamento dos partidos políticos. Além disso, como anteriormente referido a solução a adotar não deve representar uma cópia de outros sistemas políticos, pelo contrário, por um lado, deve encontrar as situações que podem ser tratadas de forma similar e, por outro, nas particularidades do sistema devem ser adotadas as soluções que melhor se insiram na cultura do sistema político, sempre dentro de um processo de aperfeiçoamento e desenvolvimento das instituições, baseado nos princípios do Estado de Direito, da democracia, da igualdade, da transparência e da eficiência.

Com efeito, somos levados a concluir como faz LUIZ ALBERTO DOS SANTOS que *"existem casos de corrupção cronicamente identificados e documentados, envolvendo a prática dos grupos de interesse, políticos e burocratas, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, a ponto de atividade de lobby carregar o estigma de ser uma prática corrupta e, em certos contextos históricos, ser considerada, mesmo, como criminosa, o fato é que sua necessidade enquanto expressão do direito democrático de petição, e consequência direta do avanço das organizações de defesa de interesses, seja por meio de grupos de interesse económico, cívicos, políticos ou de qualquer outra natureza, que dispõem de recursos diferenciados e poder económico desigual, conduz ao surgimento de um mercado, onde relações de troca, lícitas ou não, ocorrem como consequência natural"*³³.

³² SILVA, Carlos Eduardo Lins da; QUEIROZ, Antonio Augusto de, in *"Relações institucionais e governamentais às claras"*, Valor Económico, 21 dezembro de 2006, Disponível em <http://www.umbelino.com.br/editorial/2006/dezembro2006.pdf>, acedido em outubro de 2015.

³³ SANTOS, Luiz Alberto dos, in *"Regulamentação das atividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas"*

Logo, deveremos concluir igualmente que a existência de legislação que regulamente a atividade de *lobby* e as relações entre os grupos de interesses e de pressão com os representantes do poder executivo e legislativo permite o aumento da transparência e do controlo público das relações estabelecidas, funcionando como uma forma adequada de combater a corrupção e o clientelismo político-partidário. Também, será de concluir que tal regulamentação permitirá aumentar a igualdade de acesso às instituições decisórias por parte dos membros da sociedade desprovidos de capacidade económica, reforçando a democracia participativa, embora se deva reconhecer que só por si não conseguirá esse desiderato, sendo apenas um elemento de uma reforma mais ampla do sistema político brasileiro. Essa reforma deve promover “novas” formas de acesso e participação, assegurando aos grupos capacidade consultiva e deliberativa, mas sem serem integrados no Estado. Isto é, deverão manter a sua independência face a ele.

Em suma, a regulamentação das atividades de *lobby*, o aperfeiçoamento das instituições políticas, a democratização do processo de decisão política, o desenvolvimento da participação da sociedade e dos grupos de interesses são fundamentais como forma de combater a corrupção, no qual se poderá seguir o exemplo americano, embora sem o copiar.

Referências Bibliográficas

- BENTLEY, Arthur F., in *"The Process of Government: A Study of Social Pressures"*, New Brunswick, Transaction Publisher, 1994.
- BERRY, Jeffrey M., in *"The interest group society"*, Boston, Scott, Foresman/Little Brown Series in Political Science, 1989, 2nd edition.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco, in *"Dicionário de Política"*, Brasília, Ed. Unb, 1992, 4ª Ed.
- BROWNE, William P., in *"Groups, Interests and U.S. Public Policy"*, Washington, Georgetown University Press, 1998.
- CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia, in *"Grupos de Interesses"*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. XL, nº 1 e 2, 1999.
- CHARI, R.; HOGAN, J. e MURPHY, G., *"Regulating lobbying: a global comparison"*, Manchester University Press, 2010.
- CHARI, Raj; MURPHY, Gary, in *"Examining and Assessing the Regulation of Lobbyists in Canada, the USA, the EU Institutions and Germany: A report for the Department of the Environment, Heritage and Local Government"*, Dublin, Department of the Environment, Heritage and Local Government/Trinity College, August, 2006, disponível em <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,14572,en.pdf>, acedido em outubro de 2015.
- DOWNS, Anthony, in *"An Economic Theory of Political Action in a Democracy"*, The Journal of Political Economy, Vol. 65, nº. 2., Apr., 1957.

públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil", tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007, p. 475, disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1483>, acedido em outubro de 2015.

- GOZETTO, Andréa Cristina Oliveira, in *"Instituições de Controle em perspectiva comparada: a regulamentação do lobby nos EUA e Brasil"*, 36.º Encontro Anual da ANPOCS, GT12-Estuds sobre Estados Unidos, 1.ª Sessão: Sociedade, Cultura, e Política Doméstica. Águas de Lindóia, SP, 21 a 25 outubro de 2012, disponível em http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7971&Itemid=76, acedido em outubro de 2015.
- KEY, V. O., in *"Politics, Parties & Pressure Groups"*, New York, Thomas Y. Crowell Co., 5th ed., 1964.
- LOWERY, David; BRASHER, Holly, in *"Organized Interests and American Government"*, New York, McGraw-Hill, 2004.
- MALONE, Margaret M., in *"Regulation of Lobbyists in Developed Countries"*, Institute of Public Administration, Dublin, IPA, 2004, disponível em <http://www.environ.ie/en/Publications/LocalGovernment/Administration/FileDownload,2048,en.pdf>, acedido em outubro de 2015.
- MASKELL, Jack, in *"Lobbying Law and Ethics Rules Changes in the 110th Congress"*, CRS Report for Congress, September 7, 2007.
- PEREIRA, Paulo Trigo, in *"Governabilidade, grupos de pressão e o papel do Estado, A Reforma do Estado em Portugal: problemas e perspectivas, Actas do 1 Encontro Nacional de Ciência Política"*, Lisboa, Editorial Bizâncio/Instituto Superior de Economia e Gestão – Universidade Técnica de Lisboa, 2001, Disponível em <http://pascal.iseg.ulisboa.pt/~ppereira/docs/GruposPressao5.pdf>, em outubro de 2015.
- SANTOS, Luiz Alberto dos, in *"Regulamentação das actividades de lobby e seu impacto sobre as relações entre políticos, burocratas e grupos de interesse no ciclo de políticas públicas – Análise comparativa dos Estados Unidos e Brasil"*, tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2007, disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1483>, acedido em outubro de 2015.
- SILVA, Carlos Eduardo Lins da; QUEIROZ, Antonio Augusto de, in *"Relações institucionais e governamentais às claras. Valor Económico"*, 21 dezembro de 2006, Disponível em <http://www.umbelino.com.br/editorial/2006/dezembro2006.pdf>, acedido em outubro de 2015.
- THOMAS, Clive (ed.), in *"Research Guide to U.S. and International Interest Groups"*, Westport, Praeger, 2004.
- TRUMAN, David B., in *"The Governmental Process"*, New York, Knopf, 1951.

O CONTROLE PENAL DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS E A MIXOFOBIA NA UNIÃO EUROPEIA

The criminal control of the migration flows and the mix phobia in the European Union

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH¹

GUILHERME AUGUSTO SOUZA GODOY²

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil)

Universidade do Porto (Portugal)

Sumário: Considerações iniciais; 1.1 As políticas migratórias na União Europeia: entre o utilitarismo e o repressivismo; 1.2 O imigrante como parasita social ou como terrorista potencial: reforçando a exclusão; Considerações finais.

Resumo: O Direito Penal, eleito como instrumento privilegiado para o enfrentamento à imigração irregular por parte dos países nos quais esse fenômeno é mais evidente – destacando-se, na presente pesquisa, o caso da União Europeia –, vivencia um momento de expansão, que decorre de um sentimento de “mixofobia” ou “medo de misturar-se” oriundo da construção dos imigrantes irregulares como “sujeitos de risco”. Essa “rotulação” decorre de alguns fatores principais como: a crise do modelo de Estado de bem-estar, que transforma os imigrantes em “parasitas” dos benefícios sociais destinados aos autóctones, a influência da mídia de massa na criação de pânico/alarma social a respeito de determinados temas relacionados à segurança, e os reflexos desses discursos midiáticos na política, particularmente após os atentados terroristas ocorridos em grandes centros urbanos no início deste milênio. Isso permite afirmar que o Direito Penal que se expande em termos *quantitativos* para responder com eficácia aos novos problemas sociais da contemporaneidade – dentre os quais a questão da imigração irregular assume cada vez mais relevância – experimenta um movimento de retrocesso *qualitativo*, uma vez que assume traços ínsitos a um modelo de Direito Penal de autor, assentado em medidas punitivas de cunho altamente repressivista e segregacionista voltadas aos imigrantes, o que resta evidenciado pela proliferação de tipos penais que

¹ Doutor em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil

E-mail: madwermuth@gmail.com

² Doutorando e Mestrando em Criminologia pela Escola de Criminologia da Univ. do Porto, Pós-graduado em Direito Penal e Proc. Penal pela UFMT, Pós-graduado em Direito Público pelo ICE-MT. E-mail: drugscrim@gmail.com

preconizam a exclusão (expulsão) desse público-alvo em detrimento da sua integração, bem como pelos delitos de solidariedade.

Palavras chave: Direito Penal. Imigração. União Europeia.

Abstract: The Penal Law, elected as a privileged instrument to deal with the irregular immigration on the part of countries in which such phenomenon is more evident –in the present research, the case of European Union is highlighted - , which experiences a moment of expansion, that derives from a “mix phobia” or fear of getting mixed originated from the construction of illegal immigrants as “subjects of risk”. This stereotype comes from some main factors like: the crisis on the Estate model of welfare, which transforms the immigrants into “parasites” of the social benefits designated to the autochthons, the influence of the mass media on creating the social panic regarding some topics related to security, and the reflexes of the discourse of the media in politics, particularly after the terrorist attacks occurred in large urban centers in the beginning of the millennium. It allows the affirmation that the Penal Law, that expands itself in terms of quantity to respond effectively to the new social problems of today – among which, the matter of irregular immigration assumes more and more relevance – faces a backward movement in terms of quality, once it assumes trends strongly connected to a model of Penal Law of author, based on punitive measures highly reprimanding and segregationist towards the immigrants, leaving as evidence by the diffusion of penal types that argue in favor of the exclusion (deportation) of this target audience instead of its integration, as well as by the lack of solidarity.

Keywords: Penal Law. Immigration. European Union.

Considerações iniciais

A partir da perspectiva histórica, os movimentos migratórios sempre existiram³. A migração, individual ou coletiva, é uma forma de comportamento natural que caracteriza as sociedades humanas. O continente europeu, particularmente, foi o cenário de numerosos movimentos migratórios. Tanto que, em território europeu, “no existe un pueblo o una nación que no sea heredero o resultante de una gran migración, pacífica o producto de la dominación bélica.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 281).

Em um salto histórico relativamente “curto”, pode-se verificar que entre os anos de 1820 até o fim da Segunda Guerra Mundial, como consequência das profundas mudanças provocadas pela transição demográfica, das transformações na agricultura e na propriedade rural e, principalmente, em decorrência dos efeitos sociais da Revolução Industrial, aproximadamente cem milhões de pessoas

³ Para uma compreensão da história das migrações internacionais, consultar Lacomba (2008).

mudaram de país, sendo que mais da metade migrou para a América em um movimento migratório conhecido pelos europeus como “fazer a América”. Nesse período, o mundo vivenciou aquilo que se pode denominar de “idade da migração em massa”, dirigida a países com baixa população e abundantes recursos naturais (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007; MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000; LACOMBA, 2008).

Como salienta Bauman (2005, p. 50), a era moderna pode ser considerada como a era das grandes migrações, na qual “massas populacionais até agora não calculadas, e talvez incalculáveis, moveram-se pelo planeta, deixando seus países nativos, que não ofereciam condições de sobrevivência, por terras estrangeiras que lhes prometiam melhor sorte.”

Isso significa dizer que essas pessoas que saíram das partes mais desenvolvidas para as partes subdesenvolvidas do globo o fizeram em função da sua incapacidade de obtenção ou manutenção de um emprego compensador ou mesmo da impossibilidade de herdar um determinado *status* social em seus países de origem. Considerando, diante desse quadro, que os países nos quais esse “excedente” populacional “disfuncional” se acumulava eram os países que detinham superioridade tecnológica e militar em relação àqueles que ainda não estavam sofrendo os processos modernizantes, a estratégia buscada foi justamente transformar as áreas subdesenvolvidas em áreas “vazias” – notadamente por meio do extermínio massivo dos povos autóctones – que pudessem “acondicionar” esses excedentes. Logo, o processo de extermínio massivo de aborígenes tinha a finalidade de preparar os lugares por eles habitados para desempenhar o papel de “depósitos” do “refugo humano” que o progresso econômico produzia na Europa, em quantidades crescentes (BAUMAN, 2005, p. 51).

O fato é que, hoje, com a “vitória da modernidade”, quando o mundo celebra o triunfo do estilo de vida contemporâneo, baseado no livre mercado, na economia e no consumo livres, não se produz gente supérflua apenas na Europa, para depois descarregá-la no resto do mundo: a superfluidade humana é produzida em toda parte, visto que o modelo produtivo moderno se firma em praticamente todos os países (BAUMAN, 2009, p. 81).

Com isso, verifica-se um movimento de “retorno”, ou seja, os descendentes das pessoas que outrora foram “despejadas” nos depósitos de refugo humano constituídos pelos países subdesenvolvidos hoje deixam suas cidades superpovoadas na direção oposta, buscando nas grandes cidades dos países europeus a mesma coisa que seus progenitores procuravam ao emigrarem. De acordo com Lacomba (2008), dados oriundos de informativo da Oficina de Estatística da Comissão Europeia (Eurostat) apontam que a imigração é o componente principal do crescimento populacional europeu desde 1992.

E esses países de destino deparam-se, então, na contemporaneidade, com o dilema de encontrar um jeito de “alojar” os imigrantes, administrando seus interesses com os interesses das suas superpopulações, afinal, estão repletos de gente supérflua também, e já não podem mais enviá-las para outros lugares, pelo

simples fato de que “o planeta está cheio, não há mais espaços vazios, e portanto nossos supérfluos ainda estão entre nós.” (BAUMAN, 2009, p. 82).

Com efeito, na contemporaneidade os fenômenos da globalização e da desregulamentação da economia mundial fazem com que as forças do capitalismo global impulsionem de forma nunca antes vista os movimentos migratórios. Paralelamente a outros fatores de expulsão – a exemplo da repressão ideológica e religiosa, das catástrofes naturais e da pobreza, bem como dos conflitos armados que se alastram pelo mundo contemporâneo afora – as forças do capitalismo cada vez chegam a mais habitantes do planeta, seduzindo-os com seus produtos e com o modo de vida associado aos países desenvolvidos.

Além disso, outros fatores como os avanços no transporte – que reduzem a distância física entre os países – e os progressos nas tecnologias aliadas à comunicação, o estreitamento de relações internacionais, a existência de redes sociais que estabelecem vínculos através dos países, a acentuação da diferença de crescimento demográfico entre as regiões desenvolvidas e em vias de desenvolvimento, a demanda pelas economias dos países desenvolvidos de mão-de-obra estrangeira para determinados setores, etc, podem ser vistos como fatores preponderantes para o incremento dos movimentos migratórios, que alcançam patamares outrora inimagináveis⁴ (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007).

Segundo dados da Comissão Europeia sobre Migração e asilo (2013a, p. 3), dos cerca de 500 milhões de pessoas que vivem na União Europeia, aproximadamente 20 milhões são cidadãos de países que não pertencem à UE. Como consequência, destaca Llinares (2008, p. 2) que, nos últimos vinte anos nos países centrais europeus, a imigração deixou o lugar minúsculo que ocupava no *ranking* de importância social atribuída às distintas políticas públicas para praticamente encabeçar esta lista hipotética.

A intensificação da imigração irregular a partir da fronteira marítima no sul da Europa tem impregnado o debate político europeu sobre o tema, o que tem contribuído para o enriquecimento tanto da reflexão teórica quanto da prática política sobre a imigração irregular e os mecanismos de controle migratório. Isso porque o fenômeno em questão tem colocado em primeiro plano vários aspectos que são fundamentais para a compreensão dos motivos que impulsionam a imigração na região: as enormes desigualdades econômicas, a criação de uma espécie de “cultura” da imigração e da saída em diversos países africanos, as tensões crescentes na arena europeia entre os países que são fronteira exterior da área do “Espaço Schengen” e os que não são, bem como – e principalmente – as dificuldades de controle/gestão da imigração irregular.

⁴ De acordo com dados da Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, no ano de 1960 o número de migrantes internacionais era de 77 milhões de pessoas. Em 1990 esse número praticamente duplicou, alcançando a cifra de 156 milhões. Atualmente, estima-se que existem mais de 200 milhões de seres humanos na situação de migrantes (PNUD, 2009).

Como asseveram López Sala e Sánchez (2010), a extensão do controle migratório tem se materializado de forma mais saliente na prática política na fronteira marítima do sudoeste da Europa comunitária, uma vez que a intensificação da imigração irregular por meio de embarcações desde meados da década de 1990 até a Espanha, Itália e Malta tem convertido esses países em objetivo excepcional das análises que sobre esta dimensão se realizam no campo das políticas públicas comparadas.

Nesse rumo, salientam os autores (2010, p. 77) que “la vigilancia fronteriza y su externalización han sido los dos elementos que mayor desarrollo han experimentado en los últimos años.” Na observação de Santiago (2010, p. 138), cada vez mais se distinguem os espaços “europeus” dos “não-europeus” e a abertura criada pelo “Espaço Schengen” *ad intra* contrasta com as restrições que tem sido criadas *ad extra*.

Neste contexto, a característica das migrações contemporâneas que mais inquieta – e que o presente artigo pretende problematizar – reside nas respostas que os atores institucionais estão dando a este fenômeno, a qual se situa em uma perspectiva diametralmente oposta à abertura característica de outros momentos históricos. O recurso ao Direito Penal como coadjuvante no controle de fluxos migratórios é, portanto, o tema central da presente abordagem, uma vez que a busca pela eficácia no controle dos fluxos migratórios tem transformado a ação política dos Estados por meio de diversas práticas que, para além do mero incremento da vigilância nas fronteiras, perpassa também pela criminalização dos migrantes e das pessoas que com eles se solidarizam.

1.1 As políticas migratórias na União Europeia: entre o utilitarismo e o repressivismo

Em face do contexto delineado nas considerações introdutórias objeta-se: qual a diferença dos atuais movimentos migratórios em relação a movimentos anteriores? A resposta pode ser encontrada na forma por meio da qual os atores institucionais estão tratando a questão na contemporaneidade: enquanto que na “idade da migração em massa” os países de destino, antes de reprimir, fomentavam, por meio de políticas públicas, a imigração, na atualidade verifica-se exatamente o oposto.

Com efeito, salvo raras exceções, as políticas de imigração dos países integrantes da União Europeia estão sendo construídas “de cima para baixo” e tendem a funcionar como políticas repressivas e excludentes, pautadas em práticas que priorizam o controle de fronteiras em detrimento da integração e da preservação/respeito aos direitos humanos dos imigrantes. Como asseveram López Sala e Sánchez (2010, p. 83), essas medidas acabam por truncar, de certo modo, “la tradicional identificación entre territorio y soberanía”, porque supõem “una extensión, un despliegue político del control migratorio, que empieza en los países

de origen, continua en los de tránsito, incorpora acciones em la frontera e penetra el territorio de los países receptores.”

Segundo assevera Martínez Escamilla (2007, p. 16), “dos pilares fundamentales de cualquier política inteligente de inmigración, cuales son el desarrollo de los países emisores y la integración, parecen haber sido pasado a un segundo plano incluso en la retórica de política europea de inmigración.” A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares.

Particularmente após os atentados de 11 de Setembro, não se cogita mais o codesenvolvimento, tampouco a integração dos imigrantes. A partir do Conselho Europeu de Sevilha, celebrado em junho de 2002, a imigração passou a ser interpretada e gestada a partir da ideia de segurança: o norte dos debates passou a ser a “‘lucha’ contra la inmigración ilegal mediante el refuerzo del control de fronteras, una estrategia única de asilo y la inclusión de la política de inmigración como parte de la política exterior.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 16).

Essa mudança no tratamento legal da questão da imigração irregular pelos países integrantes da União Europeia é analisada por Martínez Escamilla (2008) a partir do discurso proferido por José Luis Rodríguez Zapatero durante a campanha eleitoral para as eleições gerais na Espanha de 9 de março de 2008. Para a referida autora, dito discurso serve para sintetizar a política europeia de controle da imigração, que deve buscar alcançar três objetivos principais: “el primero impidiendo que salgan y que se nos aproximen. El segundo, impidiendo que entren, que traspasen nuestras fronteras. Para el caso de que consigan entrar em nuestro territorio, el tercer objetivo sería echarles de él, forzarles a salir.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2008, p. 5).

O primeiro objetivo (evitar a saída dos imigrantes de seus países de origem) é buscado por meio do controle dos fluxos migratórios pela Europa fora das suas fronteiras, encarregando a outros países de trânsito a tarefa de contenção da imigração em troca de pressões e ajudas econômicas. A cúpula dos chefes de Estado em Sevilha (Conselho Europeu de Sevilha, celebrado em junho de 2002), conforme já salientado acima, consagrou a luta contra a imigração ilegal como prioridade absoluta da União Europeia em suas negociações com os Estados vizinhos. Isso implica a construção de uma espécie de “cinturão de segurança” frente à imigração, que inclui vários países do sul e do leste (BAGGIO, 2010).

Ao comentar essa política de externalização de fronteiras, Morice e Rodier (2010), destacam que, a partir desse momento, as fronteiras externas do Espaço Schengen acabaram sendo consolidadas por meio de uma segunda linha de fortificação que dependia da colaboração dos países de origem, razão pela qual foi denominada “dimensão externa da política de imigração e de asilo” pelo Programa

de Haia de 2004, que definiu as dez prioridades da União Europeia para os próximos cinco anos. Na ótica dos referidos autores, em última análise, “tratava-se de entregar o ônus do controle das fronteiras aos Estados não europeus, dentro de uma parceria tão pouco transparente quanto injusta.”

Essa externalização do controle das fronteiras foi ratificada pelo Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, celebrado pelos 27 países da União Europeia em 2008, por iniciativa da França (que exercia, à época, a presidência da União). Por meio desse Pacto, os países de origem e de trânsito dos migrantes com destino à União Europeia são colocados na posição de guardas de fronteiras, função que, na ótica de Morice e Rodier (2010) mais se parece com uma obrigação, já que eles tem o dever de proteger à distância os limites territoriais da Europa, em troca de contrapartidas financeiras e políticas.

As ações de controle na origem tem por objetivo, em primeiro lugar, dissuadir os imigrantes e, em segundo lugar, selecioná-los (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010). Esse controle remoto se dá por meio da política de vistos e dos programas de recrutamento de trabalhadores, combinados com acordos bilaterais de vigilância e readmissão que tem transformado os países de origem e de trânsito em guardiões fronteiriços de territórios alheios. Além disso, as medidas dissuasórias ocorrem por meio de campanhas informativas que tem por objetivo mostrar aos migrantes os perigos das travessias, a exemplo do trabalho desenvolvido a partir do projeto Infomigra.

Somam-se a estas medidas de controle remoto ações de dissuasão coercitiva no trânsito das travessias, as quais pretendem impedir ou dificultar a saída ou o desenvolvimento de uma parte da viagem. Destacam-se, aqui, medidas como a vigilância conjunta das costas africanas por parte da Guarda Civil espanhola e da polícia da Mauriânia e do Senegal, bem como as operações conjuntas coordenadas pela Frontex no Mediterrâneo e no Atlântico (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

No afã de desempenhar seu papel no controle migratório rumo à Europa, países como o Marrocos tem praticado verdadeiras atrocidades contra os migrantes irregulares. Segundo dados extraídos por Morice e Rodier (2010) de relatórios elaborados por organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, no ano de 2005 cerca de 20 pessoas de origem subsaariana morreram em consequência de quedas ou de sufocação ao tentar transpor as grades que servem como barreiras na fronteira hispano-marroquina em Ceuta e em Melilla. Também há notícias de que algumas dessas pessoas foram baleadas pelo exército marroquino. O que choca é que essas mortes foram amplamente divulgadas na mídia pelo governo marroquino, como forma de demonstrar o seu zelo de cumprir com a tarefa de fiscalização fronteiriça decorrente de acordos com a União Europeia. Outrossim, em 28 de abril de 2008, ao largo de Al Hoceima (situado no nordeste do Marrocos), conforme relato de testemunhas, cerca de 30 pessoas, entre as quais quatro eram ainda crianças, morreram afogadas quando a sua embarcação pneumática foi

deliberadamente afundada pelas forças da ordem, sem que nenhum inquérito independente conseguisse esclarecer o caso.

Além disso, convém referir que essa tendência de externalização de fronteiras está diretamente relacionada a temores injustificados de “invasões estrangeiras”, que tem sido historicamente utilizados por imperadores, reis e líderes de governo para manter a união dos povos, fortalecendo, assim, o seu poder. No entanto, como assinala Baggio (2010, p. 68), a história tem ensinado que “la creación de ‘cinturones de seguridad’ en torno a los imperios, reinos y estados no logró, en última instancia, salvarlos de la ruina. Definitivamente, es más conveniente construir puentes que muros.”

Ademais, os constantes “acidentes” que resultam em morte de imigrantes em áreas de trânsito, marítimas ou terrestres – dos quais os recentes casos servem como exemplos lamentáveis – não tem servido para frear e tampouco criar uma atmosfera de desalento entre aqueles que ainda pretendem migrar. Eles apenas colocam em evidência, para além do descaso absoluto para com a tutela dos direitos humanos dos migrantes, a ineficácia das técnicas de mera proibição que tem orientado as políticas migratórias comunitárias.

Além disso, convém salientar que é justamente a dificuldade em aceder ao território comunitário que acaba por, reflexamente, incrementar a criminalidade organizada no que diz respeito ao tráfico de pessoas. Paradoxalmente, todo o cerco criado para impedir acaba por incrementar a imigração irregular e, consequentemente, os riscos assumidos pelas pessoas que pretendem transpor as fronteiras, uma vez que “la intensificación del control supuso la búsqueda de travesías alternativas, más largas y más peligrosas.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 7).

O segundo objetivo a ser alcançado pela política migratória europeias (evitar a entrada dos imigrantes) traduz-se na tentativa de impermeabilização das fronteiras comunitárias de forma a evitar o ingresso dos imigrantes. Como salientam López Sala e Sánchez (2010, p. 83), essas ações se fazem mais intensas na fronteira, “donde se ha implantado tecnología eficaz para la identificación y la detección de documentación fraudulenta con el fin de permitir o prohibir la entrada y frenar el número de inmigrantes irregulares que llegan de forma inadvertida.” Além disso, “en el interior de los estados receptores, el control interno há incorporado la creación de bases de datos biométricas, el aumento de las acciones policiales de identificación y ‘la investigación’ de los matrimonios mixtos.”

Nesse ponto, um aspecto fundamental a ser destacado no que diz respeito ao controle dos fluxos migratórios na realidade europeia tem a ver com perspectiva econômica. Com efeito, boa parte do modelo de gestão da imigração nos países centrais europeus é inspirado fundamentalmente e de forma reconhecida em interesses econômicos.

López Sala e Sánchez (2010) traçam um interessante panorama acerca do tema “*imigração versus* necessidades do mercado de trabalho” que conduzem a essa política ambivalente orientadora das práticas de controle de fluxos migratórios na realidade espanhola. Segundo os referidos autores, em que pese o discurso explícito de uma política restritiva de imigração, imbuída dos acordos que surgiram na arena europeia acerca do tema, esta esfera da política espanhola permitiu, na prática, que o mercado de trabalho espanhol pudesse satisfazer sua demanda por trabalhadores estrangeiros, por meio de regularizações continuadas e encobertas que levou à política de cotas e a um controle débil das fronteiras, o que perdurou até o final da década de 1990, quando se verifica um controle mais rígido na Andaluzia e no Estreito de Gibraltar.

Na primeira década deste novo milênio, as necessidades do mercado de trabalho e o crescimento econômico espanhol também influenciaram as ações políticas concernentes ao controle da imigração. Segundo Lacomba (2008, p. 132), “para comprender la importancia de la inmigración laboral es preciso considerar que en España el 50 por ciento de los nuevos empleos creados entre 2000 e 2007 fueron ocupados por personas inmigrantes.”

Com efeito, desde o ano 2000 os fluxos se intensificaram: entre 2000 e 2003 se produziu a grande imigração equatoriana e colombiana e, a partir de 2003, houve o incremento da imigração marroquina e da silenciosa imigração romena. Houve anos em que o número de imigrantes superava o de 500 mil. Mesmo assim, o controle remoto nesses períodos mostrou-se relativamente débil, o que permite a afirmação de que o modelo de imigração irregular que impera na Espanha – a exemplo do que também ocorre nos demais países comunitários – e que supõe que a irregularidade é uma condição habitual nas trajetórias migratórias tem sido consequência da ação, ou melhor, da falta de ação política. Com efeito, as dificuldades e a escassez de vias para o ingresso legal, apesar da demanda e da criação de uma política de quotas, forçaram a entrada de muitos migrantes com visto de turista através das fronteiras aéreas e terrestres, com a indiferença – ou até mesmo com a cumplicidade – do Estado (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Em boa parte, esse quadro pode ser explicado a partir da arguta observação de Barge (2008, p. 7), ao referir a existência de duas espécies de imigração, quais sejam, a “boa” e a “má”:

existe una buena inmigración, los países de la Unión deben poder beneficiarse de ella, esta inmigración ‘elegida’ debe responder a las necesidades económicas de Europa y no tiene vocación a ser permanente; existe una mala inmigración, esta inmigración ‘sufrida’, no corresponde a las necesidades de la Unión Europea, es portadora de inseguridad y criminalidad, debe ser combatida. De ahí la obsesión de limitar la inmigración en dirección de Europa, al tiempo de querer atraer una inmigración de la que se tendría necesidad.

Essa “boa imigração” – lembra Beck (2010) – deve-se ao fato de que os imigrantes sujeitam-se à realização de trabalhos que no geral ninguém, nos países de destino, quer assumir. Além disso, a “boa imigração” também abrange os “sem papéis”, visto que, em relação a eles, a exploração laboral é ainda maior em virtude do fato de que têm de trabalhar às escondidas, ganhando, em troca, uma pequena quantidade de dinheiro.

Assim, esses indivíduos acabam se tornando objeto de chantagem e exploração e é isso que, na ótica do referido autor (2010), encontra-se por detrás dos “sem papéis”: ao passo que não possuem nenhum tipo de direito, suas atividades e prestações são funcionalmente indispensáveis, não só para a sobrevivência deles próprios e de suas famílias que vivem no outro lado da fronteira, mas também “ante todo, para la supervivencia de las sociedades del bienestar occidentales y de los países emergentes.” Diante dessa constatação, Beck (2010) refere que “nos engañamos a nosotros mismos con la categoría de *ilegales*: no podemos olvidar que la criminalización de estas personas oculta el hecho de que no podemos renunciar a sus prestaciones funcionales.”

Baggio (2010, p. 62), ao comentar as diversas formas de “barreiras internalizadas” contra imigração, assevera que a ideia de que existe uma espécie de “diferença ontológica” entre cidadãos e estrangeiros é utilizada em determinadas circunstâncias para justificar a exploração laboral dos trabalhadores migrantes, por meio da ampliação ilegal da jornada de trabalho, da submissão dos trabalhadores a condições abusivas no ambiente laboral, atrasos de pagamentos, redução de salários, etc.

Essa exploração, no caso dos imigrantes em situação irregular, é maior, pois o labirinto de medo e desconfiança em que vivem aumenta sobremaneira a sua vulnerabilidade. Daí a afirmação de Martínez Escamilla (2007, p. 22-23) no sentido de que o componente mais relevante do modelo de regulação da imigração – tanto no caso europeu em geral quanto particularmente no caso espanhol – é a sua dimensão laboral, sendo o imigrante contemplado como mão-de-obra: “cuántos y qué inmigrantes estamos dispuestos a aceptar es algo a determinar en atención fundamentalmente a las necesidades de nuestro mercado laboral.” Com isso, cada vez mais se assiste a um processo de *estrangeirização* do imigrante: ao se negar as possibilidades de que ele seja um migrante “de verdade”, livre em seu projeto migratório, acaba-se por estigmatizá-lo como “diferente” e a considerá-lo apenas como um trabalhador (in)útil para o mercado de trabalho (DE LUCAS, 2003).

Isso significa dizer que, “mientras que se estigmatiza con el lenguaje y se persigue policialmente a las personas que no tienen su documentación ‘en regla’, se utilizan eufemismos y, generalmente, un amplio margen de tolerancia para aquel segmento de la economía que los emplea.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 263). O crescimento econômico ansiado pelos governos depende, em última análise, das empresas que se utilizam desse tipo de mão de obra para maximizar seus lucros. E

as pressões desses setores da economia sobre os governos são muitas vezes atendidas por meio das supramencionadas “relativizações”.

Recentemente, em virtude das sucessivas crises econômicas pelas quais tem passado a União Europeia, a influência da economia sobre as políticas de controle dos fluxos migratórios tem se mostrado ainda mais evidente. Analisando a questão a partir do momento em que começa a se verificar nos países da então Comunidade Europeia, em meados da década de 1970, a crise do modo de regulação fordista, Brandariz García (2011, p. 17) menciona que os migrantes passam paulatinamente a perder a centralidade produtiva e, em tal medida, também a centralidade social e política, “de modo que la inmigración deja de ser contemplada primordialmente como un factor de desarrollo, y pasa ser vista ante todo como un problema, como un hecho antitético al actual modelo de evolución social, que debe ser gestionado fundamentalmente desde la perspectiva del control.”

Isso não significa que, a partir de então, tenha se verificado simplesmente um declínio da demanda de trabalho vivo migrante, afinal, como já referido acima, esse gênero de força de trabalho continuou aportando aos países europeus. A mudança que se sente a partir de diz respeito justamente àquilo que se quis até o momento demonstrar: houve uma alteração significativa nas necessidades de força de trabalho não qualificada, que passou a se concentrar nos serviços de baixo valor agregado e não mais no setor industrial. Essa mudança, segundo Brandariz García (2011, p. 18), “hace perder a los procesos migratorios ciertas condiciones de regularidade e leva aparejada una severa devaluación de las posibilidades de inclusión mediante el trabajo.”

Com efeito, os empregos precários, mal-remunerados, em condições ambientais nocivas ou perigosas, etc, não encontram entre os habitantes nativos muitos candidatos – até mesmo porque eles aspiram a condições de trabalho superiores e as defendem por meio de organizações sindicais sabendo que, caso desempregados, irão dispor de subsídios de desemprego estatais –, mas despertam o interesse dos trabalhadores estrangeiros, particularmente aqueles que podem ser expulsos facilmente por meio de simples denúncias. Esses trabalhadores “poseen una mayor flexibilidad para adaptarse a las características de la demanda y parten de una posición inicial más baja, que puede consistir en prescindir del reconocimiento de diplomas, especialidades o experiencias laborales anteriores (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 263)⁵.

⁵ Ao retratar a realidade francesa, Carron (2000) refere que, “na França, por exemplo, dos setores de hotelaria-restaurantes à colheita de frutas, passando pelos empreiteiros da construção civil e da confecção, o direito trabalhista quase não existe. Mais do que ‘empregos que os franceses não querem’, trata-se de empregos chamados de ‘3D’ (de demanding, dangerous, dirty: difíceis, perigosos e sujos) para os quais, em termos de condições de trabalho, de salário e de disponibilidade, os empregadores não querem franceses, por considerá-los muitos exigentes. É o que autoriza alguns deles a mostrar, paralelamente à imigração chamada de ‘alto nível’, uma preferência por ‘nossos’ próprios

Como consequência, “el debilitamiento de la posición económica y productiva de la fuerza de trabajo migrante genera un menoscabo de su estatus social y político, con lo que se facilita su inserción en narrativas de conflicto, inseguridad y control.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 18). E as mudanças econômicas drásticas pelas quais têm passado as economias europeias na contemporaneidade tem agravado ainda mais o quadro: a queda na oferta de empregos em condições de exploração tem feito com que boa parte dos imigrantes se transformem em um capital humano absolutamente descartável que passa, então, a ser estigmatizado como “parasita social” ou como “terrorista potencial”, como se demonstrará na sequência.

1.2 O imigrante como parasita social ou como terrorista potencial: reforçando a exclusão

Neste ponto, revela-se um outro aspecto que tem contribuído para a construção de uma imagem negativa dos imigrantes: a questão do “parasitismo social”, ou seja, da sua consideração enquanto “parasitas” de um *Welfare State* cada vez mais cauíla no cumprimento de seu desiderato para com os cidadãos autóctones. Spire (2013) sintetiza o câmbio de perspectiva de análise do problema pelos líderes políticos europeus: a passagem de um modelo de “imigração econômica” para um modelo de “turismo de benefícios sociais”.

A condição de “estrangeiro”, por si só, conforme aduz Arnaiz (1998), traduz a idéia de uma pessoa que está ocupando ou usurpando um posto ou lugar que não lhe corresponde. E esse estranhamento é potenciado na medida em que a figura do migrante é construída a partir da lógica da “ameaça”. E isso, no contexto de desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, é cada vez mais frequente, conduzindo a uma situação paradoxal: “quanto mais persistem – num determinado lugar – as proteções ‘do berço ao túmulo’, hoje ameaçadas em toda parte pela sensação compartilhada de um perigo iminente, mais parecem atraentes as válvulas de escape xenófobas”, o que decorre do fato de que os poucos países “que relutam em abandonar as proteções institucionais transmitidas pela modernidade sólida [...] vêem-se como fortalezas assediadas por forças inimigas”, considerando “os resquícios de Estado social um privilégio que é preciso defender com unhas e dentes de invasores que pretendem saqueá-los”. Em função disso, “a xenofobia – a suspeita crescente de um complô estrangeiro e o sentimento de rancor pelos ‘estranhos’ – pode ser entendida como um reflexo perverso da tentativa desesperada de salvar o que resta da solidariedade local.” (BAUMAN, 2009, p. 20-21).

Nos debates políticos travados acerca do tema, considera-se que os imigrantes – principalmente os oriundos da África – estariam abusando dos

recursos — mulheres, jovens e desempregados —, sugerindo desta forma um alinhamento por baixo das leis trabalhistas.”

sistemas de proteção social europeus, o que demonstra, segundo Spire (2013) uma completa dissonância com a realidade social e jurídica das populações estrangeiras em todos os países europeus. Efetivamente, ao lado dos ciganos, os estrangeiros estão entre as pessoas mais vulnerabilizadas no que diz respeito ao acesso aos serviços de saúde. Por outro lado, a atribuição de benefícios de renda mínima exige condições severas relativas ao tempo de residência no território.

Logo, os discursos “parasitários” cumprem, na ótica do sobredito sociólogo, com uma função ideológica que é decisiva em uma época de crise econômica e de pânico moral, qual seja: eles fornecem legitimidade simbólica para políticas de exclusão que de outra maneira não receberiam aprovação por parte da população. Nessa ótica, portanto, os estrangeiros não mais seriam rejeitados em virtude de concepções racistas/xenofóbicas de nação, mas em virtude de um ideal consensual: salvaguardar o que resta do *Welfare State* em favor dos cidadãos autóctones.

Diante deste quadro, pode-se afirmar que, se por muito tempo, o objetivo orientador das políticas de controle dos fluxos migratórios era a necessidade de proteção do mercado de trabalho nacional da concorrência estrangeira desleal, atualmente há a conjugação a este objetivo de uma espécie de “cruzada moral” cujas finalidades são “caçar o ‘assistencialismo’ e transformar o imigrante no coveiro do Estado de bem-estar social” (SPIRE, 2013).

Mas ainda há um terceiro fator que é decisivo para a demonização dos imigrantes na contemporaneidade e que está diretamente relacionado à questão do “parasitismo social”: o “inimigo” representando pelo terrorista, por meio de equiparações conceituais equivocadas, faz com que recaia sobre todo e qualquer imigrante uma “fundada suspeita” de uma “potencialidade terrorista”. Bauman (2005, p. 71) ilustra de um modo bastante claro como o “parasita social” e o “terrorista potencial” acabam por se misturar no estereótipo que estabelece coletivamente em relação à figura dos migrantes:

o novo medo dos terroristas foi misturado e cimentado com o ódio aos ‘parasitas’, sentimento bem entrincheirado, mas que precisa de constante alimento, matando dois coelhos com uma só cajadada e dotando a atual cruzada contra os ‘parasitas da previdência’ de uma nova e invencível arma de intimidação de massa. Enquanto a incerteza econômica não é mais preocupação de um Estado que preferiria deixar para seus súditos individuais a busca individual de remédios individuais para a insegurança existencial individual, o novo tipo de temor coletivo oficialmente inspirado e estimulado foi colocado a serviço da fórmula política. As preocupações dos cidadãos com seu bem-estar foram removidas do traiçoeiro terreno da *précarité* promovida pelo mercado, no qual os governos dos Estados não têm capacidade nem vontade de pisar, e levadas para uma área mais segura e muito mais telefotogênica, em

que o poder aterrorizante e a resolução férrea dos governantes podem ser de fato apresentados à admiração pública.

Efetivamente, quando o Estado de Bem-Estar entra em crise e demonstra não mais poder exercer a sua função de proteção dos indivíduos em face dos acasos da vida, sua legitimidade entra em declínio. Esse processo alcança, na contemporaneidade, um ponto de culminância que faz com que o Estado saia em busca de vias alternativas de legitimação. Nesse rumo, fomentar medos coletivos e demonstrar – ainda que simbolicamente – eficiência em ações relacionadas à tutela da segurança pessoal acaba sendo uma das estratégias utilizadas. E, para isso, é preciso ter um “inimigo” a combater, o que faz surgir um novo “papel” a ser desempenhado pelos “sem-papéis”.

Como já salientado, a gestão da questão do controle dos fluxos migratórios na União Europeia tem sido cada vez mais orientada pela ideia de segurança. Isso decorre do fato que há fusão dos temas “imigração” e “criminalidade” no debate político e jurídico sobre o tema, uma vez que os migrantes tornam-se idôneos para que o imaginário coletivo projete sobre eles todo tipo de ansiedades e temores, atribuindo a eles a responsabilidade por qualquer problema ou mal-estar social.

Como destaca Llinares (2008, p. 7), o fato de vivermos em uma sociedade de risco na qual a sensação de insegurança é cada vez maior não influi nos caracteres do fenômeno migratório, mas faz com que as fontes dessa insegurança sejam centrados em determinados focos, em âmbitos concretos ou em grupos que, independentemente do fato de serem precursores de mais delinquência ou não, são temidos pela sociedade, sendo que na atualidade, “tanto a nível popular, como en los médios de comunicación, es frecuente considerar que el crecimiento de la delincuencia es um fenómeno debido en gran parte al aumento de la inmigración.”

Em razão do até aqui exposto, Bauman (2005, p. 73) refere que “se não houvesse imigrantes batendo às portas, eles teriam de ser inventados”, uma vez que “eles fornecem aos governos um ‘outro desviante’ ideal, um alvo muito bem-vindo para ‘temas de campanha selecionados com esmero’.” Afinal, como salienta o autor (2006, p. 119) em outro texto, os esforços de separar, entre refugiados e pessoas em busca de asilo, os “autênticos” dos “espúrios”, bem como identificar potenciais “mafiosos” e “parasitas da previdência” entre os que já tiveram permissão para entrar no país, atraem grande atenção do público para as políticas estatais para tanto implementadas.

O que se observa, nesse contexto, é que a migração se transforma em “bode expiatório da profunda crise econômica em curso e grande trunfo dos partidos de direita”. Wagman (2006, p. 210) destaca que, por meio dessa estratégia de se analisar a questão da imigração a partir da lógica do conflito e da violência, viabiliza-se, funcionalmente, culpar um coletivo alheio pelas deficiências próprias de uma determinada sociedade:

si el sueño de una nación homogénea y armoniosa no se ve realizado no es porque se trate de un sueño infantil y simplista, sino, en cierto modo, porque elementos extraños lo están impidiendo. Si nuestra vida cotidiana nos parece más insegura, más precaria, menos solidaria y más solitaria, nos abruma pensar que todo ello pueda tener que ver con las dinámicas fundamentales de las sociedades modernas, post-fordistas, consumistas, globalizadas e individualistas. Frente a la sensación de aprehensión, de cambios que no logramos comprender e inseguridad, imaginamos y añoramos un mundo idílico, que fue feliz en un pasado y que continuaría siéndolo si no fuera por los elementos externos que lo perturban. En la actualidad, el inmigrante es el candidato perfecto para jugar ese papel.

Mesmo contrariando os estudos realizados a respeito do tema, procura-se difundir a ideia de que "o estrangeiro rouba os empregos dos nacionais, abusa dos serviços do Estado e eleva os índices de criminalidade, o que faz dele uma ótima desculpa para os perenizados déficits públicos." Além disso, "a pluralidade de cores e de expressões culturais gera grande mal-estar em sociedades nostálgicas, homogêneas, individualistas e pautadas pelo consumo." Como resultado, verifica-se "a reversão brutal do direito humanista que se instalava paulatinamente após o trauma da Segunda Guerra Mundial." (VENTURA; ILLES, 2012).

Ademais, o mito do imigrante delinquente tem o efeito perverso de gerar uma dinâmica de profecia autocumprida: se existe a crença de que os imigrantes cometem mais delitos, aumenta-se a vigilância sobre eles, dando lugar a mais detenções, processos e condenações, com o que se justifica a hipótese inicial da maior tendência delitiva dos imigrantes. Afinal, como assevera Wagman (2006, p. 206), "los estereótipos tienen una increíble capacidad de sobrevivir a cualquier análisis de la realidad."

Sobre o tema, De Lucas (1996, p. 19-20) leciona que

el mensaje de 'emergencia social' consiste en proponer que la presencia de extranjeros quede equiparada a otras 'alarmas' o patologías, como la criminalidad o la droga, y de esa forma, por ejemplo, el racismo aparece como un subproducto 'con cierto fundamento'. Esa es la razón de la insistencia en las notas con que se caracteriza la presencia de los extracomunitarios, esto es, la asociación de los rasgos de diferencia (la más visible es la étnica), con los de competencia y amenaza (para el mercado de trabajo, para la pirámide de población, para la 'propia identidad cultural y nacional') y desorden (los extracomunitarios como 'ejército de reserva de la delincuencia', como causa de la 'inseguridad ciudadana', vinculados a las formas de

delincuencia que merecen más rechazo social: narcotráfico, terrorismo, y delitos contra la libertad sexual y propiedad) que se traduce en la criminalización de los extracomunitarios, en su presentación como un problema de 'orden público' frente al cual debe primar la respuesta policial. Se está destapando así una caja de Pandora que no puede dejar de tener efectos sociales perversos: de nuevo, incubar el huevo de la serpiente.

Efetivamente, a partir do momento em que os processos migratórios são abordados como "problema", a imagem social do imigrante é construída enquanto "outro", ou seja, enquanto indivíduo "socialmente perigoso", ao ponto de se falar em uma "emergência" relacionada à imigração. Isso é preocupante quando se recorda, como salienta Monclús Masó (2002, p. 174), "que a experiência histórica nos ensina que, cuando los fenómenos sociales son contruidos como emergências, todo el sistema de derechos y garantías que caracteriza al Estado de derecho retrocede."

Em um contexto tal, a identificação de um *alien* – ou inimigo – e a difusão de discursos xenófobos em matéria migratória constituem instrumentos idôneos e governativamente úteis, para procurar a recuperação de uma coesão social em crise, mediante uma redefinição dos parâmetros de inclusão, exclusão e conflito social. Ademais, a retórica de controle da imigração – vista como algo negativo – decorre de uma necessidade de relegitimação das instituições políticas representativas: como já referido, se o Estado se mostra ineficaz para a garantia da segurança em uma multiplicidades de planos (existencial, identitário, social, etc), a única segurança que as instâncias públicas ainda podem – ao menos em tese – oferecer é a relativa à incolumidade física da própria pessoa, de seu entorno social imediato e de seus bens (BRANDARIZ GARCÍA, 2011).

E a soma de todos esses medos permite falar, então, no surgimento de um ambiente social pautado pela "mixofobia", ou seja, pelo medo de misturar-se, ou, ainda, como um "impulso em direção a ilhas de identidade e de semelhança espalhadas no grande mar da variedade e da diferença." (BAUMAN, 2009, p. 44). Na ótica de Bauman (2009, p. 43), a mixofobia não passa de uma

difusa e muito previsível reação à impressionante e exasperadora variedade de tipos humanos e de estilos de vida que se podem encontrar nas ruas das cidades contemporâneas e mesmo na mais 'comum' (ou seja, não protegida por espaços vedados) das zonas residenciais. Uma vez que a multiforme e plurilingüística cultura do ambiente urbano na era da globalização se impõe – e, ao que tudo indica, tende a aumentar –, as tensões derivadas da 'estrangeiridade' incômoda e desorientadora desse cenário acabarão, provavelmente, por favorecer as tendências segregacionistas.

Afinal, a mixofobia se retroalimenta: quanto mais essa estratégia do afastamento e da segregação for utilizada, mais eficaz ela será. Na medida em que as pessoas somente buscam a companhia e a convivência de quem se afigura “igual a elas”, serão raros os momentos em que irão se defrontar com “a onerosa necessidade de traduzir distintos universos de significado”, sendo mais provável que elas desaprendam “a arte de negociar formas e significados de convivência.” (BAUMAN, 2013, p. 85).

Reflexamente, o grau de mixofobia de uma determinada sociedade vai determinar o alcance da sua obsessão por segurança. Isso porque a mixofobia alimenta a desconfiança em face do “estranho”, do “diferente”. E, diante da falta de confiança, fronteiras precisam ser traçadas. Espaços precisam ser delimitados. O espaço da segurança precisa ser delimitado em relação ao espaço da insegurança. E é preciso estabelecer sanções e/ou mecanismos eficazes para garantir que cada pessoa ou grupo permaneça no seu espaço.

E esse ambiente de mixofobia é exatamente quem revela e justifica o terceiro objetivo – nem sempre explicitado nos discursos políticos – delineado pelas políticas migratórias europeias: forçar os imigrantes a saírem do território europeu. E, para a consecução deste jaez, é frequente a utilização, pelos países integrantes da União Europeia, do Direito Penal para tornar o “combate” – e a nomenclatura utilizada denota tratar-se de uma verdadeira “guerra” – contra a clandestinidade mais eficaz. Alguns exemplos servem para ilustrar o exposto:

Na Itália, a Lei nº 94/2009 (Lei de disposições em matéria de segurança pública) modificou as infrações previstas no Decreto Legislativo nº 286/1998, o chamado Texto Único Sobre a Imigração. No novo art. 10 bis da norma se incrimina o ingresso ou permanência irregular em território italiano, sancionados com multa de 5 mil a 10 mil euros, além da expulsão. A mesma lei de reforma determinou a modificação do art. 14.5-ter do texto único, para incriminar, com prisão de 1 a 4 anos, a violação de uma ordem de expulsão prévia. A propósito, deve-se mencionar que o Texto Único trata dos imigrantes ilegais não como sujeitos passivos dos delitos nele previstos – ou seja, não como titulares do bem protegido –, mas apenas como objetos materiais das condutas descritas ou como autores de delitos. Segundo Donini (2009, p. 55) “la referencia al inmigrante (o al extranjero) extracomunitario como un mero ‘objeto material’ pode desconcertar, pero se anida aquí un critério técnico (un criterio ‘clásico’ de la teoria del delito) de gran importância para ‘develar’ la cultura que permea en estos tipos penales.”

O Decreto-Lei nº 92/2008, que trata das “medidas urgentes em matéria de segurança pública” na Itália, convertido na Lei nº 125/2008, introduz um novo parágrafo 11 bis no art. 61 do Código Penal italiano, que estabelece as circunstâncias agravantes genéricas, com o efeito de outorgar dito efeito de qualificação da pena – e do fato – à comissão do delito por parte de um migrante irregular.

Na França, o Código de entrada e de permanência dos estrangeiros, e do direito de asilo, cuja parte legislativa foi promulgada pela Ordenança nº 2004-1428, prevê, em seu art. L. 621-1, para os casos de entrada ou residência irregular no território francês, pena de prisão de 1 ano, multa de 3.750 euros e, nesse caso, proibição de entrada e residência no território francês por prazo máximo de 3 anos o que, obviamente, comporta a expulsão.

Na Espanha, o art. 318 bis do Código Penal espanhol, após redação conferida pela Lei Orgânica 11/2003, comina uma pena de quatro a oito anos de prisão a quem “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”. Em comentário ao referido tipo legal, Martínez Escamilla (2007) refere que se trata de um claro exemplo de expansão do Direito Penal, uma vez que o legislador, dentre todas as condutas de favorecimento que poderia ter optado criminalizar pela sua gravidade – como, por exemplo, a concorrência de ânimo de lucro, a atuação no marco de uma organização delitiva, etc – levou a cabo uma regulação onicompreensiva, o mais ampla possível, com a finalidade de criminalizar, nos termos do dispositivo sob análise, qualquer comportamento relacionado com a imigração irregular que de alguma forma, “direta ou indirectamente” a favoreça. Sobre o tema, Cancio Meliá (2005) assevera que a redação do dispositivo legal em questão suscita sérios problemas para identificar distintas formas de participação e distintos graus de execução, permitindo, por outro lado, considerar incluídas no tipo uma grande variedade de condutas: “al fin y al cabo, la conducta consiste en contribuir de algún modo a la inmigración ilegal.”

Assim, na ótica de Martínez Escamilla (2007; 2008), o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em comento não é a dignidade ou os direitos dos cidadãos estrangeiros, uma vez que o Direito Penal, nesse caso, não é chamado a protegê-los, mas sim a defender a sociedade “deles”, ou seja, daqueles imigrantes que não se pode ou não se quer aceitar. Exsurge daí a razão principal da existência do tipo legal: ser um coadjuvante no controle da imigração irregular.

Para além dos tipos penais voltados expressamente à questão da imigração, existem também aqueles delitos que, ainda que não façam referência direta aos imigrantes e/ou às pessoas que são com eles solidárias, buscam, reflexamente, atingi-los. Um exemplo típico, no Direito Penal espanhol, é a criminalização da atividade dos “manteros” ou “top manta” – como são chamados, na Espanha, os vendedores ambulantes de reproduções ilícitas de CD’s, DVD’s ou produtos similares (que expõem suas mercadorias sobre mantas nas ruas).

Com efeito, os imigrantes ilegais, como refere Martínez Escamilla (2009, p. 14), são o exemplo mais evidente de exclusão do indivíduo operada pelas normas: “sin papeles, sin derechos, si ni siquiera posibilidad de ganarse un sustento.” Restam poucas opções a estas pessoas, uma vez que são proibidas de trabalhar e

que é proibido dar-lhes emprego. A atividade de “mantero”, nesse caso, aparece como uma das poucas alternativas que lhes restam.

No entanto, o art. 270 do Código Penal espanhol, tipifica como crime sujeito a pena de prisão de seis meses a dois anos e multa de doze a vinte e quatro meses, a atividade de quem, com ânimo lucrativo e em prejuízo de terceiro, reproduza, plágie, distribua ou comunique publicamente, no todo ou em parte, uma obra literária, artística, ou sua transformação, interpretação ou execução artística fixada em qualquer tipo de suporte ou comunicada através de qualquer meio, sem a autorização dos titulares dos correspondentes direitos de propriedade intelectual ou seus cessionários. Ou seja, “el Código penal, en cuanto castiga la distribución con ánimo de lucro de una obra artística sin el consentimiento del titular o cesionario de los derechos, está tipificando y castigando con penas de multa y prisión de seis meses a dos años la conducta de los manteros”, fazendo, assim, com que o imigrante veja-se preso nas redes do Direito punitivo “en primer lugar por inmigrante y por irregular, pero también por pobre y por excluido social.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 14-15).

Nesse sentido, o Direito Punitivo se expande e se rearma como resposta aos medos e inseguranças da população diante da imigração irregular, de modo que “no parece hiperbólico afirmar que la consolidación de la centralidad del migrante es un hecho de primera magnitud para el Derecho penal.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 3). Isso significa dizer, em outras palavras, que a política criminal que tem orientado as medidas punitivas voltadas ao combate à imigração irregular tem ocasionado um retrocesso rumo à conformação de um modelo de Direito Penal de autor, no qual “la razón de ser de la punición (o de una respuesta sancionatoria agravada) no consiste en el hecho cometido, sino en el tipo de autor”, seja porque “falta el hecho que es sustituido por un sujeto ‘antijurídico’, o porque el ‘hecho’ existe pero es sintoma de un juicio sobre el autor: es verdad que no se quiere la comisión del ‘hecho’, pero porque en realidad es su autor quien resulta indeseable. (DONINI, 2009, p. 62).

Em todas essas medidas, uma simples condição pessoal, qual seja, o fato de ser estrangeiro, é convertida em delito, fulminando qualquer possibilidade de apreciação do direito fundamental à igualdade. Em outras palavras: verifica-se a construção de uma categoria de sujeitos associados à condição de elementos perigosos, de “inimigos”, por meio de seu tratamento penal tecnicamente diferenciado, peculiar. Como observa Cancio Meliá (2005), busca-se assegurar a identidade dos sujeitos representados pela norma, os “excludentes”, mediante a exclusão dos inimigos, os “excluídos”.

O funcionamento seletivo e mais severo do sistema punitivo em relação aos imigrantes em situação irregular demonstra, efetivamente, que, agregado ao ilícito cometido, evidencia-se “una suerte de infracción originaria que se deriva de su propia condición de *alien*.” (BRANDARIZ GARCÍA, 2011, p. 105). Desse modo, pode-se afirmar que, além da norma penal concreta, o migrante em situação irregular

infringe a norma materialmente subjacente que exige dele um *plus* de obediência e um comportamento neutro em razão de sua peculiar condição em face da sociedade que o controla e sanciona.

Considerações finais

Como se procurou demonstrar no presente trabalho, as políticas migratórias dos países centrais europeus assumem na contemporaneidade traços altamente repressivistas e excludentes, uma vez que assentadas em práticas que priorizam o controle das fronteiras no sentido de sua “impermeabilização”, bem como na perseguição e expulsão dos imigrantes que eventualmente conseguem transpô-las de forma irregular.

Dito recrudescimento punitivo voltado ao controle dos fluxos migratórios decorre do fato de que a imigração é vista como uma “ameaça” diante do enxugamento do Estado de Bem-Estar Social e do consequente “parasitismo social” representado pelos imigrantes. Com efeito, o enxugamento do *Welfare State* é acompanhado pelo sentimento de que os seus resquícios são privilégios que os cidadãos autóctones precisam defender e, nesse intuito, os discursos xenofóbicos novamente entram em cena.

Além disso, a insegurança e o medo que passam a caracterizar a vida nos grandes centros urbanos na contemporaneidade – particularmente em decorrência dos atentados terroristas ocorridos no início do milênio – são canalizados para determinados focos, em âmbitos concretos ou em grupos que, independentemente do fato de serem precursores de mais delinquência ou não, são temidos pela sociedade em razão da criação de estereótipos. Nesse rumo, a “potencialidade terrorista” representada pelo *alien* contribui para a construção de uma imagem distorcida dos imigrantes, o que reflete nas respostas institucionais aos fenômenos migratórios.

No entanto, a partir disso, reforça-se o ambiente social pautado pela “mixofobia” ou, em outras palavras, pelo “medo de misturar-se” com os imigrantes, razão pela qual a sua gestão cada vez mais se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra a imigração irregular, em detrimento da integração dessa população.

Como consequência, verifica-se um franco processo de expansão do Direito Penal, que é chamado a intervir nas questões atinentes à imigração, mais especificamente no que se refere ao controle dos fluxos migratórios. Isso permite afirmar que se assiste à construção de um modelo de Direito Penal de autor, visto que em muitos casos a condição pessoal de “ser” imigrante ilegal vem sendo, por si só, convertida em delito, ou então considerada enquanto causa de justificação de medidas punitivas mais drásticas que priorizam a inocuidade do indivíduo,

propiciando assim uma atuação do direito punitivo em clara afronta aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Referências:

- ARNAIZ, Graciano González R. La condición de extranjero del hombre (Apuntes para una ética de la diferencia). **LOGOS. Anales del Seminario de Metafísica**. n. 1, p. 121-141, 1998.
- BAGGIO, Fabio. Fronteras nacionales, internalizadas y externalizadas. In: ANGUIANO, María Eugenia; LÓPEZ SALA, Ana María. **Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional**. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 49-73.
- BARGE, Pierre. Las políticas de inmigración y asilo de la Unión Europea: políticas sin salida. In: **APDHA – Derechos Humanos en la Frontera Sur 2008, p. 6-13, 2008**.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- _____. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- _____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- _____. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. **¿Qué hay detrás de los 'sin papeles'?** In: **El País**. 04 jan. 2010.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal**. Granada: Comares, 2011.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. El Derecho Penal español ante la inmigración: um estudio político-criminal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; BACIGALUPO, Silvina. **Derecho penal y política transnacional**. Barcelona: Atelier, 2005. p. 343-415.
- CARRON, Alain-Marie. **A volta do oportunismo migratório. Le Monde Diplomatique Brasil. 2010. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=80&tipo=acervo>>. Acesso em: 23 abr. 2013**.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Fronteiras e segurança**. Bruxelas: Direção-Geral da Comunicação, 2013.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Migração e asilo**. Bruxelas: Direção-Geral da Comunicação, 2013a.
- DE LUCAS, Javier. **Puertas que se cierran: Europa como fortaleza**. Barcelona: Icaria Editorial, 1996.
- _____. Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración. **Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja**, n. 1, 2003. Disponível em: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/delucas.pdf>>. Acesso em 21 nov. 2013.

- DONINI, Massimo. El ciudadano extracomunitario: de "objeto material" a "tipo de autor" en el control penal de la inmigración. **Revista Penal**. n. 24, p. 52-70, 2009.
- LACOMBA, Josep. **Historia de las migraciones internacionales**: historia, geografía, análisis e interpretación. Madrid: Catarata, 2008.
- LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 10-05, p. 05:1-05:31, 2008. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- LÓPEZ SALA, Ana María; SÁNCHEZ, Valeriano Esteban. La nueva arquitectura política del control migratorio en la frontera marítima del suroeste de Europa: los casos de España y Malta. In: ANGUIANO, María Eugenia; LÓPEZ SALA, Ana María. **Migraciones y fronteras**: nuevos contornos para la movilidad internacional. Barcelona: Icaria Editorial, 2010. p. 75-102.
- MALGESINI, Graciela; GIMÉNEZ, Carlos. **Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad**. Madrid: Catarata, 2000.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **La inmigración como delito**. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP. Barcelona: Atelier, 2007.
- _____. **¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad**. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. n. 10-06, p. 06:1-06:20, 2008. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- _____. Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: **¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?** **Revista Para el Análisis del Derecho**. n. 3, p. 2-45, 2009. Disponible em: <www.indret.com>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- MONCLÚS MASÓ, Marta. La "gestión" penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho. **Panóptico**: Revista Monográfica Semestral de Crítica a la Política Criminal. Nueva época, n. 3, p. 174-179, 2002.
- MORICE, Alain; RODIER, Claire. **Como a Europa segrega seus vizinhos. Le Monde Diplomatique Brasil**. 2010. Disponible em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=703>>. Acesso em: 13 fev. 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Informes sobre el desarrollo humano, 2009**. Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos. Nova Iorque, 2009.
- SANTIAGO, Jaime Ruiz. Movimientos migratórios y movimientos forzados de personas en el mundo contemporáneo. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Vol. 10, num. 10, p. 121-148, 2010.

SPIRE, Alexis. **Xenofobia em nome do Estado de bem-estar social. Le Monde Diplomatique Brasil. 2013. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1550>>. Acesso em: 13 fev. 2014.**

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. **Qual a política migratória do Brasil? Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1121>>. Acesso em 29 maio 2012.**

WAGMAN, Daniel. Los medios de comunicación y la criminalización de los inmigrantes. In: BASTIDA, Manuel Lario (coord.). **Medios de comunicación e inmigración**. Murcia: Programa CAM Encuentro, 2006. p. 201-213.

LOS DERECHOS SOCIALES, EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL RIESGO DE RIGIDIZACIÓN IDEOLÓGICA¹

Judicial activism, positive social rights and the risk of damaging the political autonomy of society

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²
Universidad de los Andes

Sumario: I. Delimitación del problema. II. Las diferencias entre Política y Derecho. III. El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a la política. IV. ¿Son los derechos sociales indisponibles para el proceso político? V. La pobreza, como un fenómeno social complejo. VI. El activismo judicial como perversión del constitucionalismo. VII. La confianza en los jueces como "héroes sociales". VIII. El juez como operador político-social. Dificultades. IX. La rigidización ideológica en materia de derechos sociales. X. La desconfianza hacia el proceso democrático ¿desconfianza hacia el pueblo? XI. Pero ¿y si la Política realmente no funciona en el combate contra la pobreza? XII. El peligro de minusvalorar la democracia y los derechos civiles y políticos. XIII. Conclusiones: el valor de la democracia, la Política y el constitucionalismo. XIV. Bibliografía.

Resumen: Frecuentemente, los partidarios de la justiciabilidad directa de los derechos sociales tienden a defender una sola visión de la justicia social, y sólo una forma de solucionar sus problemas, pretendiendo reforzar su punto de vista con la fuerza del Derecho. Sin embargo, así se pone en peligro la libertad de los ciudadanos y de las sociedades para elegir o alejarse democráticamente de determinadas ideologías o políticas públicas, y encontrar así salidas efectivas al problema de la pobreza; sin perjuicio de las disfunciones provocadas por usar al Derecho como herramienta de transformación social. Asimismo, podría minusvalorarse el imprescindible aporte del constitucionalismo tradicional a los problemas políticos de nuestras sociedades latinoamericanas.

Palabras clave: Política, Derecho, Derecho Constitucional, derechos sociales, activismo judicial.

¹ Comunicación para el I Congreso Iberoamericano sobre nuevos Desafíos Jurídicos, Universidad de Santiago de Compostela, Octubre de 2015. Trabajo efectuado en el marco de la investigación desarrollada por el autor, para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos Pereira Menaut.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; doctorando en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de derechos humanos en la Universidad de los Andes, Chile.

Abstract: When, in the field of positive social rights, the constitutional judge imposes a certain ideology through their sentences, to the detriment of other doctrines that are legitimately beaten in the democratic game, damages the political autonomy of the society to choose the best options to fight poverty. Constitutional Law has limitations as a tool for solving political problems and, moreover, essential principles of classical constitutionalism can be undermined.

Keywords: Politics, Constitutional Law, positive social rights, judicial activism.

I. Delimitación del problema

Una de las cuestiones más discutidas en materia de teoría constitucional contemporánea es la relativa a la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Para aportar nuestro punto de vista a esta discusión, proponemos un enfoque del problema desde la diferencia entre el Derecho y la Política, y de cuáles serían las dificultades que podría causar la solución de un problema social como la pobreza con las armas del Derecho, sin considerar, al mismo tiempo, aquellas aportaciones que la Política –y el derecho constitucional liberal o tradicional- pueden entregar.

Antes de continuar, precisemos que nos referiremos a los derechos sociales prestacionales³, esto es, aquellos que buscan mejorar el nivel de vida de sus destinatarios y lograr la igualdad material⁴, mediante prestaciones o transferencia de “bienes o servicios económicamente avaluables, subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.”⁵; todo ello, desde el Estado hacia los particulares⁶.

Asimismo, entenderemos como doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales, aquella que propugna que estos derechos son *directamente aplicables* por el juez, con independencia de -o incluso contra- cualquier desarrollo legal o administrativo dispuesto por las autoridades político-representativas. Tal vez una de las afirmaciones más directas al respecto puede encontrarse en lo que afirma PEREIRA DE SOUZA NETO, quien señala que:

"Si consideramos que ciertos derechos sociales son condiciones de la democracia [...], entonces el Poder Judicial, como su guardián, tiene también el deber de concretizarlos, sobre todo frente a la inercia de las demás ramas del Estado en la realización de esa tarea. Si el Poder Judicial tiene legitimidad para invalidar las normas producidas por el

³ Otro tipo de derechos sociales –como, por ejemplo, los derechos sociales negativos, o los derechos sociales desarrollados mediante disposiciones legales o administrativas- son indiscutiblemente justiciables, por lo que no serán considerados en este trabajo.

⁴ J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", 2010, pp. 126, 129, 131, 134

⁵ L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", 2000, p. 15

⁶ Considérese, sin embargo, la idea del efecto horizontal de los derechos sociales, esto es, la idea de que los particulares también se encuentran obligados a satisfacer las necesidades sociales de los otros ciudadanos. Esta teoría fue recogida, por ejemplo, en una serie de fallos del Tribunal Constitucional chileno relativos al sistema privado de aseguramiento de salud vigente en Chile. Ver síntesis de este punto en concreto en J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", pp. 149–150.

Poder Legislativo, se puede afirmar con más facilidad que es igualmente legítimo para actuar ante la inercia de los demás poderes, cuando esa inercia implica un obstáculo al funcionamiento regular de la vida democrática. El concretización judicial de los derechos sociales fundamentales, independiente de la mediación legislativa, es un *minus* en relación al control de constitucionalidad⁷.

Por su parte, LÓPEZ DAZA señala que la materialización de los derechos sociales en América Latina ha pasado por el sistema judicial. En algunos países son los órganos judiciales quienes intervienen en la política social que debe seguir el respectivo gobierno, y son estos mismos órganos quienes supervisan su aplicación. Agrega que América Latina es probablemente la región del mundo donde hay más actividad legal en materia de derechos sociales⁸.

En consecuencia, nos referiremos al derecho de origen jurisprudencial o judicial. Así planteado el problema, la cuestión es: ¿son los derechos sociales prestacionales directamente aplicables por el juez –al modo de los derechos fundamentales clásicos⁹– o necesitan más bien un desarrollo normativo previo, en base a la configuración diseñada por las autoridades político-representativas?

II. Las diferencias entre Política y Derecho

Como primera aproximación, creemos que la cuestión planteada se conecta íntimamente con la relación que la Política y el Derecho mantienen en el ámbito del derecho constitucional. Si bien allí confluyen, ambas disciplinas también presentan diferencias que son fundamentales en relación a nuestro tema¹⁰.

El Derecho, como es conocido, implica un conflicto entre partes que debe solucionarse mediante la aplicación, por un tercero imparcial –el juez–, de una regla de derecho no dictada por ninguno de los interesados¹¹. La regla de derecho es el

⁷ C. PEREIRA DE SOUZA NETO, "Teoria da constituição, democracia e igualdade", p. 26. Traducción nuestra. Otros autores no señalan esto tan directamente, pero proveen todos los argumentos para llegar a la misma conclusión sobre la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Véase por ejemplo H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", 2009, pp. 184–191.

⁸ G. A. LÓPEZ DAZA, "Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", 2010, p. 29.

⁹ Ejemplo clásico al respecto es la sentencia N°15/1982, de Tribunal Constitucional español, en que se declaró que el derecho a objeción de conciencia frente al servicio militar –art. 30.2 de la Constitución española– resultaba aplicable aún sin desarrollo legislativo. Ver sentencia en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/57>. Fecha de Consulta: 10 de septiembre de 2015

¹⁰ Entre las incontables obras que tratan el tema, nos permitimos sugerir la lectura de A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010; y de nuestro artículo "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", 2013; ambos en la bibliografía de este artículo.

¹¹ En ese sentido, WALDRON resume este aspecto señalando que la distinción de un tribunal, respecto del Parlamento, radica en la diferenciación entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión, el juez. Éste, luego de escuchar a las partes regresa con un veredicto que, se supone, representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias de éstas J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, 2005, pp. 32, 69-70.

parámetro contra el cual se contrastan las pretensiones de los litigantes, para decidir cuál de ellas tiene la razón y cuál, por el contrario, debe ser desechada.

Además, el Derecho se caracteriza *por la forma* en que resuelve el conflicto sujeto al conocimiento del juez: la solución que éste impone tiene el carácter de definitiva, dando la razón de forma absoluta a una de las partes, y denegando la razón a la postura de la contraparte perdedora. Como expresa GLENDON de manera gráfica, el ganador se lo lleva todo y el perdedor tiene que abandonar la ciudad. La conversación ha terminado¹².

La Política en cambio, no implica nada de esto. En primer lugar no hay "parte" ni "contraparte". Lo que hay es la discusión entre diversas posiciones de orden ideológico, que se presentan las unas frente a las otras en pie de igualdad¹³, sin la intervención de un tercero imparcial, distinto de los involucrados, que esté encargado de la resolución de las eventuales disputas entre dichas posiciones. En esta "polifonía política" –cuya expresión histórica y física se ha encontrado en los Parlamentos¹⁴–, los interesados resuelven *por sí mismos* el asunto entre manos, adoptando el o los acuerdos que estimen adecuados al problema de interés público que tienen que enfrentar.

Es por ello que, como evidencia PEREIRA, es propio de la Política que cada parte defienda su respectiva posición ideológica de manera parcial o partisana¹⁵. Las soluciones que se alcanzan en la Política requieren negociación y transacción, en un proceso que, a pesar de sus defectos, permite, sin embargo, integrar de mejor forma a las distintas visiones que la sociedad mantiene sobre un determinado tema social o político.

III. El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a la Política

En este orden de ideas, puede entenderse por qué los derechos fundamentales¹⁶ tienen aplicación directa, están fuera del juego político y han sido entregados al resguardo del Derecho: no es constitucional, ni humano, decidir por mayoría de votos o transar respecto de si una persona ha de tener o no derecho a la vida, derecho al debido proceso, etcétera. Como dice MATLARY, refiriéndose a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los derechos allí contenidos están

¹² M. A. GLENDON, "El Lenguaje de los Derechos", 1998, p. 88.

¹³ De acuerdo a WALDRON lo destacable de los Parlamentos, a diferencia de las otras ramas del gobierno, es que en el rango más alto de su jerarquía, está ocupado por muchas personas, iguales entre ellas, al menos por lo que respecta a su autoridad última en la creación de derecho. En definitiva, la idea es que el pueblo esté gobernado por sí mismo, o al menos por una gran cantidad de individuos, y no por una persona sola. J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, 2005, p. 62

¹⁴ Estas gráficas expresiones, extraídas de la obra de WALDRON citada en este artículo.

¹⁵ Como señala PEREIRA, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas, que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El Derecho judicial, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o de lo contrario dejará de ser Derecho. A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, p. 61.

¹⁶ Expresión con la que nos referimos a los derechos civiles y políticos o de "primera generación". Considérese, sin embargo, que gran parte de la doctrina aquí estudiada también entiende el calificativo de "fundamentales" a los derechos sociales.

resguardados del proceso político ordinario, como respuesta al relativismo que se evidenció de la manera más brutal con el régimen hitleriano. Señala esta autora que:

“Los derechos que aparecen definidos en la Declaración Universal constituyen un conjunto que se revela como una plenitud de derechos, claros y concisos, que reflejan una antropología igualmente concreta. [...] y se explicitó... que esos derechos «son inviolables e inherentes». Nadie, ni siquiera los políticos, pueden modificar esos derechos, porque son innatos, pertenecen a todos los seres humanos por nacimiento, por el hecho de ser humanos [...] Los derechos humanos son "prepolíticos", en el sentido de que no son dados o garantizados por los políticos, sino "descubiertos" a través de la razón humana, como constitutivos del ser humano. También son "apolíticos", porque no son construcciones políticas, sino antropológicas: consecuencias de nuestra naturaleza humana [...]”¹⁷.

En el mismo sentido, CALSAMIGLIA señala que:

[...] En las democracias modernas rige el principio básico de que la mayoría es el criterio más importante y que la negociación entre intereses y aspiraciones da como resultado esas reglas de juego. Pero [...] [no] es difícil encontrar ejemplos que muestren que siguiendo reglas mayoritarias pueden producirse resultados inaceptables desde el punto de vista de la justicia [...]. La democracia moderna tiene unos límites: los derechos. Los derechos son aspiraciones individuales protegidas institucionalmente de la negociación de la mayoría. La mayoría no puede conculcar los derechos. El límite de la negociación mayoritaria son los derechos¹⁸.

Lo expuesto evidencia también lo que, creemos, debiera ser el papel del derecho constitucional frente a la Política: el de constituir un marco externo, una suerte de “rayado de cancha”, que permita el libre juego e interrelación de las distintas fuerzas políticas. Como dice PEREIRA, el Derecho implica, de cara a la Política, freno, control y limitación. La Política impulsa, propone, innova, es expansiva; el Derecho frena el poder, lo sujeta, lo encauza, recorta el alcance de su actuación y procedimientos. Si la actividad política limita el poder, el Derecho limita a la actividad política¹⁹.

Éste es, estimamos, el legado del derecho constitucional clásico, de acuerdo a su historia: el poder debe ser limitado; esa limitación se hace necesaria cualquiera sea el titular de dicho poder –en la democracia, la mayoría del pueblo²⁰– y el juez está a cargo de cuidar ese aparataje. Fuera del ámbito esencial de la protección de los derechos y libertades fundamentales, por el contrario, la Política es libre, y el derecho constitucional (así como el juez a su cargo) deberían mantener una relativa neutralidad frente al devenir político, económico, social, cultural etc. de una

¹⁷ J. H. MATLARY, *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*, 2007, p. 4

¹⁸ A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", 2000, pp. 85–86

¹⁹ A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, p. 62.

²⁰ Idea tratada, destacadamente, en *El Federalista*, LI.

determinada sociedad; particularmente en un tema tan complejo y controvertido como lo es la actitud que ésta debe adoptar frente a la cuestión de la pobreza.

IV. **¿Son los derechos sociales indisponibles para el proceso político?**

Pero ¿puede aplicarse el mismo razonamiento expuesto, respecto de los derechos sociales? Vaya por delante, que el objetivo de muchos autores partidarios de la justiciabilidad de los derechos sociales es lograr a favor de éstos, precisamente, el mismo efecto de "aislamiento" respecto del juego político democrático.

Así, por ejemplo, PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA concluyen que la carta brasilera de 1988 -que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º- acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. Agregan que

"[I]a política, en definitiva, dejó de ser concebida como un dominio jurídicamente libre y constitucionalmente desvinculado, una vez que sus dominios pasaron a sufrir límites e imposiciones de acción, por medio de un proyecto material constitucional de orden vinculante. Surgió de esto, una verdadera configuración normativa de la actividad política"²¹.

En el mismo sentido, ABRAMOVICH y COURTIS señalan que, aún en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria²².

A nivel del derecho internacional de los derechos sociales, KARTASHKIN, si bien niega que la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales apunte a una estandarización de la legislación o de un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí cree que aquella establecería un contenido mínimo de los derechos sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*, aun si -como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)-, se parta de la idea que la plena realización de los derechos es resultado del desarrollo progresivo de políticas nacionales, legislación y acción práctica²³.

De esta manera, y como uno de los principales objetivos de esta doctrina, los estados seguirían obligados a satisfacer un núcleo de derechos sociales cualquiera sea la orientación política que adopte dicha sociedad, y cualesquiera sean las circunstancias -incluyendo crisis económicas-, que usualmente influyen en otras políticas de orden social²⁴.

²¹ F. PIOVESAN, R. STANZIOLA VIEIRA, "Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas", 2006, p. 132. Traducción nuestra.

²² V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2002, pp. 36-37.

²³ V. KARTASHKIN, "Economic, Social and Cultural Rights", 1982, p. 113. Traducción y destacado nuestro.

²⁴ A mayor abundamiento, los N°s 13 y 14 de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU se refieren al papel de la cooperación

V. La pobreza, como un fenómeno social complejo

La cuestión resulta polémica desde ya, porque, al menos en nuestra opinión, la pobreza parece ser un problema de orden multicausal, particularmente persistente a través de los siglos, y parece difícil que, de manera repentina, los juristas del siglo XXI hayan encontrado en el Derecho la solución a un problema que, a través de los siglos, no ha podido ser resuelto de forma definitiva ni por la economía, ni por la filosofía, ni por la moral y ni siquiera por las religiones...

Lo cierto, sin embargo, es que existe más de un enfoque y más de una solución al problema de la pobreza, o al menos así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. Es lo que evidencia ROSENKRANTZ cuando se refiere a lo que denomina la "objección epistémica" a la justiciabilidad de los derechos sociales:

"Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]"²⁵.

Además, más allá de la teoría, existe un enorme abanico de posibilidades a la hora de lidiar con la cuestión social. Cuestiones tales como *la multiplicidad de tipos de estado de bienestar*, no todos los cuales entregan enteramente la cuestión de las prestaciones sociales al Estado²⁶; la experiencia norteamericana de participación voluntaria del sector privado en la asistencia social²⁷; y la existencia de muchas variantes ideológicas que escapan al binomio estatismo-liberalismo²⁸, reflejan la

internacional en la plena efectividad de los derechos sociales, cuando incluso los propios estados son incapaces de cumplir con estas obligaciones.

²⁵ C. ROSENKRANTZ, "La pobreza, la ley y la constitución", pp. 8-9.

²⁶ Una obra clásica al respecto es G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1990.

²⁷ Al respecto, GLENDON propone un complemento mutuo entre los sistemas europeos estatales de bienestar y el sistema de asistencia social privado norteamericano. Ver M. A. GLENDON, "Rights in Twentieth-Century Constitutions", 1992, pp. 534-535. Cabe observar, en apoyo de esta idea, que datos publicados por la OCDE en 2014 demuestran que, en materia de Producto Interno Bruto destinado a servicios sociales, cuando se considera la estructura de impuestos y el rol de los beneficios sociales privados, el país que sube segundo puesto mundial en niveles de gasto social, después de Francia, es... Estados Unidos. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), "Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX), November 2014", 2014, p. 1.

²⁸ Así por ejemplo, la corriente ideológica del comunitarismo, que motivó el surgimiento de lo que se conoce como la "tercera vía", y que se plasmó, por ejemplo, en la sustitución de las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes en países como Estados Unidos, Australia y el Reino Unido, y la implantación de costes de

existencia de una enorme riqueza y complejidad en las respuestas que nuestras sociedades se han dado al tema de la pobreza.

A mayor abundamiento, un vistazo a las estadísticas económicas recientes del continente latinoamericano muestra que, en términos de desarrollo comparativo, pareciera que los países que han optado por una economía de mercado moderada, exhiben mayores índices de desarrollo social que aquellos otros países que han escogido un modelo de corte más socialista²⁹.

En consecuencia, nuestra objeción a la doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales no reside en la pertinencia o impertinencia política o moral de los derechos sociales, en sí mismos considerados. Nuestra aprensión es que, frente a la enorme riqueza y complejidad en las respuestas que nuestras sociedades se han dado frente a la cuestión en examen, y al hecho de que la Política, con todas sus limitaciones³⁰, parece manejar mejores herramientas que el Derecho para enfrentar cuestiones sociales multidimensionales -como lo es la pobreza-, parece difícil aceptar como correcta la idea de que este último deba ser utilizado para imponer directamente, a través de la acción del juez, una determinada forma de lidiar contra tal flagelo.

Empero, lo que la doctrina partidaria de la justiciabilidad de los derechos sociales pide a este último es precisamente que, en las cuestiones en estudio, aplique *determinadas teorías de justiciabilidad directa* de los *derechos sociales*, haciendo caso omiso de lo que hayan determinado al respecto los poderes político-representativos. Esto nos lleva a analizar brevemente el tema del activismo judicial.

VI. El activismo judicial como perversión del constitucionalismo

Si bien el juez constitucional representa la piedra angular del derecho constitucional³¹, su actuación también está sujeta a determinados límites, fuera de los cuales puede poner en peligro las potestades asignadas a las demás ramas

docencia. De acuerdo a HEYWOOD, a partir de ahí "los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella". A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, 2010, p. 244.

²⁹ Es así como en el último Índice de Progreso Social 2015 –índice realizado con ayuda de la Universidad de Harvard y el Instituto Tecnológico de Massachusetts-, Chile, reputado como el país más liberal de Latinoamérica en términos económicos, aparece en el segundo mejor lugar, después de Uruguay. Ver detalles en: AVINA (Ed.) (10 de abril de 2015): Índice de Progreso Social 2015: Latinoamérica avanza inequitativamente. Available online at <http://www.avina.net/esp/13114/incontext-62/>, checked on 10/16/2015.

³⁰ Aquí recordamos las palabras del profesor PEREIRA, quien señala que la Política, tal como el Derecho, comparten la característica de ser superficiales, esto es, la incapacidad de resolver los problemas más radicales del ser humano, o hacerlo bueno o feliz. A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, pp. 60-61.

³¹ A.-C. PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos*, 2006, p. 194. En efecto, al comienzo "no hubo más constitucionalismo que el judicial y los jueces tuvieron gran importancia y jugaron un destacado papel aún desde su prehistoria en la Edad Media". Asimismo, como señala este autor, la famosa Carta Magna de 1215 no se ocupa prácticamente ni del legislativo ni del ejecutivo, pero sí de la judicatura y de la administración de justicia

gubernamentales³² o, incluso, como pretendemos sostener aquí, la autonomía política de la propia sociedad.

En este sentido, TOCQUEVILLE fue uno de los primeros en entrever que un mal uso de las potestades judiciales podría producir ciertas distorsiones de orden constitucional:

"[...]un juez que al dilucidar una cuestión particular destruye, por la certidumbre en que se encuentra, un principio general, golpeando al mismo principio igualmente en todas sus consecuencias, al permanecer en su círculo natural de acción, hace estéril dicho principio. Pero si el juez ataca directamente el principio general y lo destruye sin tener a la vista un caso particular, entonces se sale del círculo en que todos los pueblos habían acordado mantenerlo. Se convierte así en algo más importante, tal vez más útil que un magistrado, pero deja de representar al poder judicial"³³.

LOEWENSTEIN, por su parte, señala que cuando los jueces proclaman su derecho de valorar una decisión político-social y político-económica de los detentadores del poder —gobierno y parlamento—, el control se hace altamente discutible. Si el control judicial se aplica a decisiones políticas, adquiere entonces el carácter de un control político por parte de los tribunales que, teóricamente, no corresponde a la función judicial³⁴.

Finalmente, CALSAMIGLIA señala que:

"[...] Es muy discutible si deben ser los jueces constitucionales los que nos deben decir qué es lo que debemos hacer. Más bien los jueces constitucionales deberían ser los guardianes de qué es lo que no puede hacer el Gobierno y los parlamentos. Las políticas públicas no deben ser monopolio del feudo judicial. Una de las grandes preocupaciones de la democracia ha sido prevenir la tiranía y, ciertamente, los sistemas constitucionales han tratado de dispersar la soberanía para que no se abusara del poder. En esta lucha contra el exceso de poder, la institución judicial ha jugado un papel importante. Pero quizá no debemos ceder a los jueces lo que no quisimos ceder ni al Gobierno ni al Parlamento"³⁵.

En consecuencia, recordando que el constitucionalismo liberal parte de la base de que el problema no es el abuso del poder político por una persona o institución determinada, *sino el abuso del poder en sí mismo considerado* —aunque lo protagonice aquél llamado a guardar la Constitución y las leyes—, cabe concluir que el intento de utilizar al activismo judicial como herramienta de imposición ideológica es tan anticonstitucional como cualquier otra forma de extralimitación del poder político.

³² Uno de los principales supuestos sostenidos por la doctrina de la deferencia judicial es que los poderes político-representativos también tienen la capacidad de interpretar la constitución, facultad que merece el respeto institucional por parte del poder judicial. En: J. B. THAYER, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 1893, pp. 136,148

³³ A. D. TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, Tomo I, 1911, pp. 121-122

³⁴ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, 1976, reimpresión 1986, p. 312.

³⁵ A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", p. 97.

VII. La confianza en los jueces como "héroes sociales"

En este orden de ideas, no deja de ser llamativa la enorme confianza que la doctrina partidaria de justiciar directamente los derechos sociales deposita en los jueces. Parece suponerse que éstos son capaces, de forma natural, de suplir la inactividad o incompetencia de las ramas político-representativas de gobierno cuando éstas, sea por lenidad, corrupción u otra razón, fallan a la hora de enfrentar el problema de la pobreza; contando los jueces, incluso, con alguna especie de "superioridad moral" frente al deficiente y criticable proceso político.

Frank CROSS ironiza al respecto cuando afirma que:

"Comúnmente, [en] el caso de los derechos positivos [se] presume, implícitamente, que los jueces son magos benevolentes, dispuestos y capaces de agitar una varita mágica y, con ello disipar, las tristes condiciones de pobreza. Si no magos, los jueces son, al menos, reputados como reyes-filósofos, que pueden tanto discernir como crear una sociedad justa"³⁶.

Mc CANN, por su parte, aludiendo al periodo WARREN de la Corte Suprema norteamericana señala que "[e]n la versión más idealista [...ésta...] fue retratada como una heroica liga de Caballeros Blancos, que blandían valientemente las espadas del razonamiento legal para eliminar las monstruosas injusticias que habían afligido por largo tiempo a nuestra nación". Agrega que, en la democracia americana post-*New Deal* la Corte Suprema fue vista como una fuerza democratizadora, uno de los más significativos actores en el panorama político y la única fuente de acceso institucional para aquellos ciudadanos desfavorecidos, o bien, invisibilizados dentro del sistema. Otros intelectuales, agrega este autor, enfatizaron la distintiva autoridad moral de la Corte como una defensora de los derechos y libertades individuales³⁷.

De cualquier forma, lo cierto es que la doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales adoptó entusiastamente este punto de vista.

Es así como QUEIROZ BARBOZA y KOZICKI estiman que la expresión "jueces activistas" no debe ser entendida en su significado pragmático -de jueces que imponen su propio punto de vista, ignorando la constitución y los precedentes judiciales que le dan contenido-, sino en el sentido de que aquellos deben estar listos para responder las cuestiones de moralidad política que les son presentadas³⁸. Más adelante, las mismas autoras afirman que los jueces no sólo pueden proteger el *statu quo*, defendiendo los derechos adquiridos, sino que también han de ser capaces de llevar adelante reformas sociales relacionadas con la promoción de diversos derechos³⁹.

LIEBENBERG, por su parte, sostiene que:

"En vista de la acumulación de injusticias históricas, la plena realización de los derechos sociales requerirá de profundos cambios estructurales con el tiempo. ¿Podrán los Tribunales desempeñar un papel importante

³⁶ F. B. CROSS, "The Error of Positive Rights", 2001, p. 923. Traducción nuestra.

³⁷ M. MCCANN, "How the U.S. Supreme Court Matters: new institutional perspectives on Judicial Power", 2002, pp. 271-272. Traducción nuestra.

³⁸ E. M. DE QUEIROZ BARBOZA, K. KOZICKI, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", 2013, p. 418. Traducción nuestra.

³⁹ *Ídem.*, p. 428

para facilitar estos cambios fundamentales? Mi visión personal es que, en la actual jurisprudencia sobre derechos sociales de los Tribunales, hay un potencial considerable para la transformación. Sin embargo, la realización de este potencial depende de que los Tribunales interpreten los derechos sociales en forma sustantiva [...]"⁴⁰.

Finalmente, ABRAMOVICH y COURTIS, en su libro, de referencia obligada de esta materia -al menos en América Latina-, demuestran su plena confianza en el activismo judicial como forma de resolver los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales:

"[...] lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, *un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana*, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehiculizar reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos"⁴¹.

Como puede verse, los juristas partidarios de los derechos sociales parecen asumir que el problema de la injusticia social puede ser resuelto simplemente presentándolo ante la decisión de los jueces; y que, una vez en manos de estos, se trataría de una cuestión de "coser y cantar"...

VIII. El juez como operador político-social. Dificultades

Sin embargo, como hemos dicho también en otra ocasión, no parece repararse en al menos dos problemas gravísimos.

El primero, que frente al optimismo de la doctrina en cuanto a la simpatía del juez con determinados puntos de vista ideológico, se olvida que el activismo judicial es, en definitiva, el ejercicio de una *competencia* -y no de un "contenido"- que se sustrae a las autoridades político-representativas y se asume por el juez, como lo evidencia, entre otros, CALSAMIGLIA⁴².

Lo anterior reviste una enorme importancia, porque aquella competencia - como cualquier otra, por lo demás- es de carácter neutro y por tanto, no tiene lealtad ideológica alguna; su contenido depende de quien la utiliza. Por eso nada impide a un tribunal activista "de izquierdas" convertirse mañana en un igualmente nefasto tribunal activista "de derechas", o viceversa⁴³. Pero, una vez abierta la

⁴⁰ S. LIEBENBERG, "Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica", 2006, p. 62.

⁴¹ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2002, pp. 46-47. Cursivas nuestras.

⁴² "La tesis de la inflación y generaciones de derechos favorece paulatinamente la incorporación de más derechos -y especialmente los derechos sociales y culturales- en la Constitución. Pero esta transferencia lleva implícitamente una transferencia de poder al poder judicial". A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", p. 97

⁴³ R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial. Constitutional Judges, Politics and Judicial Self Restraint", 2013, p. 94

puerta, ya será bastante más difícil llamar a los jueces al orden, incluso por aquellos que hoy aplauden la actual deriva ideológica del tribunal. La propia Corte Suprema norteamericana ha pasado por periodos de activismo liberal y luego, por periodos de activismo conservador, en los cuales la corriente activista vencedora se dedica a echar abajo los precedentes establecidos por la corriente contraria⁴⁴.

Irónicamente, mientras algunos juristas confían inocentemente en la calificación moral y simpatías políticas de sus jueces, los políticos profesionales parecen tener bastante más claro cuáles son los límites humanos de esos juzgadores, como lo demuestra la tendencia generalizada -al menos en nuestros países de cultura jurídica europeo-continental-, de proveer las plazas de los tribunales constitucionales atendiendo *cuidadosamente* a los equilibrios políticos⁴⁵; tendencia prevista por lo demás, de manera expresa, por el mismo Kelsen⁴⁶.

La segunda cuestión problemática dice relación con la forma en que el juez asume y soluciona el litigio que tiene entre manos. Lo usual en su actividad es la adjudicación en favor de aquella posición o interés de las partes que más se ajusta a Derecho (es decir, a la norma preexistente), descartándose la que no encuentra ese fundamento. Ello en base a una suerte de "reduccionismo cognitivo", que es una de sus características más llamativas de la actividad judicial: en el fallo no se considera a toda la comunidad política, sino sólo a las partes del proceso; ni se considera toda la realidad o las alternativas de solución, sino que sólo aquella parte del problema presentada por los litigantes y que ha sido sometida a conocimiento jurisdiccional, en lo que resulta relevante para resolver la cuestión litigiosa como tal⁴⁷.

Empero, aplicada esta forma de razonamiento a un problema político o social -y sin la mediación de la normativa dictada por las autoridades político-representativas-, es probable que se produzca una de estas dos alternativas: o el multifacético problema social que intenta ser abordado ha sido jibarizado a lo que -

⁴⁴ R. A. POSNER, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint", 2012, pp. 547 y ss. Recuérdese además la crítica del juez Holmes al conocido fallo *Lochner v. New York*, 198 EE.UU. 45 (1905), por reflejar éste una "determinada teoría económica"; en ese caso, liberal. En tanto, en nuestro continente, y específicamente en materia del derecho a la salud, tanto en Chile como en Brasil, el Tribunal Constitucional y el Supremo Tribunal Federal, respectivamente, han pasado de reconocer enfáticamente la calidad fundamental de este derecho, a efectuar, posteriormente, correcciones que recuerdan mucho a los supuestos de la deferencia judicial. Ver jurisprudencia y doctrina relativa a esta materia en R. A. POYANCO BUGUEÑO; C. ROMERO GOMES, "El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, I, I, 2015, pp. 149-172.

⁴⁵ En 1994 FAVOREU señalaba que "[...] las autoridades políticas, cualesquiera que sean, han designado a jueces afines o de sus mismas tendencias políticas; y, de hecho, en Alemania, Italia, España, Francia o Austria, los dos o tres principales partidos políticos se reparten la elección. Y ello aun en el caso de que, como en Alemania o en España, se hayan querido tomar precauciones para evitarlo [...]" J. L. FAVOREU, *Los Tribunales constitucionales*, 1994, p. 30

⁴⁶ H. Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", 2008, p. 26

⁴⁷ R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", pp. 73-74

según estima el juez-, es su faceta jurídica y las múltiples aristas sociales, históricas, culturales, etc. que lo componen quedan fuera de consideración (lo que producirá, casi con seguridad, una solución incompleta o parcial); o bien los jueces se han animado a resolver el asunto en su totalidad, asumiendo las dificultades intrínsecas de dichas facetas. Pero en esta segunda alternativa no se advierte cómo estos hombres de Derecho –seguramente muy versados *en sus específicas competencias jurídicas*– podrían tener un mejor criterio político o una mejor *expertise* social que, digamos, el político profesional o incluso el hombre de la calle⁴⁸.

En este punto, debe destacarse que la doctrina partidaria de los derechos sociales directos –que es la que intenta seducir al juez a aventurarse en estos parajes– se esfuerza, de buena fe, en demostrar que sus proposiciones y presupuestos no corresponden a concepciones ideológicas, sino que constituyen expresión del más prístino razonamiento jurídico⁴⁹. Sin embargo, ello difícilmente logra disimular que nos encontramos ante una materia de orden *extrajurídico*. Una de las mejores formulaciones sobre esta cuestión la efectúa ATRIA, quien ejemplifica cómo personas de diferentes sensibilidades ideológicas elegirían concretizar, de forma muy distinta, una misma norma sobre derecho a la educación que se contiene en la constitución chilena de 1980. A partir de esto, el autor concluye que:

"[...] [E]s incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su "indeterminación" [...]. No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, "indeterminados" en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez [...] La tesis defendida aquí [...] es que no es una forma de razonamiento jurídico sino político [...]"⁵⁰.

En otras palabras, la cuestión es si un jurista, en tanto "hombre de derecho" - cuestión particularmente importante en el caso del juez-, puede escoger formas específicas de combatir la pobreza, en base a herramientas jurídicas, en el marco de un litigio y de forma *imparcial*. Nosotros creemos que, en estas condiciones, ello no es posible.

IX. La rigidización ideológica en materia de derechos sociales

En este orden de ideas, y dadas las limitaciones expuestas, los intentos de imponer una determinada visión de los derechos sociales a golpe de sentencias no pueden terminar sino en la imposición, con la fuerza del Derecho, *de una forma*

⁴⁸ *Ídem.*, p. 94. En este sentido, sostenemos con PEREIRA que la Política es, en definitiva, una cuestión de sentido común, accesible al hombre de la calle. Un desarrollo de esta idea en: A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, 2010, pp. 48 y ss.

⁴⁹ Una comprensiva exposición de las teorías al respecto puede encontrarse, p. ej., en H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, 7, 2, 2009, pp. 143-205. Disponible en línea: http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf. Fecha de consulta: 24/12/2013.

⁵⁰ F. ATRIA, "Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales", 2004

específica de enfrentar y solucionar el tema de la injusticia social, expulsando del debate político democrático a las demás alternativas legítimas. Y todo a través de la acción del juez, saltándose, de paso, los conductos constitucionales.

Ciertamente, lo anterior es profundamente antidemocrático. Como dice ROSENKRANTZ, siempre habrá un riesgo de que la constitucionalización de los derechos económicos cristalice la energía política y esto es justamente lo que debemos tratar de evitar, dado que el auto-gobierno implica deferencia hacia el pasado pero también apertura hacia el porvenir⁵¹. Este autor insiste en que si la constitución quiere ser una carta efectiva, necesariamente debe ser un pacto que nos englobe a todos –y no sólo a una facción– más allá de nuestras diferencias. Concluye que:

“La razón más importante en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la constitución⁵² es que no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho, determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo”⁵³.

En un sentido más general, CALSAMIGLIA señala que la idea básica de la democracia supone el pluralismo, esto es, la posibilidad de que gentes que tienen diversas concepciones del bien, filosóficas y religiosas, y distintos planes de vida, puedan encontrar unas reglas de juego comunes, que no coinciden con sus concepciones personales del bien, pero no le impiden desarrollarlas. La democracia “es un «arreglo» que exige renunciaciones, pero tiene la ventaja de ofrecer la posibilidad de la convivencia [...]”⁵⁴.

Sin embargo, la imposición judicial de una perspectiva concreta de justiciabilidad de los derechos sociales hace exactamente lo contrario: implica la eliminación de toda posibilidad de debate legítimo sobre la materia y, a través de ello, de la libertad política de la propia sociedad para escoger un determinado modelo político ideológico, o apartarse de él en favor de otros más eficaces, de acuerdo a su preferencia mayoritaria y las circunstancias del momento.

Dadas todas estas complicaciones, cabría preguntarse por qué juristas de calidad y bien formados en nuestra disciplina, insisten en entregar al Derecho lo que, por su naturaleza, debiera ser resuelto por la Política. Creemos que una gran parte de la respuesta se encuentra en lo que sigue.

X. **La desconfianza hacia el proceso democrático ¿desconfianza hacia el pueblo?**

Paradójicamente, si bien la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales dice actuar en nombre de los desfavorecidos, lo cierto es que su actitud *antipolítica* termina poniendo cortapisas al único mecanismo que se ha

⁵¹ C. ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 7–8.

⁵² Nosotros reproducimos la cita para mantener la fidelidad con el pensamiento del autor, pero aclaramos que nuestra preocupación va antes por el lado del abuso de la justiciabilidad de estos derechos, que por la cuestión de la eficacia y efectos de incluir o no tales derechos en las Cartas Fundamentales.

⁵³ C. ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 9–10

⁵⁴ A. CALSAMIGLIA, “Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?”, pp. 85–86

inventado hasta el momento para dar voz a todas las personas, con independencia de sus recursos económicos: el sistema democrático⁵⁵.

De esta manera, alegando las deficiencias del sistema o la representación de grupos excluidos del mismo, la doctrina mencionada se convierte en barrera contra la libertad y capacidad de nuestros ciudadanos –incluyendo aquellos de recursos escasos– de escoger aquel sistema político o ideológico que estimen conveniente a sus intereses. La justiciabilidad de los derechos sociales, entendida de una forma específica, se impone aunque democráticamente la población haya decidido adoptar un sistema político o económico que privilegie otras alternativas o mecanismos para combatir la pobreza.

En este sentido, la tentación de disponer “para el pueblo, pero sin el pueblo” –o, en otras palabras, imponer opciones ideológicas por la Secretaría judicial– parece representar una nueva forma de elitismo, tan antidemocrático como el propio uso del Derecho para solucionar cuestiones políticas. Lo anterior nos recuerda la conocida observación efectuada por MANGABEIRA UNGER:

“[...uno de los inconfesables secretos de cierta doctrina legal contemporánea] consiste en un malestar o incomodidad con la democracia que se manifiesta, entre otros aspectos, en la incesante identificación de restricciones a la regla de mayoría y las consiguientes prácticas o acuerdos contramayoritarios, que serían responsabilidad primordial de jueces y juristas; en un ideal de democracia deliberativa más aceptable mientras más parezca a una conversación educada entre caballeros en un salón del siglo XVIII; y –sobre todo–, en el esfuerzo por obtener de los jueces, bajo el pretexto de una interpretación avanzada, los avances que la política popular no puede entregar”⁵⁶.

Por su parte, GARCÍA AMADO, a propósito del neoconstitucionalismo, destaca igualmente el elitismo academicista que rezuma en algunas escuelas de interpretación jurídica:

“El equilibrio entre derechos humanos y soberanía popular [...] se rompe a favor de una concepción moralizante y absolutizadora de los primeros, con la consecuencia de que acaba por promoverse un nuevo soberano que no es otro que la judicatura, y en especial la jurisdicción constitucional, en alianza con la doctrina. Es lo que podríamos llamar el complejo académico-judicial, que, desde su afán de excelencia ética y de elitismo político, pretende suplantar los dictados de un pueblo que las constituciones dicen soberano, pero que es tenido por incapaz (por

⁵⁵ Recuérdese al efecto, que ya ARISTÓTELES señala a la democracia como el régimen político que permite la participación de aquellos que no tienen recursos “[...] Por el contrario, aquello por lo que la democracia y la oligarquía difieren entre sí es la pobreza o la riqueza, y es forzoso que cuando quienes gobiernan, sean pocos o muchos, lo hacen en razón de su riqueza, el régimen sea una oligarquía, mientras que cuando son los pobres quienes gobiernan, haya democracia. Pero ocurre, tal como dijimos, que en un caso son pocos y en el otro, muchos. Pocos son, en efecto, los ricos, pero todos participan de la libertad; por estas causas unos y otros se disputan el poder en el régimen político” ARISTÓTELES, *Política*, 2005, 1280a5.

⁵⁶ R. MANGABEIRA UNGER, *What should legal analysis become?*, 1996, p. 72. Traducción nuestra, con la ayuda de la contenida en el libro de J. WALDRON aquí citado.

sí o por sus representantes en democracia) de calar en esos contenidos morales que formarían el cimiento de las constituciones y en los que sólo logran penetrar con propiedad los profesores y los jueces de las más altas cortes"⁵⁷.

En tanto, WILKINSON advierte que, al menos en Estados Unidos, las innumerables teorías interpretativas de la constitución han dado auge a diversas escuelas doctrinarias, tanto de tinte liberal como conservador, que no tienen en común otra cosa que el activismo judicial y el deseo de proporcionar cobertura teórica para aquellos resultados jurídicos preferidos y políticamente afines a su respectivo sector⁵⁸.

En consecuencia, así entendida, la doctrina sobre justiciabilidad de los derechos sociales nos impone "por nuestro propio bien", a golpe de sentencias judiciales -y sea que lo queramos o no-, una forma fija de resolver la pobreza.

Aunque en una intensidad muy distinta, no deja de reconocerse la paradoja que Berlín detectó en la forma de operar del totalitarismo:

"[...]. Una cosa es decir que puedo ser coaccionado por mi propio bien porque estoy demasiado ciego para verlo: esto puede, ocasionalmente, ir en mi propio beneficio; hasta puede ampliar el alcance de mi libertad. Otra cosa es decir que, puesto que es mi bien, no estoy siendo coaccionado, que lo habría deseado, lo sepa o no, y que soy libre (o «verdaderamente» libre) aunque mi pobre cuerpo terrenal y mi torpe espíritu lo rechacen amargamente y luchen a la desesperada contra aquellos que, quizá benévolamente, tratan de imponérmelo"⁵⁹.

XI. **Pero ¿y si la Política realmente no funciona en el combate contra la pobreza?**

Sin embargo, nuestra realidad latinoamericana impone algunas prevenciones sobre el particular. Sabemos que en muchos de los países del tercer mundo -ciertamente, algunos de los latinoamericanos- el sistema político simplemente no funciona, o funciona de manera muy deficiente por diversas razones, generando una incapacidad e ineficiencia generalizada para atender las necesidades de sus poblaciones.

Frente estos problemas surge inmediatamente, entre nuestra doctrina concernida con el tema, la tentación de pensar que el Derecho puede subsidiar a la Política; y que los jueces, como hombres formados en las ideas de justicia, serán capaces de enfrentar y resolver aquello que la Política y los políticos no quieren o no pueden enfrentar.

SCHUCK describe este fenómeno en términos generales, señalando que, atendido el prestigio de los tribunales, cuando los políticos parecen fracasar en la tarea de brindar los bienes públicos exigidos por los ciudadanos, aquellos cuentan con una vía que los litigantes, invocando alguna fuente de autoridad legal, buscarán emplear para que dichos tribunales los materialicen. Este autor agrega que, en el

⁵⁷ J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores", p. 1.

⁵⁸ J. H. WILKINSON III, *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, 2012, p. 4

⁵⁹ I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, 2001, p. 63

imaginario público, este tipo de argumento –“existe una grave injusticia y los políticos no están haciendo lo necesario para rectificarla”– es quizás la justificación más común y poderosa para que la autoridad judicial se expanda más allá de los límites que le han sido previamente establecidos⁶⁰.

Por su parte GLENDON narra, respecto de Estados Unidos –aunque su descripción bien podría aplicarse al mundo occidental en general–, cómo la “revolución de los derechos” o el “lenguaje de los derechos” (es decir, el lenguaje judicial) que se impuso en América del Norte a partir de la revolución de los derechos civiles de los años 60 del siglo XX, produjo un desinterés respecto de la Política, en favor del Derecho como forma de resolver asuntos de interés público. Expresa esta autora:

“La idea tradicional de que, salvo que el texto constitucional o la tradición indiquen claramente lo contrario, las personas deben resolver los problemas difíciles y polémicos por conducto de sus representantes de elección popular, comenzó a desgastarse...A muchos activistas les parecía mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción”.

Continúa la misma autora señalando que “a medida que [en EE.UU.] el sistema de partidos fue víctima de grandes grupos de intereses, altamente organizados y bien financiados, la política ordinaria comenzó a parecer inútil a la par que fastidiosa, socialmente estéril y al mismo tiempo insatisfactoria desde el punto de vista personal”⁶¹.

Sin embargo, nuestra tesis, en este punto, es bastante simple. Lo que proponemos aquí es que, sin perjuicio de los problemas de la Política, ésta y el Derecho son órdenes de actuación social enteramente distintos, que presentan especificidades, características y ámbitos de acción definidos. Ciertamente es que el derecho constitucional representa el lugar en que ambos órdenes se encuentran, pero ello no puede justificar la idea, implícita en algunos partidarios del activismo judicial, de que “el derecho constitucional regula la Política, luego ‘es’ Política”... Si se intenta usar el Derecho para subsidiar la Política, no es probable que las cosas mejoren –salvo de forma episódica y accidental⁶²–, y sí que empeoren, dadas las particularidades de la actividad jurisdiccional.

Una muestra de esto último la representa, de manera enfática, la experiencia práctica de la justiciabilidad del derecho social a la salud en Latinoamérica. Estudios recientes en Brasil y Colombia demuestran que el discurso de la justiciabilidad de los derechos sociales, en este ámbito específico, impone un enorme sacrificio

⁶⁰ P. H. SCHUCK, “El poder judicial en una democracia”, 2004, pp. 17–18

⁶¹ M. A. GLENDON, “El Lenguaje de los Derechos”, 1998, p. 84

⁶² Ejemplificando con algunos fallos de la Corte WARREN, como el famoso caso *Miranda vs Arizona*, KMIEC señala que cosa distinta de la eventual extralimitación competencial de un tribunal es preguntarse si decisiones activistas han terminado siendo, no obstante ello, “buenas” o “aceptables” y ganando aceptación social y política, pero ello basado en otros criterios. Desde este punto de vista, el activismo no sería necesariamente equivalente a una decisión impropia, errada o perjudicial. K. D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, 2004, p. 1473

presupuestario a los recursos gubernamentales destinados -políticas públicas mediante- al combate a la pobreza de las clases más vulnerables; mientras que favorece a las minorías privilegiadas que, amparadas en esa doctrina, demandan y obtienen del Estado medicamentos de alto costo o tratamientos caros y excepcionales. En Chile, en tanto, el discurso de la justiciabilidad de los derechos sociales ha favorecido a la minoría de la población -cerca de un 16%- que tiene la capacidad económica para de contratar seguros privados de salud⁶³.

Paradójicamente pues, y al menos en este ámbito, pareciera que la justiciabilidad de los derechos sociales, tal como es impulsada por la doctrina, no sólo no resuelve los problemas de la pobreza, sino que, *en nuestro desigual continente*, retroalimenta y aumenta los privilegios de los ricos.

XII. **El peligro de minusvalorar la democracia y los derechos civiles y políticos**

Parte del prejuicio contra la democracia constitucional -y contra los derechos civiles y políticos que la fundamentan- puede deberse a las tradicionales críticas a la igualdad y libertad clásicas o formales, por considerarlas una especie de garantías de papel respecto de las personas económicamente vulnerables. HEYWOOD resume esta idea de la siguiente manera:

"Los partidarios de la igualdad de resultados, tanto en el sentido moderado como en el radical, argumentan habitualmente que [ella es] la forma más importante de la igualdad puesto que, sin ella, todas las demás formas de igualdad son una farsa. Los derechos jurídicos y civiles, por ejemplo, son de escaso beneficio a los ciudadanos que no tienen un empleo seguro, un salario decente, un techo sobre su cabeza, etc."⁶⁴

CURRIE, por su parte, recuerda la burla de Anatole FRANCE respecto de una ley que prohibía tanto a ricos como pobres dormir bajo los puentes, así como los alegatos de Thomas H. GREEN, quien negaba enfáticamente que la libertad consistiese únicamente en la ausencia de restricciones legales, insistiendo que en su lugar era "el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar de algo", y por lo tanto que la ayuda gubernamental afirmativa podría ser esencial para la libertad⁶⁵. En tanto, ya en el siglo XIX, el conocido jurista chileno Valentín LETELIER señalaba enfáticamente:

"¿Qué es lo que necesitan los grandes para explotar a los chicos, los fuertes a los débiles, los empresarios a los obreros, los hacendados a los inquilinos, los ricos a los pobres? Sólo una cosa: libertad, o sea la garantía de que el Estado no intervendrá en la lucha por la existencia para alterar el resultado final en favor de los desvalidos. Eso es lo que el sistema de libre mercado da a los más poderosos. ¿Y qué es lo que necesitan los desvalidos para no sucumbir en esa contienda despiadada: donde el egoísmo prevalece contra la caridad, la inteligencia contra el corazón, la fuerza contra el derecho? Sólo

⁶³ Ver al respecto nuestro artículo "El derecho a la salud en Chile y Brasil ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", antes citado y que se individualiza en la bibliografía.

⁶⁴ A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, 2010, pp. 330-331.

⁶⁵ D. P. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", 1986, pp. 867-868.

protección, o sea, la garantía de que el Estado igualará las condiciones de los combatientes dando armas a los débiles para luchar con los fuertes. Eso es lo que el individualismo niega a los desvalidos⁶⁶.

Sin embargo, una cosa es reconocer las insuficiencias de la libertad e igualdad formales en términos prácticos -el tipo de reflexión que está a la base del nacimiento del Estado social de Derecho, en su forma contemporánea⁶⁷-, y otra muy distinta es menospreciar el valor de la democracia y las garantías constitucionales clásicas para la libertad política de las personas, como "lujos" prescindibles, particularmente cuando se trata de regímenes que, en muchos lugares del tercer mundo, ofrecen el intercambio de libertad por pan⁶⁸.

Por ello, nos permitimos afirmar, enfáticamente, esto: si no hay garantía de derechos y libertades civiles y políticos, no existe un constitucionalismo "alternativo", aunque el sistema de prestaciones estatales ofrecido a cambio sea extraordinariamente abundante y generoso; y sí es muy probable, en cambio, que exista algún tipo de régimen autoritario o totalitario⁶⁹.

Es por eso que autores como BÖCKENFÖRDE recuerdan que no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal; dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto. Agrega este autor que "la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre-positivo superior, ya sea este el de la "religión verdadera", el de la "comunidad popular de miembros de la misma especie" o el del "proletariado" [...]"⁷⁰.

BERLIN, por su parte dice que, frente a la idea "expiatoria" de rechazar la libertad para compartir la miseria de los otros, no se gana nada confundiendo los términos:

"Aunque esté dispuesto de buena gana o libremente a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar la desigualdad rampante o la extensión de la miseria, lo que hago es desprenderme de la libertad en aras de la justicia, de la igualdad o del amor por mis semejantes. Pero

⁶⁶ V. LETELIER, "Los Pobres", 1896, p. 143

⁶⁷ Que es lo que se explica, entre otros lugares, en: J. I. MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, 1997, p. 26

⁶⁸ Precisamente es esto lo que denunciaba CRANSTON respecto de la inclusión de los derechos sociales en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Para este autor, ello representó una considerable victoria de los países socialistas, pues les permitió exhibir el cumplimiento de "derechos humanos" al tiempo que negaban a sus poblaciones los derechos civiles y políticos clásicos. M. CRANSTON, *What are human rights?*, 1973, p. 54

⁶⁹ Ver al respecto, v.gr., el libro de G. ALY, *Hitler's beneficiaries. Plunder, race war, and the Nazi welfare state*, Metropolitan, New York, 2006, donde el autor intenta probar la tesis de que el asentimiento del pueblo alemán al régimen nazi se debió al generoso estado de bienestar que éste entregó a cambio.

⁷⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, 2000, p. 42

mi sacrificio no implica un aumento de mi libertad, pues cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, equidad, justicia, cultura, felicidad humana o una conciencia tranquila [...]. Se confunden valores cuando se dice que si tiro por la borda mi libertad individual, «liberal», aumenta otro tipo de libertad -«social» o «económica» [...]»⁷¹.

CANOSA USERA sostiene, finalmente, que

“[I]a grandeza mayor del Estado social consiste precisamente en armonizar esos fines potencialmente antagónicos, ya que no cabe invocar el principio democrático y el principio social contra la libertad. Por eso las políticas sociales del Estado para satisfacer las exigencias constitucionales de justicia social, encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en respetar, en lo esencial, el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. En definitiva, el Estado social no puede dejar de ser Estado de Derecho porque si así fuera ya no sería en rigor Estado constitucional”⁷².

XIII. Conclusiones: el valor de la democracia, la Política y el constitucionalismo

En nuestra opinión, el intento de reemplazar los fallos de la Política por el Derecho, mediante el activismo judicial, no puede sino producir resultados muy negativos, por cuanto paraliza la libertad política de nuestras sociedades para escoger mejor su futuro, reemplazándola, eventualmente, por la voluntad de una minoría elitista; con el peligro agregado de encadenar nuestros países a una determinada forma de resolver los problemas sociales, por obsoleta o ineficiente que ésta sea. Todo ello, sin perjuicio de las disfunciones prácticas derivadas de usar nuestra disciplina jurídica, pensada para resolver conflictos de tipo específico, como mecanismo de reforma social.

Desde ya, eso parece un muy mal camino para estimular la responsabilidad de los ciudadanos latinoamericanos en la solución de sus propios problemas. Sin pretender haber encontrado una respuesta a este asunto, creemos que, si la Política falla, la solución puede pasar por *mejorar la Política*, no reemplazarla por el Derecho. Los ciudadanos latinoamericanos tienen el derecho –y la responsabilidad– de escoger adecuadamente las ideologías y políticas públicas que estimen apropiadas para su desarrollo y bienestar. Si ellos prefieren delegar esa responsabilidad en salvadores populistas, o insistir en la elección de regímenes probadamente corruptos, muy poco puede hacer el Derecho para remediar eso.

Por ello, estimamos prudente –y esa es la tesis que proponemos en este artículo– reservar y reforzar el papel del juez constitucional para lo que mejor funciona: evitar el abuso de los derechos y dignidad de las personas por parte del poder político, dejando lo demás al proceso democrático. Aún en Latinoamérica –o, *precisamente, porque* nuestro continente requiere mejores, y no peores horizontes de desarrollo político y humano–, un pensamiento constitucionalista bien diseñado es uno de los mejores antídotos que el Derecho puede ofrecer a los males de la

⁷¹ I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, 2001, pp. 51–52

⁷² R. CANOSA USERA, "Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho", 2014, p. 174

Política, entre ellos, el que ésta termine siendo cooptada por lo peor de cada sociedad. Pedirle más al Derecho puede, incluso, ser contraproducente.

XIV. Bibliografía

- V. ABRAMOVICH; C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), 2002.
- ARISTÓTELES, *Política*, Losada, Buenos Aires (Colección Griegos y Latinos, 1), 2005.
- F. ATRIA, "Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales", en VV.AA. (Ed.), *Discusiones: derechos sociales*, vol. 4. Alicante, España (4), 2004, pp. 145–176. Disponible en línea: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15574>. Fecha de consulta: 28/12/2013.
- I. BERLIN, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Traducción, introducción y notas de Ángel Rivero, Alianza Editorial, Madrid (El libro de bolsillo. Filosofía), 2001.
- E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Prólogo y Traducción de Rafael de Agapito Serrano, Editorial Trotta, Madrid (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho), 2000.
- A. CALSAMIGLIA, "Los derechos culturales ¿son derechos constitucionales?", *Derechos y Libertades - Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 2000, pp. 81–97. Disponible en línea: <http://hdl.handle.net/10016/1375>. Fecha de consulta: 21/05/2014.
- R. CANOSA USERA, "Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho", en R. CANOSA USERA, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (EDS.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. 2ª ed, Reus. Madrid (Colección de derecho constitucional), 2014, pp. 165–175.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990), "Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto". Source: U.N. Doc. E/1991/23 1990.
- M. CRANSTON, *What are human rights?*, Taplinger Pub. Co, New York, 1973.
- F. B. CROSS, "The Error of Positive Rights", *UCLA Law Review*, 48, 2001, pp. 857–924.
- D. P. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, 1986, pp. 864–890. DOI: 10.2307/1599586.
- J. L. FAVOREU, *Los Tribunales constitucionales. Prólogo y supervisión de la obra de Marc Carillo*, Ariel, Barcelona, 1994.
- J. A. GARCÍA AMADO, "Sobre el Neoconstitucionalismo y sus precursores". Universidad de Antioquía -Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Disponible en línea: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticas> . Fecha de consulta: 27/12/2013.
- M. A. GLENDON, "Rights in Twentieth-Century Constitutions", *The University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 519–538.
- M. A. GLENDON, "El Lenguaje de los Derechos", *Revista Estudios Públicos*, 70, 1998, pp. 77–150. Disponible en línea:

- http://cepchile.cl/dms/archivo_1086_726/rev70_glendon.pdf . Fecha de consulta: 20/01/2013
- A. HAMILTON; J. MADISON, "El Federalista, LI", en A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY (Eds.), *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica (FCE), México D.F., 2006, pp. 219–223.
- A. HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia (Ciencia política, 32), 2010.
- V. KARTASHKIN, "Economic, Social and Cultural Rights", en K. VASAK, P. ALSTON (EDS.), *The International dimensions of human rights*, Greenwood Press; Unesco. Westport, Conn, Paris, France, 1982, pp. 111–133. Fecha de consulta: 18/11/2013.
- H. KELSEN, "La garantía jurisdiccional de la constitución: La justicia constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, pp. 3–46. Fecha de consulta: 26/12/2013.
- K. D. KMIEC, "The Origin and Current Meanings of" Judicial Activism", *California Law Review*, 92, 5, 2004, pp. 1441–1477. Fecha de consulta: 22/12/2013.
- V. LETELIER, ""Los Pobres"", *Anales de la Universidad de Chile*, 1896, pp. 137–144. DOI: 10.5354/0717-8883.1957.18979.
- S. LIEBENBERG, "Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica", *Anuario de Derechos Humanos - Universidad de Chile*, 2006, pp. 53–72. Disponible en línea: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13371/13642>. Fecha de consulta: 28/08/2014.
- K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*. Traducido por Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed., Ariel, Barcelona (Ariel Derecho), 1976, reimpresión 1986.
- G. A. LÓPEZ DAZA, "Constitucionalización y Protección Judicial de los Derechos Sociales. Una aproximación al caso latinoamericano y colombiano", *Pielagus*, 9, 2010, pp. 27–41. Fecha de consulta: 02/03/2014.
- R. MANGABEIRA UNGER, *What should legal analysis become?*, 1ª ed. 1 volume, Verso, London, New York, 1996. Fecha de consulta: 28/11/2013.
- J. I. MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona (1), 1997.
- J. I. MARTÍNEZ ESTAY, "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", *Estudios Constitucionales*, 8, 2, 2010, pp. 125–166. DOI: 10.4067/S0718-52002010000200006.
- J. H. MATLARY, *When might becomes human right. Essays on democracy and the crisis of rationality*, Gracewing, Leominster, 2007.
- M. MCCANN, "How the U.S. Supreme Court Matters: new institutionalist perspectives on Judicial Power", en J. VEGA GÓMEZ, E. CORZO SOSA (EDS.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. 1. ed, Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Facultad Derecho Universidad Complutense; Fundación de Derecho Público, Venezuela; Fundación Editorial Jurídica Venezolana; Hispamer "Leer es crecer"; PEMEX; Universidad Central de Chile; Universidad Externado de Colombia; Universidad de Lima; Universidad Nacional Autónoma de México. México (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídica, núm. 108), 2002, pp. 271–316. Disponible en línea:

- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/16.pdf>. Fecha de consulta: 13/08/2015.
- H. NOGUEIRA ALCALÁ, "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", *Estudios Constitucionales*, 7, 2, 2009, pp. 143–205. Disponible en línea: http://www.cecoc.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios6.pdf. Fecha de consulta: 24/12/2013.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), 2014, "Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX), November 2014". Social Expenditure Update. Disponible en línea: <http://www.oecd.org/social/expenditure.htm>. Fecha de consulta: 30/09/2015.
- C. PEREIRA DE SOUZA NETO, "Teoria da constituição, democracia e igualdade". Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Disponible en línea: <http://goo.gl/3f127D>. Fecha de consulta: 13/08/2015.
- A.-C. PEREIRA MENAUT, *Teoría constitucional y otros escritos. Con la colaboración en la lección IX de José Ignacio Martínez Estay*, LexisNexis, Santiago de Chile (2), 2006.
- A.-C. PEREIRA MENAUT, *Política y Derecho*, Legal Publishing Chile, Santiago (1), 2010.
- F. PIOVESAN; R. STANZIOLA VIEIRA, "Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas", *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 15, 2006, pp. 128–146.
- R. A. POSNER, "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint", *California Law Review*, 100, 3, 2012, pp. 519–556. Disponible en línea: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol100/iss3/1>. Fecha de consulta: 22/12/2013.
- R. A. POYANCO BUGUEÑO, "Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial", *Derecho Público Iberoamericano*, 2, 2013, pp. 67–101. Disponible en línea: <http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/1>. Fecha de consulta: 14/08/2015.
- R. A. POYANCO BUGUEÑO; C. ROMERO GOMES, "El derecho a la salud en Chile y Brasil. ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social?", *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, I, I, 2015, pp. 149–172.
- L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en M. CARBONELL, J. A. CRUZ PARCERO, R. VÁSQUEZ (EDS.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México. México (Serie Doctrina jurídica, 28), 2000, pp. 15–65. Fecha de consulta: 01/10/2014.
- E. M. DE QUEIROZ BARBOZA; K. KOZICKI, "Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court", *Diritto e questioni pubbliche*, 13, 2013, pp. 407–444. Disponible en línea: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_02-Barboza-Kozicki.pdf. Fecha de consulta: 30/07/2014.
- C. ROSENKRANTZ, "La pobreza, la ley y la constitución", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 15. Disponible en línea:

- http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela. Fecha de consulta: 13/01/2014.
- P. H. SCHUCK, "El poder judicial en una democracia", *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 31, 2004. Disponible en línea: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31. Fecha de consulta: 23/12/2013.
- J. B. THAYER, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, 7, 3, 1893, pp. 129–156. Disponible en línea: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=15308684&lang=es&site=ehost-live>. Fecha de consulta: 14/08/2015
- A. D. TOCQUEVILLE, *La democracia en América. Tomo I. Traducción española por Carlos Cerrillo Escobar*. 2 volúmenes, Daniel Jorro, Madrid (Biblioteca Científico-Filosófica), 1911.
- J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid (Colección Filosofía y Derecho), 2005.
- J. H. WILKINSON III, *Cosmic Constitutional Theory: Why Americans Are Losing Their Inalienable Right To Self-Governance*, Oxford University Press, New York (Inalienable Rights), 2012.

NATUREZA JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO – UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Legal status of the Brazilian Supreme Court Federal - an analysis from the constitutionality control of laws

CAMILA CLARISSE ROMERO GOMES¹
Universidade do Porto

Sumário: Introdução; I. Jurisdição Constitucional e Constituição; II. Suprema Corte Americana, Tribunal Constitucional da Europa Continental e STF; III. Sistemas Americano e Austríaco de Controle de Constitucionalidade das Leis, Controle de Constitucionalidade das Leis na Europa Continental, EUA e Brasil; 1.1 Sistema americano de controle de constitucionalidade; 1.2 Sistema austríaco de controle de constitucionalidade; 1.3 Distinção entre o sistema americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade no tocante a anulabilidade versus nulidade; 1.4 Modelos de controle de constitucionalidade na Europa Continental e nos Estados Unidos; 1.5 Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988; IV. STF, Tribunal Constitucional?; V. Transformação do STF em Corte Constitucional - PEC 275/2013?; Conclusão.

Resumo: O presente artigo visa responder se na atualidade o Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) aproxima-se mais de um Tribunal Constitucional nos moldes da Europa Continental do que de uma Corte Constitucional de matriz norte americana, a partir do resgate histórico do controle de constitucionalidade das leis. Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram implementadas importantes modificações no Supremo Tribunal Federal, principalmente após a edição em 2004 da emenda constitucional nº45 conhecida como “reforma no judiciário”, que alterou o desempenho operacional e a eficácia administrativa deste tribunal. Conjugado a isso, foi proposto um projeto de emenda à constituição (275/2013), na tentativa de transformar o STF em Corte Constitucional. Neste sentido, o presente artigo torna-se relevante do ponto de vista jurisdicional já que, embora tenha o STF quando da sua criação, adotado apenas o controle difuso da constitucionalidade das leis nos moldes americanos, fato é, que a partir da Constituição de 1988, houve um alargamento da jurisdição constitucional e ampliação do sistema de controle de constitucionalidade das leis pela via abstrata, nos moldes praticado pelos Tribunais

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela na Espanha (USC); Mestranda em Ciências Jurídico Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) em Portugal (2013/2015); Advogada.
E-mail: clarissecamila@gmail.com

Constitucionais da Europa Continental. Portanto, o estudo da natureza do STF de Suprema Corte ou Tribunal Constitucional da Europa continental torna-se necessário, uma vez que a adoção de um ou outro modelo implica diretamente na forma de atuação deste órgão enquanto garantidor da Constituição.

Palavras chave: Controle de constitucionalidade, Suprema Corte americana, Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Abstract: This paper aims to answer whether today the Brazilian Supreme Court is closer to a Constitutional Court in Continental Europe mold of a Constitutional Court of North American headquarters, from the historical ransom of constitutionality control of laws. With the advent of the 1988 Federal Constitution, significant changes were implemented in the Supreme Court, particularly after the publication in 2004 of the constitutional amendment nº 45 known as "reform the judiciary", which amended the operating performance and administrative efficiency of this court. Conjugated to this, it proposed a draft amendment to the Constitution (275/2013), in an attempt to transform the Supreme Court in the Constitutional Court. In this sense, this paper is relevant because the study of the nature of the Brazilian Federal Supreme Court implies directly in the form of operation of this body as guarantor of the Constitution.

Keywords: Constitutionality Control, Supreme Court, Constitutional Court, Brazilian Supreme Court.

Introdução

O presente trabalho, visa estudar a natureza do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Buscamos analisar se o STF aproxima-se na atualidade mais de um Tribunal Constitucional nos moldes da Europa continental do que da Suprema Corte, de matriz americana (Estados Unidos), a partir de um resgate e análise histórica do controle de constitucionalidade.

O Poder Judiciário brasileiro, após a Constituição de 1988, sofreu grandes modificações, ampliando a tutela da Constituição pela via abstrata de constitucionalidade das leis. Conjugado a isso, foram implementadas "reformas no judiciário" restringindo o controle difuso de constitucionalidade, pela reinterpretação do papel do Senado; possibilidade de o relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência do STF; instituto da súmula vinculante; e a repercussão geral.

Ademais, foi proposto um projeto de emenda à constituição (275/2013), na tentativa de transformar o STF em Corte Constitucional. Neste sentido, o estudo presente, mostra-se relevante na medida que servirá de embasamento teórico e histórico, para discussão futura da legitimidade ou não da atuação dos ministros do STF, a partir da definição da natureza deste tribunal.

I. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTITUIÇÃO

A Constituição começou a ganhar novos contornos somente após a segunda guerra mundial². Antes deste período, ela era vista apenas como um documento político muito relevante.

Com o Estado Moderno adveio a necessidade de consolidar as Constituições por meio de um documento escrito, composto por um conteúdo político e outro jurídico.

Segundo CANOTILHO (1993), "*Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes*".

A Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 16, dispõe que: "(...) *não haverá Constituição onde não houver separação dos poderes e nem estiverem assegurados os direitos individuais*".

A partir do século XX, o conceito clássico que mais foi aplicado na Europa continental (com exceção da Inglaterra), foi o de Constituição como *realidade jurídico-positivo*. Este conceito tem matriz Kelseniana e coloca as normas constitucionais no ápice do ordenamento jurídico, determinando a inconstitucionalidade de qualquer norma ordinária contrária a elas. A declaração de inconstitucionalidade destas leis infraconstitucionais fica a cargo do Tribunal Constitucional, órgão autônomo e independente, responsável pela guarda da Constituição.

Neste modelo, as normas constitucionais possuem conteúdo de *normarum*, presidindo a vida política e jurídica do país, mediante um caráter mais político do que jurídico. Aqui não interessa o conteúdo específico da Constituição (se ela é autoritária, liberal ou democrática), interessa apenas, que ela seja preservada como norma fundante do ordenamento jurídico.

Mas, será que as Constituições podem ser alteradas por leis ordinárias? A resposta a esta questão, está ligada a *rigidez ou flexibilidade da alteração destas normas* frente as normas ordinárias.

O fato dela ser escrita ou não, influência via de regra, na rigidez ou na flexibilidade do processo de sua alteração pelas leis ordinárias. Na atualidade, quase todos os países possuem uma Constituição escrita, cujo processo de modificação é mais rígido.

Contudo existem países como a Inglaterra³, que não possui uma Carta constitucional escrita e consolidada em um único documento. Possui contudo, várias leis esparsas de índole materialmente constitucional, com um processo mais flexível para modificação, que pode ser efetuado de forma ilimitada e a qualquer momento pela autoridade legislativa ordinária.

Qual o conteúdo de uma Constituição? Do que deve ela se ocupar?

Entendemos que a Constituição em seu aspecto conceitual implica na limitação do poder através do direito e na concessão de garantias, direitos e

² BARROSO (2012).

³ A Constituição britânica é constituída por um conjunto de normas legais, como el *Act of Settlement* que regula a sucessão ao trono, leis de representação do povo, leis judiciais e leis do parlamento de 1911 e 1949 que limitam os poderes da câmara dos Lordes, dentre outras; e normas extralegais como os costumes e as convenções.

liberdades aos cidadãos. No aspecto do conteúdo, comporta uma parte política e outra jurídica, abordando de forma sucinta apenas o essencial, como mecanismos de limitação do poder, cooperação entre os diversos poderes e o reconhecimento e proteção dos direitos individuais e das liberdades fundamentais.

II. SUPREMA CORTE AMERICANA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA EUROPA CONTINENTAL E STF

A SUPREMA CORTE AMERICANA é o tribunal mais alto dos Estados Unidos. A Constituição dos EUA promulgada em 1789 não estabeleceu de forma detalhada e precisa, as prerrogativas desta Corte⁴, ela limitou-se a prescrever apenas algumas exigências (artigo 3º, seção I). Neste sentido, ficou a cargo do Congresso o estabelecimento das competências, organização e composição numérica do Poder Judiciário, havendo, portanto, uma influência muito grande do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, já que compete ao Legislativo estas atribuições.

Os *Justices*, membros da Corte, podem ser qualquer cidadão. Contudo, na prática, tem-se exigido conhecimentos jurídicos além de outros requisitos⁵.

A Corte é composta por nove juízes e um presidente chamado *chief justice*. A forma de escolha e investidura dos *Justices* se dá nos termos do art.2º, seção II, cláusula 2 da Constituição, ficando a cargo do presidente a indicação do candidato e aprovação pelo Senado, para então ser nomeado. Os *Justices* permanecem no cargo, pelo período que bem servirem à nação, podendo, contudo, ser destituído por crime de responsabilidade, mediante processo de *impeachment*⁶. Constata-se que a indicação dos *Justices* constitui na realidade, um processo de escolha preponderantemente político, sendo vedado acumulação desta função com qualquer outro cargo Legislativo ou Judicial.

Aqui cabe fazer um parêntese sobre ser ou não a atividade desempenhada pelos *Justices* mais política do que jurídica. Esta problemática surge, a partir da discussão referente a forma de escolha dos membros que comporão a Corte Suprema. Nas palavras de BAUM⁷,

"A maior parte das pessoas nomeadas para a Corte foi antes, participante ativa da política e, frequentemente, as nomeações são objeto de considerável disputa política. Muitas vezes, grupos de interesse ajudam a levar casos para a Corte. As próprias decisões, com frequência, levam a grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam das suas políticas".

⁴ Foram listadas algumas poucas competências originárias da Suprema Corte americana, na seção II, cláusula 2, do artigo 3º da Constituição.

⁵ Neste sentido, é o que dispõem BAUM (1987, *apud.*, GODINHO, data, p.48): *"idade na época da nomeação; papel das características da 'formação social', como classe, raça e sexo; a significação do serviço judicial realizado anteriormente; a atividade político-partidária como requisito para a escolha; e mesmo o papel da sorte no recrutamento para a corte"*.

⁶ É o que estabelece o art.2º, seção IV da Constituição.

⁷ BAUM, Lawewnce. *A Suprema Corte Americana*. p. 12-3. (*Apud* TAVARES, 1998, p. 32)

Contudo, como bem assevera SOUZA⁸, aqueles que entendem ser esta atividade desempenhada pelos *Justices* como atividade jurídica e não política, o fazem a partir da ideia da racionalidade jurídica, ou seja, da atuação jurídica. Isto se dá, quando da fiscalização concreta das leis, já que estes magistrados ao possuírem independência, imparcialidade e vitaliciedade, podem decidir o caso concreto da forma que melhor lhe prouver, com autonomia⁹.

Na Corte, além dos *Justices*, existe ainda a figura do *Chef justice*, que é o presidente da Corte. Ele é indicado ao cargo diretamente pelo Presidente, ficando na função de forma vitalícia. Suas atribuições, estão diretamente ligadas à Corte, competindo a ele presidir sessões públicas, conferências, e desempenhar deveres junto ao sistema judiciário federal. O artigo 3º da Constituição, determina que os juízes desta Corte sejam remunerados, vedado a redução do valor.

Em suma, nos Estados Unidos os *Justices* e a própria Corte americana desempenham um papel preponderante nos *arranjos sociopolíticos* da sociedade, cabendo a eles *dizer o que é o Direito no caso concreto*.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, foi adotado por quase todos países¹⁰ integrantes da Europa continental. O surgimento deste tribunal, adveio em meio a discussões travadas entre Kelsen, defensor da criação desta Corte Constitucional como órgão de guarda e tutela da Constituição (concepção normativa) e CARL SCHMITT, que negava esta ideia de jurisdição constitucional, sob o fundamento do controle de constitucionalidade possuir natureza política (acepção decisionista-unitária da Constituição).

Sobre a criação do Tribunal Constitucional na Europa dispõe ENTERIA (1983): *"El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo (XX), por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, lex superior, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema"*.

As funções precípuas desempenhadas por este órgão, nas palavras de GOMES¹¹ poderiam ser resumidas assim:

"jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional; competência precípuia para julgar as ofensas aos direitos fundamentais; posicionamento fora do aparelho constitucional ordinário, independente do Poder Judiciário e dos poderes públicos; decisões com efeito erga omnes; não-vinculação ou não-obrigatoriedade de designação formal (Conselho,

⁸ Marcelo Rebelo de Souza, *Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais*, in *Tribunal Constitucional. Legitimação e Legitimidade da Justiça Constitucional*. p. 214. (Apud TAVARES, 1998, p. 33).

⁹ Este é inclusive um dos problemas que os *Justices* da Suprema Corte americana tem enfrentado, referente a uma atuação mais ativista, na análise de um caso concreto.

¹⁰ Dos países da Europa Constitucional que iremos estudar, somente a Inglaterra e a França não possuem Tribunal Constitucional. Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, previram em suas Constituições, a criação deste órgão, conforme analisaremos em capítulo próprio

¹¹ (2007, p.71)

Tribunal, Corte Suprema); observância estrita á natureza de suas funções para caracterização de uma Corte verdadeiramente Constitucional”.

A principal crítica que gira em torno destes Tribunais refere-se à separação dos poderes. Este questionamento surge a partir da atividade desempenhada por esta Corte Constitucional. Há quem diga, que este Tribunal possui natureza mais política do que judicial¹², devido a escolha de seus membros ser efetuada via de regra, por designação do presidente e do parlamento. Por outro lado, há aqueles que defendem uma atuação mais jurídica deste Tribunal, sob o fundamento da vinculação desta Corte Constitucional à racionalidade jurídica, no momento de decisão da lide que lhe é apresentada, referente a fiscalização da constitucionalidade da lei. Argumentam em suma, que os magistrados na condução de seu mister, possuem independência e imparcialidade para julgar conforme sua racionalidade jurídica.

Segundo HABERMAS¹³, *“a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a atividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da divisão dos poderes”.*

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO¹⁴ foi criado em 1828 e instalado em 1829 era composto por dezessete ministros, que detinham competências restritas e limitadas, cabendo unicamente o conhecimento dos recursos e julgamentos dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra os ocupantes de determinados cargos públicos. Contudo, o efeito das suas decisões não eram *erga omnes*.

A primeira Constituição republicana de 1891, instituiu o STF em seus artigos 55 e 56, prevendo a composição do Tribunal por quinze ministros nomeados pelo presidente da República, e aprovados pelo Senado Federal. Não havia limite de idade para se ficar no cargo, sendo o mesmo vitalício. O art. 59, n.3, §1º, *alínea a e b*, desta Constituição, adotou o sistema americano de controle de constitucionalidade das leis, ficando a cargo do poder judicial (STF) o controle de constitucionalidade das leis.

Contudo, a emenda constitucional de 1926, alterou substancialmente o *habeas corpus*, restringindo seu âmbito de aplicação e proteção a apenas o direito de ir e vir contra perigo iminente de violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal.

A Constituição de 1934 estabeleceu uma nova ordem democrática, atribuindo a atual nomenclatura do Supremo Tribunal Federal. As competências do STF passaram a ser as mesmas prevista na Constituição republicana de 1891, ampliando apenas algumas funções. Neste sentido, no tocante a intervenção federal, caso o Supremo fosse provocado pelo Procurador-Geral da República, ele deveria apreciar a constitucionalidade de lei decretadora da intervenção federal, nos termos do art. 12 desta Constituição.

¹² Sobre esta discussão quanto a atividade desempenhada pelo Tribunal Constitucional ser mais jurídica ou política, ver TAVARES, 1998, pp. 115 e ss.

¹³ HABERMAS (1992, *apud*, TAVARES, 1998, p.96)

¹⁴ Embora tivéssemos na Constituição de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça, este tribunal não detinha funções de declarar a inconstitucionalidade das leis, já que foi adotado nesta Carta, o modelo francês, ficando a cargo do Parlamento esta função.

Este mecanismo de análise da constitucionalidade da lei decretadora da intervenção federal, foi a predecessora da representação interventiva, prevista na Constituição de 1946 e do próprio instituto da representação de inconstitucionalidade, introduzido pela Emenda Constitucional n. 16/65, que consagrou o controle abstrato no Brasil.

A Constituição de 1937, não implementou alterações relevante no STF, nem efetuou modificações substanciais no controle de constitucionalidade. Contudo, era de índole autoritária, já que estipula ser competência do presidente da República a atribuição de nomear o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

A Carta Magna de 1946 colocou fim ao regime autoritário anterior, estabelecendo como atribuições preponderantes do STF¹⁵, apreciar o recurso extraordinário em caso de afronta à Constituição ou ao direito federal, análise do habeas corpus e mandado de segurança. No âmbito da jurisdição, assumiu relevo a representação interventiva proposta pelo Procurador Geral da República em face de lei ou ato normativo estadual eventualmente infringente dos princípios sensíveis (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII). A arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização neste período.

O Ato Institucional nº 1, de 09/04/1964, colocou fim a vigência da Constituição anterior, institucionalizando o movimento militar. Neste sentido, o STF foi demandado inúmeras vezes para se manifestar sobre *habeas corpus*, impetrado por pessoas que estavam envolvidos com o movimento de resistência jurídica contra o golpe militar.

Em 1965, foi editado o Ato Institucional nº 2, que implicou numa reforma na Constituição vigente, estipulando eleição indireta do presidente da República, bem como a abolição dos partidos políticos existentes. Quanto as reformas introduzidas neste período no STF, houve a ampliação do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal foi elevado de onze para dezesseis (art.6º); foram suspensas as garantias da magistratura nos termos do art.14 desta carta. A emenda constitucional nº. 16/65 art. 1º, k, consagrou o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato estadual em face da Constituição (representação de inconstitucionalidade).

Com a vigência da Constituição de 1967, a composição dos ministros do STF foi mantida em dezesseis, bem como foi preservada a representação interventiva e a representação de inconstitucionalidade.

Contudo, em 13/12/1968, foi editado o Ato Institucional nº 5, que suspendeu as garantias da magistratura, outorgando ao Presidente da República, poder de determinar a cassação de mandatos e direitos políticos de agentes políticos e servidores públicos (arts. 4º, 5º e 6º). Em 1/2/1969, o Presidente da República editou o Ato Institucional nº 6, que reduziu o número de juízes do Supremo de dezesseis para onze. A Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, preservou a composição e competências do Supremo Tribunal. O papel político da Corte reduziu-se significativamente a partir de 1969.

O STF na atual Constituição contém posição de órgão de cúpula de todo o Judiciário, sendo ainda o guardião da Constituição. Esta Corte é composta por onze ministros, nomeados pelo Presidente e sabatinados pelo Senado Federal, que

¹⁵MENDES (2012, p. 1312 e 1314)

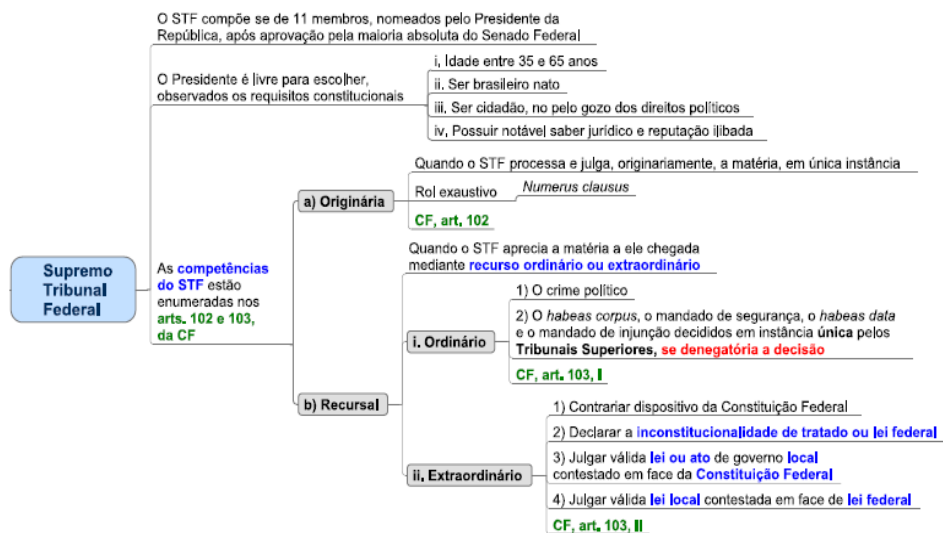
adquirem vitaliciedade no cargo após a posse, aposentando compulsoriamente aos setenta anos.

Somente podem ser ministros do STF os brasileiros natos, no gozo dos direitos políticos e com notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 12, §3º, inc. IV da CF/88), com idade superior aos trinta e cinco anos e inferior aos sessenta e cinco anos.

Aos ministros do STF, compete-lhes as garantias mencionadas no art. 95 da CF/88, quais sejam: *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios*. As competências do STF estão mencionadas no art. 102 da Constituição, estabelecendo como função precípua deste órgão, a *guarda da Constituição*. Este artigo estabelece um extenso rol de competências¹⁶ atribuídas a este Tribunal, que podem ser estudadas em três grandes grupos¹⁷.

O *primeiro grupo*, refere-se às competências relativas à tutela da Constituição, como a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de inconstitucionalidade. O *segundo grupo*, corresponde as ações de competência originárias do STF, em virtude da função da autoridade ou cargo de uma das partes ou em função das pessoas envolvidas, exemplo disso seria o julgamento do Presidente da República nas infrações penais comuns. No *terceiro grupo*, estão dispostos a competência recursal do STF (recurso ordinário e extraordinário).

As competências e atribuições do STF podem ser sintetizadas conforme esquema¹⁸ abaixo:



(Esquema I – Competências e atribuições do STF na CF/88)

¹⁶ Neste trabalho, estudaremos apenas as competências diretamente ligadas a preservação da Constituição (ações correlatas ao controle de constitucionalidade difuso e abstrato das leis) que serão estudadas em capítulo próprio.

¹⁷ É o que dispõe TAVARES (1998, p.130).

¹⁸ LEITE, Marcelo; STRAUSS, Thiago. *Direito Constitucional em Mapas Mentais*. Disponível em www.pontodosconcursos.com.br. Acesso em: 30 jul. 2015.

As principais distinções entre a Suprema Corte americana, o Tribunal Constitucional da Europa Continental e o STF podem ser sintetizadas conforme abaixo:

CARACTERÍSTICAS	SUPREMA CORTE AMERICANA	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU CORTE CONSTITUCIONAL (Europa Continental)	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Investidura (Tempo no cargo)	Conservam sua função, pelo período que bem servirem a nação	Não admite vitaliciedade de seus membros, porque sua investidura segundo os modelos existentes, se faz por tempo certo (mandato) que varia de oito a doze anos.	Vitalício.
Competência (Controle de Constitucionalidade)	Competência do controle difuso de constitucionalidade das leis.	Possui em regra, apenas competência para o controle concentrado e abstrato das leis e atos do Poder Público.	Controle difuso e abstrato das leis.
Vinculação (Órgão do Estado)	Integra o Poder Judiciário.	As cortes constitucionais, por princípio não devem integrar o Poder Judiciário. Ex. Constituição espanhola; Constituição Portuguesa. É certo, contudo, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha põe a Corte Constitucional no	Integra o Poder Judiciário.

		Título do Poder Judiciário (arts. 93 e 94).	

(Esquema II – Quadro Comparativo Corte Americana, Tribunal Constitucional e STF)

III. SISTEMAS¹⁹ AMERICANO E AUSTRIACO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA EUROPA CONTINENTAL²⁰, EUA E BRASIL

A primeira forma de controle da constitucionalidade das leis, foi o controle de responsabilidade política, exercida pelo poder Legislativo, na figura do parlamento.

Após a Segunda Guerra Mundial, os regimes constitucionais foram aperfeiçoados, declarando-se a supremacia da Constituição, emergindo daí a necessidade de sua garantia em face das leis ordinárias²¹ por meio do controle judicial de constitucionalidade.

1.1 Sistema americano de controle de constitucionalidade

O sistema judicial de controle das leis, surgiu no século XIX nos Estados Unidos, após a célebre decisão em 1803 do juiz relator John Marshall, integrante da Suprema Corte dos Estados Unidos, no *leading case* William Marbury vs. James Madison, sintetizado no quadro abaixo:

CONTROLE DIFUSO — HISTÓRICO		
■ John Adams (Presidente EUA)		■ Thomas Jefferson (novo Presidente EUA)
■ William Marbury — nomeado “juiz de paz” (juiz federal) — mas a “comissão” para o cargo, embora assinada, não lhe foi entregue	X	■ James Madison — nomeado Secretário de Estado — não efetivou a “comissão” por ordem de Jefferson
■ John Marshall, Chief Justice		
■ A lei (seção 13 do <i>Judiciary Act</i> , de 1789) x a Constituição de 1787, que não fixou competência originária para apreciar a questão		
■ Solução: Havendo conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, aplica-se a regra constitucional, por ser hierarquicamente superior		

(Esquema III – Quadro Controle Difuso – Histórico) (LENZA, 2014, p. 307)

Nesta decisão, ficou consignado que havendo conflito entre a aplicação de uma lei em um caso concreto e a Constituição, deve prevalecer a Constituição, por ser ela hierarquicamente superior. Antes desta decisão, a regra era a de que a lei posterior revogava a lei anterior.

Ademais, esta decisão estabeleceu ainda que era atribuição do Poder Judiciário a palavra final sobre conflitos entre quaisquer normas e a Constituição. A partir de então, pela via jurisprudencial, todos os tribunais americanos passaram a ter competência de controle difuso de constitucionalidade das leis.

¹⁹ Adotamos a palavra sistema para designar o nascedouro do controle difuso (matriz americana) e concreto (matriz austríaca) de tutela da constituição.

²⁰ Analisaremos apenas de forma sintética, o controle de constitucionalidade da Inglaterra, França, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, já que estes países influenciaram direta e indiretamente, no controle de constitucionalidade adotado no Brasil, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho.

²¹ (2009, p. 50)

Este sistema jurisdicional de controle das leis foi o adotado pelo Brasil já na primeira Constituição Republicana.

Na acepção de BARROSO²², o controle incidental é a atividade desempenhada pelos magistrados e pelos tribunais quando da análise dos casos concretos de sua competência.

O controle de constitucionalidade se dá pelo julgamento de um caso concreto onde é suscitado a inconstitucionalidade de um dado dispositivo legal, para somente após, colocar-se fim a lide inicialmente apresentada. Este controle pode ser efetuado por qualquer juiz ou Tribunal no exercício de sua função. Os efeitos desta decisão é *inter-parts* e *ex tunc*, observando-se contudo, o precedente (*stare decisis*)²³ no julgamento de casos similares.

1.2 Sistema austríaco de controle de constitucionalidade

O sistema austríaco de controle de constitucionalidade das leis, foi idealizado por Hans Kelsen e possui matriz político-legislativo. Este sistema foi incorporado pela primeira vez em 1920 na Constituição austríaca e detinha como função essencial, a anulação genérica das leis ou atos normativos incompatíveis com as normas constitucionais pela via abstrata.

Após a Segunda Guerra Mundial, boa parte da Europa continental²⁴, achou por bem adotar o modelo austríaco de constitucionalidade das leis, entregando a um Tribunal especializado este controle.

Este Tribunal detinha com exclusividade a jurisdição constitucional, exercendo os magistrados um verdadeiro papel de legislador negativo, já que lhes competiam a palavra final sobre a constitucionalidade ou não de uma lei. Ademais, este modelo abstrato de controle das leis, estava mais ligado ao poder legislativo do que do judicial²⁵.

1.3 Distinção entre o sistema americano e o sistema austríaco de controle de constitucionalidade no tocante a anulabilidade *versus* nulidade

O sistema norte-americano adotou a teoria da nulidade ao declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, o que implica na afetação do plano de validade das normas. Neste sentido, este sistema consagra a teoria da nulidade,

²² (2012, p. 202-203)

²³ Sobre os precedentes, estabelece MORAES (2015), "O sistema do precedente ou do 'stare decisis', significa conformação com o que já se encontra decidido em termos de Direito sobre a matéria em questão, integrando o mesmo precedente a 'Common Law', verdadeiro parâmetro interpretativo de constitucionalidade de construção jurisprudencial. Dele decorre que as jurisdições inferiores, bem como os órgãos legislativos que emitiram as leis julgadas inconstitucionais se tenham por vinculados às pronúncias dos tribunais supremos".

²⁴ A Alemanha é a principal representante deste modelo, ao adotar na sua Constituição de Bonn, o modelo de constitucionalidade das leis pelo tribunal constitucional.

²⁵ Neste sentido é o que descreve BARROSO (2012, p. 199): "(...) Na perspectiva dos juristas e legisladores europeus, o juízo de constitucionalidade acerca de uma lei não tinha natureza de função judicial, operando o juiz constitucional como legislador negativo, por ter o poder de retirar uma norma do sistema. E vem daí o segundo fundamento para a decisão de se criar um órgão que não integrasse a estrutura do Poder Judiciário: o tribunal constitucional não deveria ser composto por juízes de carreira, mas por pessoas com perfil mais próximo ao de homens de Estado".

cabendo ao juiz no controle de constitucionalidade difusa, apenas declarar absolutamente nula a lei inconstitucional.

Já o sistema austríaco, contrário ao entendimento mencionado acima, filia-se a teoria da anulabilidade da norma constitucional, defendida por Kelsen. Assim, enquanto a Corte Constitucional não anular a lei, ela segue sendo válida e eficaz.

O disposto neste tópico, pode ser sintetizado pelo quadro²⁶ abaixo:

SISTEMA AUSTRIACO (KELSEN)	SISTEMA NORTE-AMERICANO (MARSHALL)
■ decisão tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo)	■ decisão tem eficácia declaratória de situação preexistente
■ por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia	■ por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade
■ por regra, decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos <i>ex nunc</i> (prospectivos)	■ por regra, decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos <i>ex tunc</i> (retroativos)
■ a lei inconstitucional é ato anulável (a anulabilidade pode aparecer em vários graus)	■ a lei inconstitucional é ato nulo (<i>null and void</i>) , ineficaz (nulidade <i>ab origine</i>), irrito e, portanto, desprovido de força vinculativa
■ lei provisoriamente válida , produzindo efeitos até a sua anulação	■ invalidação <i>ab initio</i> dos atos praticados com base na lei inconstitucional, atingindo-a no berço
■ o reconhecimento da ineficácia da lei produz efeitos a partir da decisão ou para o futuro (<i>ex nunc</i> ou <i>pro futuro</i>), sendo <i>erga omnes</i> , preservando-se, assim, os efeitos produzidos até então pela lei	■ a lei, por ter nascido morta (<i>natimorta</i>) , nunca chegou a produzir efeitos (não chegou a viver), ou seja, apesar de existir, não entrou no plano da eficácia

(Esquema IV- Quadro comparativo – eficácia - sistema austríaco vs norte americano)

1.4 Modelos²⁷ de controle de constitucionalidade na Europa Continental e nos Estados Unidos

No REINO UNIDO inexistente mecanismo de controle concreto ou difuso de constitucionalidade das leis. Isto se dá, porque as normas materialmente constitucionais possuem o mesmo status de norma ordinária, fazendo com o processo de alteração e validade destas normas, sejam efetuadas por um procedimento não solene. A Corte é composta por doze juízes (*Justices*), inclusive o presidente, que são nomeados pela Rainha, escolhidos dentre advogados atuantes nos tribunais hierarquicamente superiores à primeira instância (*Barrister*), ou entre os advogados cuja função é a de promover e contestar ações (*Solicitor*). Cabe a Corte, dizer o *que é o direito no caso concreto*, vinculando os demais órgãos jurisdicionais inglês e galês. Contudo, não possui poder de invalidar ato do parlamento.

Na FRANÇA o processo de constitucionalização foi tardio. A constituição de 1958, não adota os princípios dos tribunais nos moldes europeus, ele possui função tipicamente política. Prevalece o entendimento desde a Revolução Francesa de 1789, de que a lei é soberana e não se submete ao controle judicial, já que

²⁶ (LENZA, 2014, p. 247)

²⁷ A palavra modelo, está sendo aplicada aqui como forma de determinar como tem se dado na atualidade a tutela da constituição nos países da Europa Continental, nos EUA e no Brasil, já que sobre o controle de constitucionalidade, é possível verificarmos a existência de três tipos: (i) modelo do "judicial review", advindo do EUA a partir da célebre decisão do juiz Marshall em 1803; (ii) modelo de fiscalização política, aplicado pela França; e, (iii) modelo de fiscalização centrada no Tribunal Constitucional de matriz austríaca.

expressa a vontade do povo. O Conselho Constitucional tornou-se a mais alta corte do país.

Na ITÁLIA somente a partir da década de sessenta que a Corte Constitucional se instalou. Ela apresenta um caráter difuso e abstrato. O juiz ordinário diante de um caso concreto, pela via incidental, suscita a dúvida da constitucionalidade de um diploma normativo perante a Corte. Este modelo de Tribunal constitucional não se adequa perfeitamente aos moldes proposto por Kelsen, vez que adota o sistema híbrido do controle de constitucionalidade das leis. A Corte Constitucional é composta por quinze juízes, que são nomeados pelo presidente (1/3), pelo parlamento (1/3) e pelas Supremas Magistraturas Ordinária e Administrativa (1/3). A escolha dos juízes que comporão a Corte Constitucional é feita dentre os magistrados ativos ou não; professores universitários; e advogados com mais de vinte anos de exercício da advocacia. Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos para um mandato de nove anos.

Na ALEMANHA a constituição de 1949 ampliou as funções do Tribunal Constitucional, ao dispor que competia a ele a proteção dos direitos fundamentais. Este Tribunal pertence ao poder judiciário. O controle de constitucionalidade das leis é exercido tanto pelos tribunais dos *Länder*, quanto pelo Tribunal Constitucional. Sobre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, o mesmo encontra-se consagrado no § 78 da lei de *Bundesverfassungsgericht*.

Segundo PEREIRA MENAUT²⁸ *"así como el sistema norteamericano es el más difuso de los sistemas de control constitucional, el sistema alemán es el más concentrado de los sistemas de jurisdicción constitucional. Si el norteamericano es el principal Tribunal Supremo del mundo, el alemán es el principal Tribunal Constitucional"*.

Os ESTADOS UNIDOS diferentemente do Reino Unido, possui constituição escrita desde 1787, detendo caráter de documento jurídico, com aplicação direta e imediata pelo judiciário. Possui uma Suprema Corte, que se constitui na mais alta Corte federal e chefe do Poder Judiciário, competente para apreciar e decidir sobre questões envolvendo a lei federal e a Constituição.

A Suprema Corte é composta por nove juízes, escolhidos dentre quaisquer cidadãos americanos, pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, que permanecem no cargo pelo *tempo que bem servirem*, mediante uma remuneração que não pode ser reduzida durante a permanência no cargo. A Corte é o único Tribunal mencionado na Constituição norte-americana. Os demais tribunais federais são concebidos pelo Congresso (art.3º da Constituição). As principais atribuições desta Corte, centra-se na competência originária para julgar causas envolvendo o corpo diplomático estrangeiro e competência recursal de controle de constitucionalidade de modo difuso.

Na ESPANHA, o Tribunal Constitucional ocupa posição de intérprete máximo da Constituição e do Direito, estando acima dos três poderes, possuindo natureza híbrida político-legislativo e jurisdicional. O tribunal é composto por doze membros, que são nomeados pelo Rei, assim como o presidente deste Tribunal, sendo que em caso de empate das decisões dos magistrados, a decisão ficará a cargo do presidente deste órgão. Os magistrados deste Tribunal não são vitalícios, deixando

²⁸ PEREIRA MENAUT, Sistema Político Y Constitucional de Alemania. Una Introducción, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2003.p. 101-102.

muitas vezes o cargo muito antes que o partido ou ao presidente do governo que o indicou.

O Controle de constitucionalidade desempenhado por este Tribunal, constitui-se em atividade de natureza legislativa, já que as atividades jurisdicionais, estão afetas a proteção dos direitos e liberdades no julgamento do recurso de amparo e resolução de conflitos de competências. As atribuições de controle de constitucionalidade das leis, está disciplinada nos artigos 27 e 40 da lei orgânica deste Tribunal e subdivide-se na análise da inconstitucionalidade e do recurso de inconstitucionalidade. A *cuestión de inconstitucionalidad* consiste num controle de constitucionalidade na modalidade concreta, podendo ter efeito *erga omnes*.

Em PORTUGAL, coabitam os sistemas abstrato e difuso de controle de constitucionalidade das leis. O Tribunal Constitucional foi criado em 1982, para ser o órgão máximo da justiça constitucional, possuindo a última palavra sobre questões constitucionais. Nos termos do artigo 202º da Constituição Portuguesa, este Tribunal constitui-se em *órgão soberano, independente e autónomo, impondo-se suas decisões sobre qualquer outra autoridade*. As competências e atribuições deste Tribunal, estão definidas na Constituição. O Tribunal é composto por treze juizes eleitos pela Assembleia da República, para um período de nove anos, não renovável.

Segundo MOREIRA²⁹, *"O Tribunal constitucional não detém o monopólio da fiscalização da constitucionalidade. Os órgãos de fiscalização da constitucionalidade são, por um lado, o Tribunal Constitucional e, por outro, os demais tribunais (todos e cada um dos tribunais). O primeiro tem o exclusivo de fiscalização preventiva, da fiscalização sucessiva abstracta e da fiscalização preventiva, da fiscalização sucessiva abstracta e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e julga os recursos das decisões dos outros tribunais em matéria constitucional. Os tribunais comuns decidem das questões de constitucionalidade levantadas em cada caso sub judice, e as suas decisões são sempre recorríveis para o Tribunal Constitucional"*.

Em Portugal, constata-se, portanto, a existência do controle difuso e concreto de constitucionalidade das leis, podendo o Tribunal Constitucional modular os efeitos da inconstitucionalidade das leis, em casos específicos, já que a regra é a nulidade da lei declarada inconstitucional.

Veremos no tópico abaixo, o sistema adotado no Brasil.

1.5 Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988

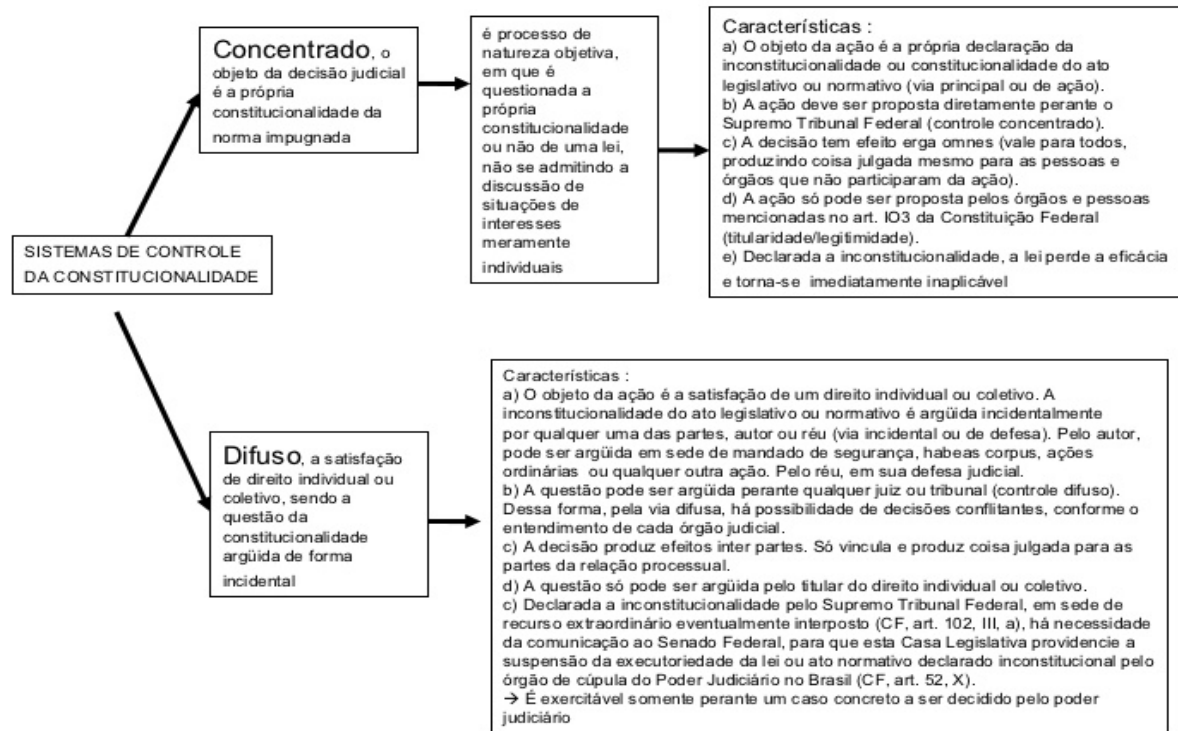
A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988, manteve o controle de constitucionalidade difuso das leis, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pela constituição de 1891. O controle abstrato também foi conservado, mais foi ampliado e inovado, ganhando uma manifesta importância nesta constituição.

Neste sentido, esta constituição conjugou o sistema híbrido³⁰ de controle de constitucionalidade das leis, vez que combinou o modelo difuso-incidental de matriz americana, com o modelo concentrado austríaco.

²⁹ (2010, p.65)

³⁰ Neste sentido, dispõem MORAES (2015): *"a Constituição de 1988 consagra (tal como a portuguesa de 1976, que sobre ela exerceu alguma influência), tanto uma componente de*

Estes sistemas de controle de constitucionalidade das leis nesta carta cidadã, pode ser resumido e diferenciado pelo esquema que se segue:



(MATTOS, 2011)

Houve, portanto, uma ampliação no sistema concentrado de constitucionalidade das leis, em relação ao controle difuso de constitucionalidade.

Neste sentido, é o que estabelece BARROSO³¹:

"Constata-se, (...) uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno 'inquietante'. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e própria arguição de descumprimento de preceito fundamental".

Desde a primeira Constituição republicana até a presente, houve um movimento pendular, de passagem do modelo difuso de constitucionalidade das leis, para o modelo concentrado, tornando o STF um órgão mais político do que judicial.

No modelo de CONTROLE DIFUSO DAS LEIS, qualquer juiz pode se pronunciar de ofício ou mediante iniciativa das partes, com eficácia *inter-partes*³².

O recurso extraordinário, que foi introduzido na primeira Constituição republicana do Brasil em 1891 encontra-se vigente desde então, com algumas modificações.

controle concreto de matriz difusa, como uma componente concentrada (englobando o processo de controle sucessivo e ainda a fiscalização por omissão)".

³¹ (2012, p. 250-252)

³² MORAES (2015, P. 284-285)

Trata-se de modalidade excepcional de recurso, admitida em hipóteses restritas, em caso de decisões proferidas por outros tribunais, em última instância quando tiver ofendido a norma da Constituição Federal.

Em 2004, foi editada uma emenda a Constituição de nº. 45 denominada “Reforma do Judiciário”, que previa em seu art. 102, §3º, da CF o instituto da *repercussão geral*, que dispunha:

“no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Neste sentido, a matéria constitucional deve ser pré-questionada, apontando o artigo supostamente violado. Caso o Tribunal negue a existência da repercussão geral, todos os recursos idênticos serão liminarmente indeferidos.

Em suma, as consequências jurídicas da decisão deste recurso, vale apenas *inter parts*, com efeito *ex tunc*. Esta decisão não retira do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional, já que isso a teor do artigo 52, inciso X, da CF é de competência do Senado Federal.

Os institutos de CONTROLE ABSTRATO de constitucionalidade das leis estão previstos no artigo 103 da CF/88. São a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A ADI esta regulada pela Lei nº. 9.868/99 e, destina-se à declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual. O efeito da declaração de constitucionalidade é *ex tunc*, *erga omnes* e vincula os demais órgãos do judiciário e da administração pública direta e indireta, não abrangendo contudo, o poder legislativo.

A ADC também é regulada pela Lei nº. 9.868/99 e, destina-se à declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal. Embora haja a previsão de constitucionalidade das leis, esta ação surge em caso de controvérsia ou dúvida relevante quanto a legitimidade da norma impugnada. A decisão proferida, da mesma forma que a ADI tem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante em face dos demais órgãos judiciais, e da administração pública direta e indireta, podendo, contudo, o STF modular em alguns casos, o efeito desta decisão.

Já a ADO, destina-se a aferição da inconstitucionalidade por omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional. Basta que esta omissão afete a efetividade da constituição, seja devido a inação legislativa ou administrativa, de órgão estadual ou federal. Esta omissão pode ser total ou parcial, sendo que a declaração desta omissão constitucional, implica na comunicação ao órgão legislativo para providências cabíveis, não tendo esta sentença força vinculante perante este poder. Já em face da administração, a decisão de omissão, possui efeito vinculante, capaz de obrigar a este órgão a suprir a lacuna apontada pelo tribunal, no prazo de trinta dias. Em caso de inação do poder legislativo, tem o STF aplicado uma *regulação provisória* ao tema, até que a omissão seja suprida.

A ADPF surgiu com intuito de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, e em caso de arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato

normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constitucionalidade (leis pré-constitucionais).

Neste sentido, a ADPF assim como a ADC necessita de uma controvérsia judicial relativa a constitucionalidade da lei ou legitimidade do ato em questão. Necessário portanto, uma legitimação para o agir *in concreto* advindo da dúvida sobre a legitimidade do ato impugnado.

Ademais, este modelo de controle abstrato de constitucionalidade, somente é utilizado, no caso de não ser cabível a utilização de outro meio capaz de sanar a lesividade. Exemplos da utilização da ADPF, são os casos que envolve a discussão da constitucionalidade de direito pretérito a Constituição vigente, em face da discussão da constitucionalidade de direito municipal e Constituição federal, e nos casos de normas pós-constitucionais que já possui efeito exaurido, face a sua revogação.

IV. STF, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

No Brasil, pós constituição de 1988, surgiu uma nova tendência no controle de constitucionalidade das leis, objetivando a aproximação do controle concreto das leis ao controle abstrato, a partir da adoção de mecanismos objetivos no controle incidental das leis.

São exemplos desta tendência: a reinterpretação do papel do Senado nos termos do art. 52, inc.X da CF/88; a possibilidade de o relator dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência do STF nos termos do art. 557, 1º-A do CPC); instituto da súmula vinculante; e a repercussão geral.

Estes mecanismos, tem como finalidade a transformação do STF em um verdadeiro Tribunal Constitucional, na medida que vai transformando o controle difuso de matriz norte-americana, em controle concentrado, aplicado pelos Tribunais Constitucionais da Europa Continental.

O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL foi um mecanismo processual introduzido na Constituição a partir da emenda constitucional nº45/2004, regulamentada nos artigos 543-A e 543-B do CPC, e Emenda Regimental do STF n.21/2007.

Este mecanismo trouxe um novo requisito de admissibilidade do RE perante o STF, permitindo que este órgão selecione apenas os recursos extraordinários, que apresentem questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, transcendendo os interesses subjetivos das partes no processo.

A adoção deste instituto, teve como finalidade transformar o STF em Tribunal Constitucional, diminuindo a competência recursal deste órgão, já que o STF é o principal meio de exercício do controle de constitucionalidade difuso das leis no ordenamento jurídico brasileiro.

Este instituto da repercussão geral, alterou o papel do RE, na medida que inseriu a necessidade de demonstração de questões que transcendem os interesses das partes, elemento objetivo, afeto ao controle de constitucionalidade das leis pela via abstrata. Segundo LEWANDOWSKI³³, desde a adoção deste mecanismo pelo STF houve uma redução pela metade na análise dos recursos extraordinários.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal-STF. Íntegra do discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2014. Disponível em:

Neste sentido, percebemos que ao longo dos dez anos de vigência deste instituto, o que tem havido na prática, é a tentativa de transformação deste instituto no modelo concreto de controle das leis, por meio da objetivação do controle concreto da constitucionalidade das leis, na medida em que o STF após julgar a repercussão geral, não terá que se manifestar repetidas vezes sobre matérias similares, já que a decisão sobre a matéria, vincula os demais processos similares, havendo assim, uma diminuição da competência recursal deste tribunal, aproximando-o mais ao modelo de Tribunal Constitucional da Europa continental.

O ARTIGO 52, INC.X, DA CF/88, trouxe uma reinterpretação ao papel do Senado Federal, uma vez que estabeleceu como sendo competência privativa ao Senado Federal, a *suspensão da execução no todo ou em parte da lei declarada inconstitucional, após decisão definitiva do STF*.

Compete portanto, ao Senado Federal e não ao STF a retirada da norma declarada inconstitucional. Neste sentido, a declaração da inconstitucionalidade das leis no modelo brasileiro, não possui efeito vinculante, afastando-se assim do modelo de sua matriz americana.

A Suprema Corte norte-americana, graças ao precedente advindo do *stare decisis*, do *Common Law*, atribui as decisões de inconstitucionalidade proferida na análise do controle difuso de constitucionalidade das leis, efeito vinculante, amplo e imediato.

O Brasil adotou contudo, a tradição romano-germânica, que não atribui eficácia vinculante a estas decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF no controle difuso, cabendo ao Senado Federal, esta atribuição.

Contudo, a doutrina³⁴ e a jurisprudência brasileira, vem entendendo ser possível a atribuição de efeitos gerais das declarações de inconstitucionalidade difusa, ainda que inexistente manifestação do Senado, produzindo assim, eficácia real a declaração de inconstitucionalidade efetuada pelo STF na análise do controle incidental.

O ARTIGO 557, §1º-A DO CPC, foi introduzido pela lei 9.756 de 17/12/1998, e prevê que: "*Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso*".

Pela leitura do dispositivo, percebemos que o relator poderá julgar monocraticamente o recurso, para reformar a sentença contrária ao entendimento pacífico do STF.

Neste sentido, percebemos que embora não tenha o legislador atribuído efeito *erga omnes* ao controle incidental das leis, ele permitiu uma maior objetivação neste controle concentrado, aproximando-o do sistema concreto de constitucionalidade das leis, ao estabelecer amplo efeito vinculante das súmulas e jurisprudências dos Tribunais Superiores aos demais órgãos.

A SÚMULA VINCULANTE foi inserida no ordenamento pátrio a partir da emenda constitucional nº 45/2004. Ela veio como forma de imprimir maior celeridade no julgamento de questões pacíficas perante o STF, sendo de observância obrigatória por parte do Poder Judiciário e da Administração Pública.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 27 jul.2015.

³⁴ Neste sentido, ver BARROSO (2012) e MENDES (2012).

Esta obrigatoriedade traduz-se num efeito vinculante perante os órgãos jurídicos e administrativos. Neste sentido, a súmula vinculante aproxima o controle incidental ao controle concreto, vez que até então, somente na via abstrata existia o efeito vinculante.

Portanto a partir da inserção da súmula vinculante no ordenamento pátrio, a observância do disposto nela pelos demais órgãos judiciais e administrativos, tornou-se obrigatório e vinculado.

V. TRANSFORMAÇÃO DO STF EM CORTE CONSTITUCIONAL - PEC 275/2013?

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 275/2013, de autoria da Deputada Federal pelo PSB/SP, Luíza Erundina, tem como finalidade transformar o STF em Corte Constitucional.

A Ementa desta PEC assim dispõe: *"Cria a Corte Constitucional; altera a composição, a competência e a forma de nomeação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça; altera a composição do Conselho Nacional de Justiça"*.

Esta proposta, visa extinguir da competência do STF o julgamento das Ações Penais originárias, transferindo esta função ao Superior Tribunal de Justiça, que em virtude do aumento de trabalho, teria o número de ministros integrantes deste tribunal, acrescido para sessenta.

Ao STF caberia "precipuamente, a guarda da Constituição", mediante o controle objetivo e abstrato de constitucionalidade. Manteve-se, contudo, a competência recursal deste Tribunal, para julgamento do Recurso Extraordinário, prevendo contudo, a extinção da Súmula Vinculante.

Quanto a composição do Tribunal, o número seria aumentado de onze para quinze ministros, nomeados não mais pelo Presidente da República, mas sim pelo Congresso Nacional, mantendo-se, contudo, a vitaliciedade dos membros do Tribunal.

A justificativa apresentada pela Deputada para a transformação do STF em Corte Constitucional, nas palavras da autora, tem como finalidade:

"(...) aperfeiçoar o funcionamento das instituições que compõem a cúpula do nosso Poder Judiciário; vale dizer, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça; (...) No que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal, ocorre outra grave deficiência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe, como objetivo precípuo, 'a guarda da Constituição' (art.102). Mas a consecução dessa finalidade maior é simplesmente obliterada pelo acúmulo de atribuições para julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional. (...) Há atualmente em andamento no Supremo Tribunal Federal mais de 68.000 processos; o que perfaz, abstratamente, a média de mais de 6.000 feitos por Ministro. Escusa dizer que esse acúmulo de atribuições contribui, decisivamente, para retardar em muito o julgamento das demandas, sobrecarregando abusivamente o trabalho dos Ministros. (...) A fim de corrigir esses graves defeitos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, a presente proposta determina a sua transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com ampliação do número de seus membros e redução de sua competência";

Entretanto, as alterações trazidas pela Deputada para a transformação do STF em Corte Constitucional, não são eficazes, na medida que ao manter o Recurso Extraordinário na competência deste tribunal, desvirtua a natureza do instituto, vez que não competirá ao Tribunal apenas a tutela da constituição, mais o julgamento

de casos pela via incidental, como já ocorre na atualidade. Conjugado a isso, verifica-se que se manteve a vitaliciedade dos ministros, e a vinculação deste órgão ao Poder Judiciário.

SILVA (2014), em parecer apresentado a pedido da OAB sobre a PEC 275/2013, neste sentido conclui:

"(...) A citada PEC, contudo, não traz grande modificação do sistema de jurisdição constitucional. Transforma, nominalmente apenas, o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional; (...) o fato de manter a vitaliciedade de seus membros e a competência para o recurso extraordinário só por si demonstra que não se está criando uma corte constitucional; (...) Dar a uma corte constitucional a vitaliciedade de seus membros e controle de constitucionalidade pelo sistema difuso é deformar o conceito. Demais, as cortes constitucionais, por princípio, não devem integrar o Poder Judiciário; (...) A proposta, em síntese, instituía um sistema dual o paralelo de jurisdição constitucional, assim considerando quando, num mesmo país, em um mesmo ordenamento jurídico, coexistam o modelo americano e o modelo europeu, mas sem se mesclarem, portanto, não é sistema misto; quer dizer, a corte constitucional, nesse sistema, não tem contato com o modelo difuso existente, porque não é órgão de recurso ou de revisão dos julgamentos proferidos no controle de constitucionalidade concreto, incidental e na via de exceção".

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao ser criado pela Lei Federal nº. 221 de 1894, teve como matriz a Suprema Corte americana, possuindo como principal atribuição a de intérprete máximo da Constituição republicana. Cabia aos juízes e tribunais verificarem a constitucionalidade das leis pela via incidental, em caso manifestamente inconstitucional.

A Carta cidadã brasileira de 1988 modificou significativamente este panorama, já que além de preservar o controle de constitucionalidade difuso, ampliou a jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade abstrato.

A partir de então, o STF começou a se afastar de sua matriz norte-americana, considerando dois pontos básicos e essenciais, apontado por MORAES³⁵ como sendo o exercício do controle de constitucionalidade e a legitimidade e reconhecimento popular adquirido por ambos os tribunais.

A distinção relativa ao exercício do controle de constitucionalidade refere-se à evolução do Direito brasileiro, que possibilitou o exercício do controle concentrado de constitucionalidade nos moldes praticados pelos Tribunais Constitucionais europeus.

O outro ponto refere-se ao reconhecimento popular adquirido por ambos os tribunais. Enquanto a Suprema Corte americana acabou se impondo politicamente como poder do Estado, ao lado do Executivo e Legislativo, o STF não atingiu o mesmo status de sua correspondente norte-americana.

³⁵ MORAES, Alexandre. Jurisdição constitucional: breve notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana. Revista Direito Mackenzie, v.2, n. 2. Ano 2015.

Ademais, este afastamento de sua matriz americana pode ser percebido pelas medidas que foram implementadas a partir da reforma do Poder Judiciário, Emenda Constitucional de nº45/2004. Nesta emenda, foram instituídos mecanismos no controle difuso de constitucionalidade, visando outorgar a este instituto o efeito vinculante aos casos similares, a partir da previsão do instituto da Repercussão Geral, no julgamento do Recurso Extraordinário pelo STF.

A introdução deste mecanismo adveio da necessidade de limitar a análise de casos incidentais pelo STF, na tentativa de transformá-lo num Tribunal Constitucional, pela limitação das ações recursais que lhe chegavam, tornando-o mais “disponível” para exercer sua função de guardião da Constituição.

Nesta mesma perspectiva, vimos que foi introduzido o instituto da Súmula Vinculante, na tentativa de ao vincular os tribunais inferiores e a administração à súmula editada pelo Supremo, faria com que ele também analisasse menos casos afetos a estas matérias sumuladas. Contudo, isso não ocorreu, pois na prática, mais procedimentos judiciais, passaram a chegar no STF, na medida que a não aplicação do disposto pela Súmula Vinculante pelas instâncias inferiores e até mesmo pela administração era contestada perante este órgão pelo instituto da reclamação, fazendo com que o trabalho desempenhado pelo STF não restasse diminuído.

Conjugado a isso, embora tenha o STF se afastado de uma Corte Constitucional nos moldes dos Estados Unidos, fato é, que ele ainda está longe de se tornar um Tribunal Constitucional. Isto se dá porque ainda há uma gama de atribuições outorgadas ao STF advinda do controle de constitucionalidade difuso, que não permite que ele se dedique exclusivamente à tutela da Constituição.

Ademais, a forma de nomeação dos ministros pelo Presidente da República, a vitaliciedade na ocupação do cargo e a vinculação deste órgão ao Poder Judiciário, o afasta de um Tribunal Constitucional.

O que percebemos na atualidade, inclusive pela edição da PEC 275/2013, é uma tentativa latente de transformação deste órgão a uma Corte Constitucional. Contudo, conforme já demonstrado acima, esta PEC afasta-se muito da transformação do STF em uma Corte Constitucional, na medida que mantém o instituto do Recurso Extraordinário e a vitaliciedade dos ministros no exercício do cargo.

Constatamos, portanto, que embora tenha o STF pós Constituição de 1988 se distanciado da sua matriz norte-americana a partir da adoção de novos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, pela ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, há ainda um longo caminho a se percorrer, para que este órgão transforme-se exclusivamente num Tribunal Constitucional nos moldes da Europa Continental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Eduardo Siqueira. *A evolução histórica das decisões do STF: politização e democracia*. Disponível em <<http://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/15-carlos-abrao.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ANDRADE, Fábio Martins de. *PEC 275/2013 e transformação do STF em Corte Constitucional*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3860, 25 jan. 2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/26456>>. Acesso em: 25 jul. 2015.

- BARROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo [et al]. *Bicentenário do Poder Judiciário no Brasil – Edição Comemorativa dos Duzentos Anos de História Independente do Poder Judiciário no Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2008.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes 2012*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Movimento processual a partir de 1940*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Percentagem de recursos extraordinários, agravos de instrumentos e recursos extraordinários com agravo frente aos processos distribuídos no período de 1990 a 2013*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acompanhamento do volume de processos distribuídos após a implantação da repercussão geral*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Números da repercussão geral. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. *Para simples reexame de não cabe recurso extraordinário*. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal–STF. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, 2014. V. 1. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf. Acesso em: 27 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal–STF. *Íntegra do discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.Pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ªed. 8ª tir. Coimbra: Almedina, 2000.
- CHANAN, Guilherme G. *O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional*. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 5, nº 266, 06 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/101-artigos-jun-2005/5241-o-supremo-tribunal-federal-como-corte-constitucional>
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Iniciação à Metodologia Jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

- _____. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Iuris, 2006.
- _____. *Reflexões sobre o Direito Contemporâneo*. Revista Páginas de Filosofia, vol. I, n.I, pp. 39-44, jan.-jul. 2009. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>. Acesso em: 27 jul.2015.
- D'ORS, Álvaro. *D'ORS, Nueva Introducción al estudio del derecho*. Ed. Cuadernos Civitas, primeira edición, 1999.
- DONIZETTI, Elpidio. *As forças dos precedentes no novo código de processo Civil*. Revista de Direito UNIFACS- Debate Virtual, n. 175, 2015.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.
- FERRAZ, Taís Schilling. *A amplitude dos efeitos das decisões sobre questão constitucional de repercussão geral: critérios para aplicação de precedentes no direito brasileiro*. 2015. Disponível em: <http://meriva.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/7120/1/000467469-Texto%2bParcial-0.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- GODINHO, Marcelo; DUARTE, Fernanda. *Notas sobre a Suprema Corte Norte-americana*. 2007. Disponível em: http://www.ajuferjes.org.br/PDF/010artigo_02.pdf. Acesso em 29. jul. 2015.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Tribunal Constitucional: Elementos e estrutura da separação dos poderes*. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/view/361/472>. Acesso em 29 jul. 2015.
- HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, , pp. 01 e 04, 1963.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEITE, Marcelo; STRAUSS, Thiago. *Direito Constitucional em Mapas Mentais*. Disponível em www.pontodosconcursos.com.br. Acesso em: 30 jul. 2015.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18 ed. Ver., atual. Campl. Saraiva: São Paulo, 2014.
- LOHN, Fernanda. *O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-supremo-tribunal-federal-e-uma-corte-constitucional>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *Democracia y tribunales constitucionales*. Disponível em: <http://www.idpc.es/archivo/1212589025a1LLG.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2015.
- MARQUES, Fernando Cristian. *Tribunal Constitucional: o Supremo Tribunal Federal a aproximação das tradições do direito comparado*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tribunal-constitucional-o-supremo-tribunal-federal-a-aproximacao-das-tradicoes-do-direito-comparado,52339.html>. Acesso em: 26 jul. 2015.
- MATTOS, Samuel. *Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/samuelmattos/control-de-constitucionalidade-10626796>. Acesso em: 23 jul. 2015.

MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Direito Constitucional: teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Republicana, 1976.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo>

[discurso/anexo/munster_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

_____. *Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas*. Disponível em: <

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>.

Acesso em: 22 de jul. 2015.

_____. *Decisões importantes do Supremo Tribunal Federal do Brasil*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStf>

[Agenda_pt_br/anexo/Decisoes_importantes1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Decisoes_importantes1.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

_____. *O Controle da Constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/

[Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional: breve notas comparativas sobre a estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema norte-americana*. Revista Direito Mackenzie, v.2, n. 2. Ano 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*. Lisboa. Ed. Almedina. 2014.

PAIVA, Clarissa Teixeira. *A repercussão geral dos recursos extraordinários e a objetivação do controle concentrado de constitucionalidade*. 2013. Disponível em: <[http://magnacarta.dominiotemporario.com/doc/06-](http://magnacarta.dominiotemporario.com/doc/06-A_Repercussao_Geral_dos_RE_e_a_Objativacao_do_Controle_Concreto_de_Constitucionalidade.pdf)

[A_Repercussao_Geral_dos_RE_e_a_Objativacao_do_Controle_Concreto_de_Constitucionalidade.pdf](http://magnacarta.dominiotemporario.com/doc/06-A_Repercussao_Geral_dos_RE_e_a_Objativacao_do_Controle_Concreto_de_Constitucionalidade.pdf)>.

Acesso em: 27 jul. 2015.

PEREIRA MENAUT, António Carlos. *Derecho Constitucional Español*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2006.

_____. *Doce tesis sobre la política*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

_____. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

_____. *Lecciones de Teoría Constitucional*. 3ª ed. Madrid, p. 46 e 47, 2010.

_____. *Teoría Política*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2015.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade – Democracia, Poder Judicial e Justiça Constitucional*. Porto: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A. 6, 2009 - p. 47-67.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 25ª ed. 22ª tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. *O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional?*. In: *Âmbito Jurídico*,

- Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10818&revista_caderno=9>. Acesso em jul 2015>. Acesso em: Jul 2015.
- SENIUK, Geraldo T.G. *A Suprema Corte do Reino Unido*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=279>>. Acesso em: 22 Jul. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; *O Que é Isso? Decido Conforme Minha Consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 10, n.20, pp. 37-57, 2º sem. 2007.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Parecer apresentado à Comissão Permanente de Direito Constitucional – PEC 275. 2014. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-16768.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2015.
- TAVARES, André Ramos. Tribunal e jurisdição constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- _____. Perplexidades do Novo Instituto da Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 jul. 2015.
- VELLOSO, Carlos Mário. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 12, mar. 2002.

DIREITO AGROAMBIENTAL EM DISPUTA: A PRESENÇA DO CAPITAL ESTRANGEIRO E A (IN)EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS NO MEIO RURAL BRASILEIRO

Agro-environmental law in dispute: the presence of foreign capital and the (in)effectiveness of socio-environmental rights in brazilian rural areas

AMANDA DIAS VERRONE¹

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES²

Universidade Estadual Paulista

Universidade de Santiago de Compostela

Sumário: 1. Contextualização do Universo Sociojurídico do Meio Rural Brasileiro; 1.1 Estatuto da Terra e a Revolução Verde; 2. A Estrutura Socioambiental do Capital e seus Impactos (In)sustentáveis no Campo; 3. Responsabilidade Socioambiental do Direito e sua Potencialidade de Transformação Social; Considerações Finais.

Resumo: A presença do capital estrangeiro nas terras nacionais e a submissão das demandas internas frente aos interesses do capital internacional não são questões novas no cenário sociojurídico brasileiro. O avanço do modelo de desenvolvimento capitalista implementado no Brasil, ao favorecer a produção monocultora e perpetuar a estrutura agroexportadora de produtos primários, vincula importantes questões socioambientais estritamente à realização dos interesses mercadológicos nacionais e internacionais, violando inúmeros e importantes direitos fundamentais. Ciente de que a luta jurídica por si só não é capaz de alterar as relações estruturais de desigualdade estabelecidas em níveis mais complexos e profundos da vida social e que a mudança dos paradigmas do Direito Agroambiental - historicamente preocupados em realizar as categorias "produtividade" e "empresariado" como elementos centrais do desenvolvimento rural - também é indispensável para a reprodução do modo de produção capitalista, entende-se que o Direito possui

¹ Graduanda no curso de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Pesquisadora de iniciação científica na área de Direito Agrário, Direito Ambiental e Direitos Humanos, ex-bolsista FAPESP. Integrante do grupo de extensão universitária NATRA (Núcleo Agrário Terra e Raiz) e colaboradora do grupo de pesquisa NEPPs (Núcleo de Estudos em Políticas Públicas) dentro do projeto: Integração Social do Mercosul: uma agenda de Políticas Públicas, com ênfase nos temas referentes à Agricultura Familiar. Email: amandaverrone@gmail.com

² Professor no postgrado em Seguridad Internacional da Universidade de Santiago de Compostela e professor de Direito Administrativo no mestrado de Acceso a la Abogacía da Universidade Europea de Madrid. Doutorando em Direito Administrativo na Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas e Licenciado em Direito pela mesma Universidade. Email: ruben.miranda@usc.es

responsabilidades socioambientais que devem ser observadas e cumpridas. Diante do exposto, através da metodologia indutiva, dedutiva, dialética e interdisciplinar, este estudo propõe apresentar os impactos socioambientais e jurídicos (in)sustentáveis presentes no meio rural brasileiro frente à presença do capital estrangeiro e também demonstrar o potencial que o Direito Agroambiental possui enquanto importante instrumento de transformações sociais.

Palavras chave: Desenvolvimento socioambiental, Capital estrangeiro, Direitos fundamentais, Justiça social.

Abstract: The presence of the foreign capital in national lands and the submission of internal demands facing the international capital interests are not new aspects in the brazilian social-legal scenario. The advance of capitalist development model implemented in Brazil, by encouraging monoculture production and perpetuate the agro-export structure of commodities, strictly linked important environmental issues to the achievement of national and international market interests, in violation of numerous important fundamental rights. Aware that the legal struggle alone is not able to modify the structural relationships of inequality established in more complex and deeper levels of social life and the changing paradigms of Agro-Environmental Law - historically concerned to carry out the categories "productivity" and "entrepreneurship" as central elements of rural development - is also essential for the reproduction of the capitalist model of production, it is understood that the Law has social and environmental responsibilities that must be observed and realized. Given the above, through the inductive, deductive, dialectic and interdisciplinary method, this study proposes to present the social, environmental, legal and (un)sustainable impacts present in the rural areas of Brasil opposite the foreign capital presence and also demonstrate the potential that the Agro-Environmental Law has as an important instrument of social transformations.

Keywords: Socio-environmental development, Foreign capital, Fundamental rights, Social justice.

1. Contextualização do universo sociojurídico do meio rural brasileiro

Para estabelecer devida contextualização do universo sociojurídico do meio rural brasileiro, é primordial adentrar na história do pensamento político e econômico do Brasil colonial, uma vez que a história da legislação agrária brasileira confunde-se com a legislação do reino já que o ordenamento jurídico que vigorava no Brasil colonial era o mesmo então vigente em Portugal.

Ensina o mestre agrarista Waldemar Ferreira: "Por mais paradoxal que pareça. A história do direito brasileiro é muito mais antiga que a história do Brasil".³ Justifica-se, assim, a fulcral necessidade de resgatar a origem da questão agrária brasileira para alcançar a profundidade de entendimento exigida pelas complexas relações jurídicas agrárias da contemporaneidade.

Após a chegada dos portugueses às terras além-mar e a consecutiva invasão do território pertencente às comunidades e povos tradicionais que aqui viviam, a história registra que já as primeiras relações estabelecidas entre esses povos foram

³ FERREIRA apud FALCÃO, 1995, p. 150.

a de escambo, a qual, essencialmente, consistia na exploração econômica dos recursos naturais visando o mercado internacional.

O sistema de Capitânicas Hereditárias, baseado no sistema utilizado desde o século XV nas possessões portuguesas de Madeira e Açores, foi implementado a partir da urgente necessidade de Portugal em ocupar as terras brasileiras e fazê-las produzir, sob fortes ameaças de ocupação por parte dos franceses e holandeses indóceis às doações efetuadas pelo Papa a Portugal e a Espanha. Entre os anos de 1534 e 1536 foram constituídas 14 capitânicas de 30 e 100 léguas de costa, a partir desta até alcançar a linha de Tordesilhas. No total foram 18 Capitânicas Hereditárias implementadas no Brasil e, assim, iniciava-se a fase de intensa e perversa exploração econômica, tendo por base a utilização extensiva da terra e o imediato aproveitamento de sua matéria-prima fundamental: a cana-de-açúcar⁴.

Juridicamente esse sistema de ocupação da terra era assegurado pela Carta de Doação e pelo Foral, espécie de código tributário. Através das cartas de doação das Capitânicas, se conclui que o donatário era o distribuidor de terras sem, contudo, ser proprietário delas. O patrimônio individual dos capitães não podia, por lei, ultrapassar 10 léguas, a não ser que a comprasse de terceiros. O restante das terras era de propriedade da Coroa e essas eram constituídas e regidas pelo sistema sesmarial, sendo que essas terras deveriam ser cultivadas mediante o pagamento de rendas e tributos que eram divididos entre os donatários e a Ordem de Cristo, representada pela Coroa Portuguesa.

Registros históricos apontam que o instituto da sesmaria nasceu em Portugal em 26 de junho de 1375, com Dom Fernando em contexto bastante diverso àquele em que é introduzido no Brasil. Dom Fernando, à vista do abandono das lides agrícolas por parte dos grandes proprietários, promulgou, nos termos de Fernando Pereira Sodero, lei “drástica e violenta”, uma vez que forçava todos os proprietários a lavrarem suas terras sob pena de, em não o fazendo, obrigavam-se a ceder tais terras aos que as quisessem lavar⁵.

A legislação das sesmarias representava em Portugal uma tentativa para salvar a agricultura decadente e evitar o abando do campo, que se acentuava a medida que se decompunha a economia feudal e cresciam as atividades dos centros urbanos. Raimundo Faoro afirma, inclusive, que o instituto da sesmaria em Portugal “feriu de morte o feudalismo em sua base econômica, evitando que a terra ficasse sem proveito, com a renovação dos proprietários”⁶, inviabilizou-se, assim, o latifúndio em benefício do pequeno lavrador.

A colonização portuguesa no Brasil foi responsável por uma característica relevante no contexto de sua formação social: a não absolutização da propriedade fundiária até a segunda metade do século XIX – a propriedade da terra era estatal ou semi estatal. Essa característica de propriedade, por exemplo, é anterior à da formação da propriedade fundiária mercantil na Inglaterra e na França.

Avançando consideravelmente o tempo histórico, assim como o período colonial, o século XIX – reconhecidamente um século heterogêneo da história brasileira – revela-se também um marco importante para compreensão da presença do capital estrangeiro em terras nacionais e seus interesses notadamente

⁴ SANTOS, 1995, p. 35.

⁵ SODERO, 1990, p. 5.

⁶ FAORO, 1958, p. 59 apud SANTOS, 1995, p. 36.

problemáticos sob o ponto de vista de efetivo desenvolvimento econômico e socioambiental.

Segundo Celso Furtado, a primeira metade do século XIX constitui um período de transição durante o qual se consolidou a integridade territorial e se firmou a independência política do país.⁷ Os privilégios concedidos por Portugal à Inglaterra geraram crises internas, entretanto, ainda nesse mesmo século se vislumbrava a consolidação do país e o seu “desenvolvimento”.

Esse período é marcado pelo intercâmbio econômico com a Inglaterra em condições muito favoráveis para esta e, no plano interno, pela organização escravocrata do trabalho produtivo. No cenário internacional, o Brasil era fornecedor de açúcar, café, fumo, couros, madeiras, borracha, couro, peles e arroz. A sociedade brasileira da época apoiava-se em uma economia voltada para o mercado externo com fundamento na produção escravista, uma contradição que, ainda que muito estudiosos entendam como superada, ela traz reflexos problemáticos do ponto de vista macroestrutural até os dias de hoje.

Após a Independência em relação a Portugal, a burguesia nacional, a qual era fundamentalmente formada por grandes proprietários de terras, senhores de engenho e comerciantes, rapidamente se integra na relação de dependência com o capitalismo inglês. Assim, ocorre uma reorganização interna do conjunto das relações de produção: abolição do trabalho escravo, inserção brasileira no mercado capitalista mundial como fornecedor de matérias-primas, novo estatuto para a propriedade fundiária regulamentada pela Lei de Terras com amparo na Constituição de 1824, entre outros. Em nível internacional, o final do século conhece a consolidação do capitalismo monopolista e do imperialismo moderno e a hegemonia do poderio inglês se impõe.

A partir de 1850 inicia-se o processo de “modernização” do Brasil em diversas dimensões e os britânicos estavam entre os que exerceram papéis principais durante o desenvolvimento desse processo. O projeto vitorioso no Brasil foi o da adaptação do país às novas exigências do comércio internacional, mas sem interferir no poder e na propriedade das elites já constituídas. A proposta vencedora, extremamente conservadora, não questionava as formas coloniais remanescentes, inclusive perante a Inglaterra. Mais uma vez na história desse país optou-se pela “ideologia do progresso”, fundada no trabalho assalariado, no controle das classes trabalhadoras e na grande propriedade monocultora e exportadora.

1.1. Estatuto da Terra e a Revolução Verde

No século XX, além do período de depressão econômica - que desvelou diversas falhas estruturais do sistema voltado para o mercado e fragilizou o até então inabalável liberalismo econômico - a crise do café e a Revolução de 30, ocorreu também uma importante reestruturação interna da economia e do poder. Com a crise de 29 iniciou-se o processo de industrialização por “substituição de

⁷ O autor faz referência à intensa eclosão, ainda na primeira metade do século XIX, de movimentos de autonomia regional como a Insurreição de 1817 no Nordeste brasileiro, a Confederação do Equador em 1824 no Rio Grande do Sul, a Revolução Liberal em 1842 em Minas Gerais, entre outros. A partir de 1840, D. Pedro II vai, paulatinamente, consolidando o Império sob a perspectiva de centralização do poder.

importações”, crescimento da urbanização, explosão demográfica e substituição do Estado-oligárquico-liberal pelo Estado intervencionista, democrático ou populista. Pode-se então afirmar que o processo político iniciado a partir da primeira metade do século XX representou verdadeira expansão do capitalismo industrial e o recrudescimento da exclusão da grande massa de trabalhadores rurais de qualquer participação política e do acesso à terra.

Já nas primeiras décadas dos anos de 1900 – contando, inclusive, com as forças do Estado – o centro de gravidade da acumulação capitalista nacional foi transferido da empresa rural para a nova indústria, majoritariamente situada nas cidades em expansão, sempre alinhada aos modelos industriais internacionais. Além disso, para realizar novas formas de acumulação e afastar qualquer tipo de ameaça, a burguesia local aliou-se aos grandes proprietários rurais, aos latifundiários tradicionais e, sobretudo, ao capital estrangeiro.

Dessa maneira, para além da constatação de que o Brasil historicamente tem tratado a questão agrária de maneira secundarizada e conservado o poder monopolista dos latifundiários – impossibilitando a reforma agrária enquanto garantia de acesso à terra e produção primária voltada para o mercado interno – é possível identificar também que a presença do capital internacional é muito mais antiga e influente nas questões políticas, jurídicas, econômicas e sociais do que a tendenciosa divisão cartesiana e hegemônica do tempo histórico tradicionalmente apresenta.

No ano de 1962, sob a intensa pressão política dos movimentos sociais e reivindicações de setores organizados da sociedade em prol da justiça e liberdade no campo brasileiro, o então presidente João Goulart encaminhou ao Parlamento um projeto que ambicionava equalizar o estado de tensão permanente – que historicamente circunda a estrutura fundiária nacional – através da tentativa de consagração, ao mesmo tempo, do direito individual de propriedade e de seu condicionamento ao bem-estar social. Apesar do anseio de Goulart, foi o Marechal Castelo Branco quem assinou a Lei nº 4504 de 30 de novembro de 1964 que criou o Estatuto da Terra, o qual no ano passado celebrou 50 anos de criação e cuja compreensão aprofundada possui importância ímpar para as diversas dimensões da Questão Agrária brasileira.

Com o golpe militar praticado nos anos de 1964, a burguesia nacional – sempre aliada aos interesses do capital estrangeiro – revelou seu projeto para o campo brasileiro. Um projeto que acusava o atraso tecnológico da agricultura brasileira como principal responsável pela crise de abastecimento interno e que publicamente aparentava preocupar-se com a produção de matérias primas para garantir a certeza do alimento, enquanto que, na esfera privada, estimulava a entrada de créditos propiciados por órgãos internacionais apresentando a produtividade como condição *sine qua non* para o pleno desenvolvimento industrial do país. Assim, o referido Estatuto não constitui apenas uma lei de Reforma Agrária, mas, visa também, ser uma lei de desenvolvimento rural.

Um dos principais avanços que o Estatuto apresenta é a previsão, imediata logo em seu art. 2º, da função social da propriedade. A lei passou a assegurar a todos a oportunidade de acesso à propriedade de terra, condicionada por sua função social, e a regular a desapropriação por interesse social. Segundo José Afonso da Silva, a função social da propriedade é definida como “um princípio constitucional

informador da ordem econômica e social que tem por fim realizar o desenvolvimento e a justiça social”⁸.

A política de desenvolvimento econômico implementada pelo governo militar, amparada segundo os ditames internacionais de industrialização e modernização do campo, alterou significativamente as antigas estruturas e relações de poder e dominação presentes no meio rural brasileiro. No entanto, essa alteração não representou modificação na estrutura concentradora de organização fundiária em sentido favorável à efetiva democratização do acesso à terra por meio de um projeto de reforma agrária.

Já na década de 70 ocorreu no meio rural a “Revolução Verde”, que se apresentou como uma das principais estratégias de desenvolvimento do período do “milagre econômico” militar e significou a penetração do capitalismo no campo. Segundo a professora e agrarista Elisabete Maniglia, a revolução verde visava à maximização produtiva que, objetivamente, usa a natureza para a maximização dos lucros sem se preocupar com os efeitos da tecnologia empregada sobre o meio ambiente circundante. A professora ainda ensina que

Esse momento ficou marcado pela ilusão do aumento desenfreado da produção, com uso de conhecimentos tecnológicos, abrangendo o uso da química, da mecânica e da biologia. O meio rural brasileiro, piloto dessa experiência, que aparentemente demonstrava ser a saída para o crescimento do setor agrário, foi marcado profundamente por mudanças que permanecem e apontam ser este o único caminho viável⁹.

A “modernização conservadora” colocada pelos militares conduziu a uma integração crescente entre o capital agrário, industrial e comercial por meio da expansão das agroindústrias multinacionais, o que reforçou o investimento estrangeiro no mercado de terras nacionais, acentuou a histórica concentração fundiária e intensificou o processo de êxodo rural que contribui, entre outros elementos, inclusive para o aumento no processo de favelização dos centros urbanos.

A compreensão acerca dos interesses políticos e econômicos que sustentavam a revolução verde é de extrema importância para a investigação em questão, pois ela representa o avanço da entrada do capital estrangeiro no meio rural brasileiro, sob o viés da “modernização” tecnológica do campo, que, até então, era tido como um setor atrasado e culpado pelo subdesenvolvimento nacional.

Dessa maneira, questionar a concentração de terras na contemporaneidade, o modelo de desenvolvimento agroexportador de commodities, a presença perversa do capital estrangeiro no campo e a função histórica do Direito frente à Questão Agrária e Ambiental sem os vislumbres – muitas vezes ingênuos – oriundos de ideologias transformadoras e revolucionárias, exige a apropriação desse complexo panorama histórico da realidade agrária nacional com profundidade e criticidade.

Percebe-se, portanto, que os séculos de “progresso” impostos pelo capital internacional ao Brasil representaram nada além da modernização do latifúndio e do aprofundamento do caráter essencialmente capitalista do modelo produtivista, monocultor e agroexportador de “desenvolvimento” brasileiro.

⁸ SILVA apud PANINI, 1990, p. 82.

⁹ MANIGLIA, 2009, p. 92.

2. A estrutura socioambiental do capital e seus impactos (in)sustentáveis no campo

As relações entre sociedade e natureza, a partir do advento do modo de produção capitalista, se transformam, inicialmente, através da propriedade da terra, que deixa de ser fonte de subsistência para ser principal fonte de exploração do trabalho humano, acumulação de capital e importante elemento mantenedor das desigualdades historicamente construídas entre proprietário e trabalhador. Ocorre então a ruptura da “relação metabólica” entre as sociedades humanas e o meio natural, manifestando, assim, uma das características mais destrutivas da lógica do capital: a alienação do trabalho humano aliada à degradação ambiental.

A reflexão principal objetivada por este tópico do presente trabalho está na demonstração de que o debate a respeito da Questão Ambiental, que ganhou força em âmbito mundial a partir dos anos de 1970 após, principalmente, a “revolução ambiental norte-americana” e a Conferência de Estocolmo, em meio às diversas vertentes interpretativas que enxergam a depredação ambiental como consequência da ação humana predatória, refere-se, em verdade, às contradições intrínsecas da sociabilidade do capital e às deficiências na sua (re)produção.

Em esfera mundial muitos setores do ambientalismo negam os fundamentos da Questão Ambiental e focalizam a discussão apenas nas problemáticas ecológicas, esvaziando de sentido os enfrentamentos de classe, os complexos processos econômicos e sociais e simplificando o debate, acusando como centro da questão a “essência destrutiva” das relações humanas. Essas correntes de pensamento, apesar da importante crítica à lógica produtivista e ao consumo dos recursos naturais – que geraria uma “sociedade dos descartáveis” – mostram-se insuficientes para explicar e, mais que isso, para conter os avanços maléficos do capitalismo sobre o meio ambiente e social.

Quando os movimentos ambientais e ecológicos criticam o produtivismo, não o apreende como lógica intrínseca ao modo de produção capitalista e, ao ignorar essa condição, produzem a ilusão de um “capitalismo limpo” ou “capitalismo verde” que, por meio de reformas, pode ser capaz de controlar alguns “excessos” sobre os recursos naturais e até mesmo sobre direitos ambientais. Segundo Löwy

Os ecologistas enganam-se ao pensar que podem fazer a economia da crítica marxiana do capitalismo: uma ecologia que não leva em consideração a relação entre “produtivismo” e a lógica do lucro está voltada ao fracasso – ou pior, à recuperação pelo sistema¹⁰.

O discurso de indiferenciação de classes obscurece o fato de que cada classe social possui um ambiente distinto determinado pelas relações sociais de produção, as quais estabelecem a distribuição das riquezas e, inclusive, o acesso aos recursos naturais de maneira bastante diferenciadora entre a classe trabalhadora e os capitalistas.

Essas abordagens, de acordo com Ronaldo Coutinho, são reféns da categoria de sustentabilidade e todos os seus desdobramentos teóricos e, ao menos no plano ideopolítico, não representam qualquer tipo de projeto de superação do modo de produção hegemônico, embora se esforcem incisivamente para se apresentarem como alternativas e, até mesmo, contraposição de um projeto de civilização por

¹⁰ LÖWY, apud SILVA, 2010, p.72.

meio de novos estilos de vida, valores distintos e um conjunto de objetivos socialmente definidos pelo paradigma do desenvolvimento sustentável. Segundo Coutinho

A observação dos usos do conceito de “desenvolvimento sustentável” mostra a pertinência dessa afirmação. O próprio mercado “mercantiliza” vigorosamente suas recém-descobertas imanências éticas de fundo ambiental. Os rumos tomados pela chamada questão ambiental desde meados dos anos 80 mostra a grande força do mercado que, de réu, passou a maior detentor de iniciativas nesse campo, a ponto de fazer com que, objetivamente, “desenvolvimento sustentável” seja identificado mais com seus interesses do que com quaisquer outros. (...) o conceito de “desenvolvimento sustentável” busca estabelecer o pressuposto de efetiva possibilidade de uma ordem social ecológica e democrática, sem que isto implique necessariamente a ultrapassagem do capitalismo¹¹.

Ao observar as tendências do capitalismo globalizado do século XXI, o que se revela é um complexo sistema de acumulação financeira que domina as diversas dimensões de existência do ser social, a fim de assegurar a reprodução e dominação do grande capital -no caso dos países latino-americanos, do capital internacional- à custa de uma crescente polarização da riqueza: as reformas neoliberais, a reestruturação produtiva e, elemento que já foi discutido nesse trabalho, a naturalização da “questão social”.

O aspecto universal da economia de mercado, a consequente divisão internacional do trabalho e produção e as responsabilidades ambientais oriundas dessa divisão são marcas expressivas e pontos fundamentais de análise para a Questão Agrária e Ambiental contemporânea. A invasão e dominação do capital estrangeiro, infelizmente, não são elementos novos nas problematizações, sobretudo, aquelas realizadas pelos países colonizados do Sul. O conceito de imperialismo ecológico, por exemplo, denuncia as desigualdades estruturais existentes e reforçadas – ainda que disfarçadamente – entre as nações do Norte (capitalismo desenvolvido) e os situados às margens e na periferia do mundo (capitalismo tardio e periférico).

Assim, grandes indústrias de capital internacional e nacional mercantilizam recursos como a terra, a água e o ar atmosférico em nome da produção, que, evidentemente não é repartida entre os países do globo, tampouco é destinada aos países periféricos ambientalmente devastados e produtores de matérias-primas. Dessa maneira, os países centrais em nome do capital internacional se apropriam de terras ao redor do globo, arrendam propriedades desrespeitando muitos dos limites estabelecidos pelas legislações internas, poluem o ambiente urbano dos países periféricos através, por exemplo, da pulverização da produção, agredem os solos com o uso intensivo de agrotóxicos, estimulam e facilitam o uso de sementes transgênicas, devastam culturas populares, desagregam a população trabalhadora do meio rural e a renega para as periferias das cidades e tantas outras práticas agressivas e violadoras.

¹¹ COUTINHO, 2009, p. 23.

Importante assinalar o caráter extrafronteira que a Questão Ambiental possui para a vida social e, principalmente, para o Direito. De acordo com os ditames do Direito Ambiental, o meio ambiente sadio não está no rol dos direitos individuais devido à indivisibilidade do direito tutelado e, tampouco, se situa entre os direitos coletivos, uma vez que não possui titulares organizados, identificáveis e ligados entre si por alguma relação jurídica. Em verdade, a Questão Ambiental e o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, segundo Nelson Nery Júnior, não podem ser individualizados, já que sobre eles não pode ser exercido direito subjetivo de acordo com os ditames herdados do liberalismo do século XIX. Para o professor, o direito ambiental é *res omnium*, ou seja, pertence a toda a sociedade, caracterizando-se enquanto direito difuso. Logo, ele não pode ser tratado como responsabilidade de países isolados¹².

Além disso, a Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo nos anos de 1972, proclamou todos os indivíduos possuírem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

Seguindo essa perspectiva, a Constituição brasileira de 1988 também inseriu o direito ao meio ambiente equilibrado dentro do rol dos direitos fundamentais, entendendo que possuir pleno acesso a esse direito implica diretamente o direito à vida. Ainda, a dignidade da pessoa humana, um dos elementos basilares constituintes do Estado Democrático de Direito, compreende e abriga a necessidade de proporcionar a todos os indivíduos qualidade de vida, fato que só será alcançado por meio da consolidação de um meio ambiente natural, cultural, artificial e de trabalho salubres. A biodiversidade também foi acolhida pela Constituição de 1988 como um direito fundamental e bem jurídico a ser protegido.

Fica evidente, portanto, que, apesar do direito normativo assegurar a responsabilidade ao meio ambiente sadio a todos os cidadãos e países de maneira equânime e, ainda, garanti-lo enquanto direito fundamental, na materialidade o que se apresenta é a recorrente ênfase na autonomia e na autodeterminação das comunidades locais, regionais e nacionais por meio de práticas “sustentáveis” que visam humanizar o capitalismo e convencer o mundo de que o crescimento econômico globalizado e guiado pelo mercado é a via mais eficaz para conduzir a humanidade ao equilíbrio ecológico e justiça social.

Assim, demonstra-se a urgência da discussão profunda e estrutural acerca da Questão Ambiental e também da Questão Agrária, debruçando-se sobre os elementos sociais, políticos e econômicos que historicamente tecem a sociabilidade humana, em especial a sociabilidade do capital, superando os aspectos técnicos e, principalmente, expandindo os limites das fronteiras nacionais.

3. Responsabilidade socioambiental do direito e sua potencialidade de transformação social

Como todo ramo pertencente às ciências sociais aplicadas, o Direito só pode ser compreendido dentro de um contexto histórico social, cultural, econômico e político específico e tendo como frente a realidade material que contextualiza não

¹² NERY JÚNIOR apud SOUZA, 2003, p. 96.

apenas a atividade agrária, mas todos os complexos elementos que influenciam, provocam, obstaculizam e determinam a execução dessa função vital para a manutenção da sobrevivência humana.

Pontes de Miranda entende que “a ciência do Direito é o todo de conceitos e enunciados com que pode o jurista apanhar o sentido histórico das regras e das instituições, sentido atual de toda natureza da categoria jurídica ou da regra no quadro científico”¹³. Assim, fazer ciência requer mais do que debruçar-se sobre uma parte específica da realidade. Fazer ciência e contribuir para o desenvolvimento do pensamento jurídico crítico requer uma estrutura de investigação interdisciplinar acerca dos fenômenos sociais e também conhecimento do ordenamento e do próprio Direito positivo. É, ainda, conhecer a vastidão de possibilidades do agir social pautada na realidade, nos costumes, nas normas, anseios e aspirações de toda a comunidade, no caso desse trabalho, a comunidade rural.

Analisando as leis agrárias e ambientais que vigoraram ao longo da história do Brasil, é possível observar que essas, em sua maioria, sempre se mostraram discriminatórias e favorecedoras do segmento patronal. A devastação ambiental e o descaso do Direito perante a realidade agrária, infelizmente e conforme demonstrado nos tópicos anteriores, também não constituem elementos novos no processo histórico brasileiro. Ademais, é notório que as recentes políticas econômicas baseadas na aliança entre instituições financeiras e internacionais, representantes do modelo neoliberal de desenvolvimento, e a ação política de governos nacionais, acabam por acirrar ainda mais a (in)sustentabilidade do meio rural frente às perversas imposições, sobretudo, do capital estrangeiro.

O caráter essencialmente capitalista e vinculado à lógica do mercado que o Direito Agroambiental doutrinário assume, preocupando-se em realizar as categorias “produtividade” e “empresariado” como elementos centrais do desenvolvimento rural e se escusando de sua responsabilidade perante a promoção da dignidade humana, à erradicação da pobreza, à diminuição das desigualdades e concentração fundiária. Assim, toda a complexidade do vasto agir social vê-se reduzido, por exemplo, à simples e interessada aferição de índices de produtividade.

No Brasil, o Direito Agrário foi construído pelas tradicionais elites rurais que se valeram do Direito como instrumento de regulação institucional de seus interesses políticos e econômicos, fazendo com que as pressões populares e dos movimentos sociais pouco sejam amparadas pelo aparato jurídico. Importante ressaltar que as leis agrárias existentes foram estabelecidas através das fortes pressões e reivindicações sociais, entretanto, ainda assim, muito pouco do mínimo digno foi cumprido. As leis existem, mas justamente pelo Direito ser espaço de constante disputa política, os poderes poucas vezes fazem valer os preceitos estruturais que as amparam. Um exemplo bastante comum é a prática da “grilagem” de terras, que atualmente carece de efetiva criminalização, todavia os jornais noticiam diuturnamente suas crescentes ocorrências. Demonstra-se, assim, a distância e as contradições existentes entre o real e o legal.

A origem da dominação dos instrumentos jurídicos e, quando essa não se faz possível na totalidade, a origem do descumprimento do aparato legal traz a marca da história brasileira onde a oligarquia rural sempre fraudou o sistema vigente ou

¹³ MIRANDA, 1947.

criou normas que a beneficiasse, remetendo o paternalismo para os pobres do campo.

Em “Raízes do Brasil” Sérgio Buarque de Holanda lembra que os movimentos reformadores partiram quase sempre de cima para baixo e a grande massa recebeu estas mudanças com “displicência ou hostilidade”, pois, no limite, não foi ela a agente das mudanças, o que implicava na não satisfação de suas ideias e necessidades¹⁴. Neste erro de crença - que as leis resolvem conflitos - incorrem os políticos e demagogos que frequentemente reduzem a atenção para as plataformas, programas e instituições como únicas possibilidades de atuação legítimas e verdadeiramente dignas de respeito. Acreditam que a sabedoria e a coerência das leis dependem diretamente da perfeição dos povos e dos governos.

Devido ao histórico demonstrado anteriormente, ainda é pouco estudado o potencial que o Direito Agroambiental, quando exercido dentro de uma perspectiva crítica e comprometida com o reconhecimento e cumprimento de direitos humanos e ambientais fundamentais, com a produção agroecológica equilibrada e, sobretudo, com a realização da justiça social para os sujeitos sociais que vivem no campo, possui enquanto importantes instrumentos de transformação social e até mesmo enquanto espaço de disputa político-ideológica.

A crítica, sobretudo diante de tempos cada vez mais difíceis para os trabalhadores rurais nacionais perante o monopólio do grande capital, é urgente e necessária. Contudo, questionar a estrutura historicamente colocada e, principalmente, propor mecanismos alternativos que busquem a efetivação de direitos e garantias mínimas é essencial aos profissionais do Direito. Assim, nunca é exagerado (re)pensar a função social e a que e quem se destina o conhecimento produzido, por exemplo, por esta pesquisa.

Segundo o professor Tarso de Melo, deve-se despertar a atenção dos juristas comprometidos com a transformação social o fato de que, por mais que cresça nossa miséria, a teoria jurídica brasileira se alterna, em sua maioria, entre preocupações de ordem puramente técnica e outra que, contentes com soluções formais, dão respostas rápidas (e inócuas) para problemas que são históricos. Nas palavras do autor: “Agir – e crítica é ação – contra esse estado de coisas é sempre justificado”¹⁵.

De acordo com a concepção doutrinária de Sodero, o Direito Agrário traz leis que são elaboradas por juristas especializados na matéria visando fornecer meios legais para a administração pública planejar e executar programas a longo, médio e curto prazo para as atividades rurais¹⁶. Programas que se fundamentem de maneira efetiva e justa, com vistas à elevação do nível de vida do homem rural e ao aumento da produtividade agropecuária.

O social, portanto, é tratado no Direito como uma abstração formal e, assim, distanciado da sociedade real. Contudo, conforme ressalta o professor Tarso de Melo, se o Direito, quando se propõe a ser social limita-se a abstrações, por outro lado, o fato de que apresente e garanta textualmente o argumento social, tem sim efeitos concretos quando lhe dá uma aparência “socialmente engajada”¹⁷.

¹⁴ HOLANDA, 2005, p. 160.

¹⁵ MELO, 2012, p. 32.

¹⁶ SODERO, 1968, p. 37.

¹⁷ MELO, 2012, p. 124.

Acreditando na importância desses efeitos concretos na vida do trabalhador e da trabalhadora rural, da juventude do campo e de todas as inúmeras identidades que existem e resistem no meio ambiente rural, faz-se necessário compreender a responsabilidade social que o Direito Agrário e Ambiental possuem em um Estado Democrático de Direito para além de sua histórica vinculação estritamente capitalista.

Nesse sentido, é essencial fazer do Direito o "locus" onde as contradições, os conflitos e os debates se dão, tirando-o da sua atual e exclusiva condição de corpo normativo para torná-lo vivo, comprometido e ideológico¹⁸.

É necessário, portanto, destacar a importância da luta por um Direito que, ao invés de situar-se acima e incomunicável com o diverso agir social e manter-se protegido sob o falacioso manto da neutralidade, pautar suas soluções na concretude material das inúmeras mazelas presentes em todas as esferas do campo brasileiro. Luta por um Direito que defenda e garanta o acesso e a permanência digna na terra aos trabalhadores brasileiros, que combata o incentivo ao agronegócio em detrimento da agricultura familiar. É primordial, portanto, pensar em um Direito crítico que enxergue os tão precarizados trabalhadores rurais como sujeitos concretos e não apenas como sujeitos de direitos considerados em igualdade com o latifundiário, um Direito, portanto, que enxugue de uma vez por todas as profundas marcas de sangue que mancham o campo brasileiro.

Considerações finais

O presente trabalho procurou apresentar, retomando desde o período colonial, o complexo panorama histórico da realidade agrária nacional, com enfoque nas relações sociojurídicas histórica e majoritariamente favorecedoras do segmento patronal, da manutenção da grande propriedade monocultora, do modelo de concentração fundiária e da submissão nacional perante o capital estrangeiro.

Percebe-se que para questionar a concentração de terras na contemporaneidade, o modelo de desenvolvimento agroexportador de commodities, a presença perversa do capital estrangeiro no campo e a função histórica do Direito frente à Questão Agrária e Ambiental - sem vislumbres ideológicos - exige a apropriação do complexo panorama histórico da realidade agrária nacional com afino, profundidade e criticidade.

Além disso, o presente trabalho buscou explicitar como a formação e o avanço do modelo de desenvolvimento capitalista transnacional revelam-se problemáticos para as diversas dimensões socioambientais do meio rural brasileiro ao vinculá-las estritamente à realização dos interesses mercadológicos nacional e internacional. Objetivou também demonstrar o potencial que o Direito Agroambiental, quando exercido dentro de uma perspectiva crítica e comprometida com o reconhecimento e a efetivação de direitos humanos e ambientais fundamentais, com a produção agroecológica equilibrada e, sobretudo, com a realização da justiça social para os sujeitos que vivem no campo, possui enquanto importante instrumento de transformação social.

Resta evidente que, apesar do Direito normativo assegurar a responsabilidade ao meio ambiente sadio a todos os cidadãos e países de maneira equânime e, ainda, garanti-lo enquanto direito fundamental, na materialidade o que se apresenta

¹⁸ AGUIAR apud MOLINA, 2002, p. 51.

é a recorrente ênfase na autonomia e na autodeterminação das comunidades locais, regionais e nacionais por meio de práticas “sustentáveis”. Esse discurso visa “humanizar o capitalismo” e convencer o mundo de que o crescimento econômico globalizado e guiado pelo mercado é a via mais eficaz para conduzir a humanidade ao equilíbrio ecológico e justiça social.

Constata-se que os modelos de desenvolvimento sustentados pelo capital internacional, ainda que amenizem os efeitos da problemática socioambiental, todavia, não conseguem superar a contradição primordial do sistema tendencioso à apropriação, de forma degenerativa, das terras brasileiras, dos recursos naturais e dos direitos humanos fundamentais em um sistema desigual e com a propriedade da terra cada vez mais concentrada.

Percebe-se, portanto, a impossibilidade de que no mundo capitalista venha a atingir-se o desenvolvimento sustentável, com suas dimensões básicas de equidades intrageracional, intergeracional e equidade internacional. O desenvolvimento sustentável dentro deste sistema de (re)produção revelou-se um mito.

Este trabalho ao apontar a (in)sustentabilidade do meio rural brasileiro frente ao capital estrangeiro, reivindica novos paradigmas para o Direito Agrário para que se possa pensar em medidas concretas e juridicamente sólidas para as tantas mazelas existentes no campo. Faz-se necessário, portanto, resgatar o sentido desta área de investigação sob os valiosos ensinamentos de Elisabete Maniglia: “O propósito do Direito Agrário é realizar a justiça social, que propiciará a certeza do alimento, o acesso ao trabalho agrário, quando este for a opção do cidadão e a responsabilidade em assegurar um meio ambiente saudável, que acarretará a responsabilidade da certeza da sustentabilidade para as futuras gerações.”

Referências bibliográficas

- COUTINHO, Ronaldo. “Crise ambiental” e desenvolvimento insustentável: a mitologia da sustentabilidade e a utopia da humanização do capitalismo “selvagem”. Vol. 19, nº 2, p. 21 – 36. Rio de Janeiro: Revista Praia Vermelha, 2009.
- FALCÃO, Ismael Marinho. Direito Agrário brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. São Paulo: EDIPRO, 1995.
- HOLANDA, Sergio Buarque. Raízes do Brasil. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- MANIGLIA, Elisabete. As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.
- MELO, Tarso de. Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural. 2 ed. São Paulo: Outras Expressões, 2012.
- MIRANDA, PONTES. Tratado de Direito Predial. Rio de Janeiro: Ed. Konfino, 1947.
- MOLINA, Mônica Castagna; JÚNIOR, José Geraldo de Sousa; NETO, Fernando da Costa (Org.). Introdução crítica ao direito agrário. São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.
- PANINI, Carmela. Reforma agrária dentro e fora da lei: 500 anos de história inacabada. São Paulo: Paulinas, 1990.
- SANTOS, Fábio Alves dos. Direito agrário: política fundiária no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SODERO, Fernando Pereira. Esboço histórico da formação do Direito Agrário no Brasil. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1990.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. x Vol. 3, nº 1. Revista Jurídica Cesumar, 2003.

A PROTEÇÃO AO NASCITURO NA CONSTITUIÇÃO, NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E NA MODERNA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E BRASILEIRA – ANÁLISE COMPARATIVA

The protection given to the unborn human being in Brazilian and Portuguese constitutions, common law and modern jurisprudence – a comparative analysis

MÓNICA MARTÍNEZ DE CAMPOS¹

EVA DIAS COSTA²

Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto.

Sumário: 1. A proteção ao nascituro na Constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira – Análise comparativa. 2. Bibliografia.

Resumo: O Código Civil português determina que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida e, no que respeita à capacidade jurídica ou capacidade de gozo (por contraposição à capacidade de exercício, que se adquire com a maioridade), prescreve que esta consiste na suscetibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e obrigações.

O ordenamento jurídico português confere alguma proteção ao nascituro – e até ao concepturo – mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez), fá-la depender do posterior nascimento completo e com vida.

Não obstante, a melhor doutrina portuguesa vem defendendo que a ordem jurídica não pode negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos.

O ordenamento jurídico brasileiro vai muito mais longe do que o luso na proteção ao nascituro. Na verdade, uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional brasileiro e dos demais dispositivos infraconstitucionais obriga a concluir que ao ser humano, *desde sua concepção*, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de

¹ Doutora em Direito, Professora Associada do Departamento de Direito, Editora-Geral da Revista Jurídica Portucalense, Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, mmartinez@upt.pt

² Doutora em Direito, Professora Auxiliar do Departamento de Direito, Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal, eva@upt.pt

o colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, sendo certo que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*.

Neste contexto, é objetivo deste trabalho a análise comparativa acerca da proteção que os ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, dão ao nascituro.

Propõe-se ainda o cotejo direto entre a jurisprudência dos dois países irmãos, utilizando-se como exemplos o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no recurso especial nº 399.028 - sp (2001/0147319-0), publicado a 23.06.2003, e o proferido Supremo Tribunal de Justiça português a 03.04.2014, no processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Seção.

Em ambos, estava em causa uma indemnização por responsabilidade civil por morte a favor de um nascituro, neles se discutindo, entre outras questões, a respetiva personalidade e capacidade jurídicas.

No primeiro dos aludidos arestos o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que o nascituro também tem direito a uma indemnização por danos morais em consequência da morte do pai, embora a circunstância de não o ter conhecido em vida tenha influência na fixação do *quantum*.

Por sua vez, na citada decisão Supremo Tribunal de Justiça português tomou posição no sentido de que o artigo 66.º, n.º 1, do CC deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

Palavras chave: Direitos fundamentais, direitos de personalidade, capacidade, proteção do nascituro, danos morais.

Abstract: According to the Portuguese Civil Code, one is a person only the moment one is born. With birth, that is complete separation from one's mother, and provided one is not stillborn, the law recognizes one's personality, one's ability to be the subject of rights and obligations.

The Portuguese law does provide some protection to the unborn child - and in very specific cases even to a child that has yet to be conceived - - but (with the possible exception of limitations to the legality of abortion), this protection is dependent on the subsequent birth with life.

Nevertheless, the best Portuguese doctrine has advocated that the law cannot deny the obvious fact that the unborn and the born child are biologically identical, and must therefore be accorded identical treatment in the eyes of the law.

Brazilian law goes much further than the Portuguese in protecting the unborn child. In fact, a systematic and evolutionary interpretation of the Brazilian Constitution and of infra constitutional law dictates the conclusion that the human being's rights

to health, food, education, leisure, professional training, culture, dignity, respect, freedom, and family and community life, and to be safe from all forms of negligence, discrimination, exploitation, violence, cruelty and oppression should be ensured from conception.

According to Article 2 of the Brazilian Civil Code, a person's civil personality also begins with birth, but the provision goes further: it also states that the rights of the unborn are protected from the moment it is conceived.

This is the background for what we propose in this paper, i.e., a comparative analysis on the protection both jurisdictions, Portuguese and Brazilian, grant the unborn child.

We also propose to make a direct comparison between the case law of the two countries taking as examples the judgment of the Brazilian Superior Court in the special appeal n ° 399 028 - sp (2001 / 0147319-0), published on 23.06.2003 and the decision of the Portuguese Supreme Court of 03.04.2014, in Case 436 / 07.6TBVRL.P1.S1, 2nd Section.

In both cases, what was under discussion was the right of a child that had not yet been born at the time their respective fathers died to a compensation for the loss of said parent. In order to reach a decision, both courts had to deal with issues of the unborn child's personality and legal capacity.

In the first of this decisions, the Brazilian Supreme Court easily ruled that the unborn child is also entitled to compensation for moral damages as a result of his father's death, although the fact of not having known in life has influence in determining the quantum.

In turn, the Portuguese Supreme Court was more limited by the text of the Civil Code, and decided that Article 66, paragraph 1, should be interpreted as referring to a person's legal capacity, and not one's personality, since the recognition of the personality of human beings is beyond the reach and jurisdiction of the Constitution and of ordinary law.

Keywords: Fundamental rights, personality, capacity, unborn child, moral damages.

A Constituição da República Portuguesa elenca um conjunto de direitos fundamentais, em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e que à luz dela devem ser interpretados ³, com aplicação direta e que vinculam as entidades públicas e privadas e o legislador ordinário ⁴.

³ Cf. o artigo 16.º:

«Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.».

No artigo 24.º da Constituição lê-se que “a vida humana é inviolável”, no n.º 1 do artigo 25.º, que “A integridade moral e física **das pessoas** ⁵ é inviolável” e, no artigo 26.º, n.º 1, que “A **todos** ⁶ são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação” ⁷.

O postulado constitucional da igualdade do artigo 13.º claramente já não quer fazer referência a **todos**, nem a todas as **pessoas**, antes a todos os **cidadãos** que, esses sim, são, no texto constitucional, iguais perante a lei. As expressões utilizadas pelo legislador - a que acresce a anteriormente citada, a vida **humana** - não são sinónimas e, sabendo que a hermenêutica constitucional dá singular relevância ao teor literal da norma, ao *elemento gramatical*, na terminologia de SAVIGNY ⁸, não podemos concluir que a escolha, em cada um destes casos, tenha sido ingénua nem arbitrária.

É, aliás, uma disposição idêntica à do artigo 10.º da Constituição Espanhola de 1978, segundo o qual:

«1. 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.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.».

⁴ Vide o artigo 18.º:

«Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retractor nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.».

⁵ Nosso enfatizado.

⁶ Mais uma vez, enfatizado nosso.

⁷ Similarmente, no artigo 15.º da Constituição Espanhola: “**Todos** tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o a tratos inhumanos o degradantes”. E, no artigo 14.º, “**Los españoles** son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”. Nossos enfatizados. Mais uma vez, não será por acaso que o legislador constitucional adota algumas vezes o vocábulo **todos**, outras vezes, as **pessoas** e, outras ainda, **os espanhóis**.

⁸ Não queremos aqui sustentar apenas os métodos clássicos de interpretação constitucional. É um tema que, no que toca aos chamados direitos de personalidade, nos importa, mas cuja análise profunda extravasa os limites deste trabalho. Remetemos, portanto, o tema para BRANCO, “Aspetos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, in *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais* – 2ª parte, para CUNHA JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, para MORAES, *Direito constitucional*, para SILVA, *Curso de Direito*

Não foi, porém, a Lei Fundamental portuguesa que tomou o encargo de definir quem, para o direito, é **pessoa**.

É Código Civil português que determina que a personalidade jurídica se adquire no momento do nascimento completo e com vida e cessa com a morte. No que respeita à capacidade jurídica ou capacidade de gozo (por contraposição à capacidade de exercício, que se adquire com a maioridade), o Código prescreve que esta consiste na suscetibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito de direitos e obrigações.

A personalidade jurídica é uma qualidade atribuída pelo direito positivo a todas as pessoas humanas (ou *pessoas singulares*, na terminologia civil ⁹) e a outras entidades, a que o Código Civil chama *pessoas coletivas* ¹⁰.

A personalidade é inerente a todo ser humano desde o nascimento com vida. Ao adquirir personalidade, este passa a ter capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil.

Não constitui, porém, no nosso entender, uma limitação ao reconhecimento da qualidade de pessoa **humana** ¹¹, tão só a uma formulação jurídica que consiste na idoneidade ou aptidão para ser centro de imputação de efeitos jurídicos, na abstrata possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica.

No sentido jurídico, *pessoa* é todo ente ao qual se atribui personalidade e é apenas nesse sentido que só ser humano *nascido vivo* é uma *pessoa*: *pessoa* é sinónimo de *sujeito de direito*, pessoa natural ou jurídica capaz de se manifestar juridicamente.

Não podemos aceitar que o Direito defina – por essência, limitando – quem é *pessoa*, *Homem*, ser *humano*. Admitir essa possibilidade seria simultaneamente consentir que se discutisse se o *escravo* é pessoa, se o *índio* é pessoa ¹², se o *negro africano* que KANT catalogou é pessoa ¹³ e, portanto, estaria afinal a (des) coberto do imperativo categórico ¹⁴.

Ser *humano* é um conceito *natural*, ético, que ultrapassa o Direito positivo e que é neste apenas *traduzido*, de forma imperfeita ¹⁵, no edifício da *personalidade jurídica*.

Constitucional Positivo, para SOARES, *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*, quanto aos contributos brasileiros, e, em Portugal, para a obra de CANOTILHO, *Direito Constitucional*, e de MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. Vide ainda CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

⁹ Cf. os artigos 66.º a 156.º.

¹⁰ Cf. os artigos 157.º a 194.º.

¹¹ Cujá vida é, reconhece a Constituição da República Portuguesa, *inviolável*.

¹² No ordenamento jurídico brasileiro ainda há referências à *capacidade do índio*.

¹³ KANT, *Of Different Human Races* (1777), traduzido para inglês por MIKKLESEN, 2013.

¹⁴ Cf. a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na tradução para português de QUINTELA, 2014.

¹⁵ O reconhecimento da imperfeição está na necessidade que a doutrina jurídica tem de recorrer à figura da *extensão* da *personalidade* quando se refere à proteção que confere à pessoa humana que ainda não tem ou já não tem personalidade jurídica. Da mesma forma,

Etimologicamente, o vocábulo pessoa deriva do latim *persona*, que começou por designar a máscara usada pelos atores nas apresentações para ampliar a voz (*per sonare*) e caracterizar os tipos representados. Na sua evolução semântica, a palavra passou a designar o próprio ator (personagem) e depois, do palco para a vida real, o homem.

A *pessoa* assim definida, também pelo Direito, não **é**, portanto o homem: é apenas uma apresentação do homem na sua dimensão ou veste social ¹⁶.

Também o Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, sendo certo que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*.

A personalidade jurídica é um atributo essencial para se ser sujeito de direito, uma aptidão genérica para titular direitos e contrair obrigações.

Todavia, a noção de aptidão, ou seja, a qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas como às pessoas jurídicas, não é o único sentido técnico de personalidade.

A personalidade traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas como mera *forma de expressão* da dignidade da pessoa humana ¹⁷.

Confronte-se o direito fundamental reconhecido pelo artigo 5.º da Constituição federal brasileira: "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*".

No Brasil, até a Constituição de 1988, o ordenamento jurídico, de concepção individualista-patrimonialista, fundado no Código Civil de 1916, dava prioridade à proteção dos interesses materiais em detrimento dos interesses existenciais. A Constituição de 1988 inaugurou uma era marcada pela centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais e apresentou-se com força normativa consolidada, podendo ser aplicada de forma direta aos casos concretos¹⁸.

atendendo a que o Direito Português está longe de reconhecer *personalidade jurídica* aos animais, quem é o titular do *direito* no novo (introduzido pela Lei n.º 69/2014, de 29 de agosto) Capítulo VI do Código Penal Português que tem a epígrafe "Dos Crimes Contra Animais de Companhia"? Note-se a formulação do artigo 387.º: "*Quem, sem motivo legítimo, infligir **dor, sofrimento** ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido (...)*" e do artigo 388.º: "*Quem, tendo o dever de guardar, vigiar ou assistir animal de companhia, o abandonar, pondo desse modo em perigo a sua alimentação e a prestação de cuidados **que lhe são devidos** (...)*". Nossos enfatizados.

¹⁶ BETIOLI, *Introdução ao Direito*, 2015, p. 220.

¹⁷ Vide TEPEDINO, BARBOSA e MORAES, *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Vol. I, 2012.

¹⁸ Vide PEREIRA, "Dano Moral: A Necessidade de um Novo Conceito, Condizente com o Novo Paradigma Civil Constitucional", *Arquivo Jurídico*, v. 1, n. 1, jul/dez 2011, pp. 271 e ss.

Neste sentido, muito embora para ambos os ordenamentos aqui em confronto – o brasileiro e o português – a personalidade jurídica se inicie com o nascimento completo e com vida e termine com a morte, o ser humano é objeto de proteção legal ainda que não tenha ainda – ou não tenha já – *personalidade jurídica* e, portanto, capacidade de gozo de direitos.

No que respeita ao termo da personalidade jurídica, que não é tema central deste trabalho, sempre se dirá, antes de o deixar de lado, que apesar de a capacidade para ser sujeito de direitos da pessoa natural deixar de existir com a morte, o defunto ainda é *ente humano* e terá como tal de ser respeitado.

Embora já não tenha a possibilidade de adquirir direitos e obrigações e, muito menos, capacidade de os executar por si só, alguns direitos relativos à personalidade jurídica são-lhe ainda reconhecidos, através daquilo que é comum chamar-se, tecnicamente, de *extensão*, visando não só a proteção do ente despersonalizado, mas também, a da sua família, atual (sobreviva) e futura ¹⁹.

No que respeita ao ser humano *ainda não nascido*, mas concebido, que constitui a preocupação central deste trabalho, designado nascituro em ambos os ordenamentos jurídicos em confronto, o ordenamento jurídico português confere-lhe alguma proteção ²⁰, mas (com exceção das limitações legais à licitude da interrupção voluntária da gravidez) esta é *condicional* ou mera *expectativa*, cuja concretização em *direito* está dependente do posterior nascimento completo e com vida.

Tratar-se-ia, portanto, de uma condição inicial ou suspensiva ²¹.

Hoje, da fórmula do artigo 66.º, n.º 2, do Código Civil ("*os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*") e da sua conjugação com o disposto nos artigos 952.º e 2033.º do mesmo diploma parece resultar apenas a

¹⁹ Isto, tanto no ordenamento jurídico português como no brasileiro. *Vide supra*, nota 15.

²⁰ O ordenamento jurídico português também confere alguma proteção ao concepturo, o ser humano que não só não nasceu como não foi sequer ainda concebido – e.g., os direitos sucessórios do concepturo na sucessão voluntária previstos no artigo 1799.º do Código Civil.

²¹ O artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil tem como antecedente histórico o artigo 6.º do Código Civil de 1867 (Código de Seabra), que dispunha do seguinte modo: "*A capacidade judiciária adquire-se pelo nascimento; mas o indivíduo, logo que é procriado, fica debaixo da proteção da lei, e tem-se por nascido para os efeitos declarados no presente código*". De igual modo, era já admitido que os nascituros recebessem doações (artigo 1479.º) e fossem contemplados em testamento (artigo 1776.º). Enquanto o artigo 6.º do Código Civil de 1867 exigia para efeitos de aquisição da personalidade jurídica o nascimento, o artigo 1479.º do mesmo diploma aludia ao nascimento com vida, do mesmo passo que os artigos 110.º e 1776.º exigiam o nascimento com vida **e com figura humana**. Na época, a doutrina portuguesa considerava que o nascituro já concebido não tinha personalidade jurídica, a qual apenas seria adquirida com o nascimento completo e com vida. Quando o nascituro fosse contemplado em doação ou testamento, os bens ficavam-lhe reservados, na expectativa do respetivo nascimento, sendo adquiridos somente aquando desse momento. *Vide d' ALMEIDA, Da Personalidade Jurídica Dos Nascituros – Uma Análise Dogmática e Jurisprudencial*, 2013.

possibilidade de serem feitas doações aos nascituros, bem como o reconhecimento aos mesmos de capacidade sucessória.

Concretamente, a questão que se coloca é, pois, a de saber se o nascituro goza de personalidade jurídica, com o consequente reconhecimento de outros direitos, para além daqueles que estão expressamente previstos na lei.

O ordenamento jurídico brasileiro vai longe do que o luso na proteção ao nascituro ²².

Na verdade, uma interpretação sistemática e evolutiva do texto constitucional brasileiro e demais dispositivos infraconstitucionais obriga a concluir que ao ser humano, *desde sua concepção*, devem ser assegurados o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de o colocar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil brasileiro, no artigo 2º, dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, sendo certo que *a lei põe a salvo, desde a concepção, os **direitos** do nascituro* ²³.

Esta referência legal aos **direitos** do nascituro levou alguma doutrina brasileira a defender a ideia de se atribuir ao nascituro, enquanto detentor apenas de uma perspetiva de direitos, *personalidade jurídica formal* e após o nascimento com vida a *personalidade jurídica material*, alcançando com esta de forma efetiva os seus direitos patrimoniais e obrigacionais ²⁴.

²² O Código Civil brasileiro não impõe a forma humana para a aquisição da personalidade. O Código Civil espanhol exige, para a aquisição da personalidade, que o feto tenha figura humana, fixando, ainda, no seu artigo 30, um prazo de vinte e quatro horas de vida, de inteira separação do corpo materno. No direito civil francês e no direito alemão não basta o nascimento com vida, mas é necessário ainda que o indivíduo seja viável, isto é, apto para a vida, e se nascer com vida a sua capacidade remontará a concepção. Para o argentino e o húngaro, a concepção já dá origem à personalidade. Diversamente, no ordenamento brasileiro a viabilidade é a aptidão para a vida, não importando as anomalias e deformidades que apresente.

A exigência de forma humana fere o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como tantos outros princípios constitucionais que regem a proteção à personalidade do indivíduo. Note-se, porém, que a jurisprudência atual vem caminhando no sentido de modificar tal entendimento legal, como se ver, por exemplo na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Cf. ASFOR, *Do Início da Personalidade Civil*, 2015.

²³ «A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com a nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.». VENOSA, *Direito Civil: Parte Geral*, 2005, p. 153.

²⁴ GONÇALVES é um dos proponentes desta tese. Vide *Direito Civil Brasileiro*, 2006:

Segundo a divisão proposta, a personalidade jurídica formal seria aquela que garante os direitos personalíssimos: o direito à vida, ao nome, a intimidade. Já a personalidade jurídica material seria circunscrita ao direito patrimonial ²⁵.

Há ainda quem fale, no Brasil, em *direitos eventuais* ²⁶, figura que na essência não difere da tese da *personalidade condicionada* da doutrina tradicional portuguesa, no sentido de que o nascituro não teria personalidade jurídica, já que esta começa do nascimento com vida e que, quando a lei lhe confere proteção, o faz de forma excecional: o nascituro (e, em casos ainda mais limitados, o concepturo não é pessoa, mas já é sujeito de direito, conquanto sob a condição de que de que venha a ter existência. Se tal se sucede, dá-se a aquisição; mas, ao contrário, se não houver o nascimento com vida, não há uma perda ou transmissão de direitos, como sucederia de ao nascituro fosse reconhecida uma ficta personalidade.

A grande crítica que se faz ao citado posicionamento é o apego a questões patrimoniais e a ausência de resposta ao apelo de direitos da personalidade a favor do nascituro. Numa realidade que prega a personalização do Direito Civil, bem como a sua constitucionalização, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer e os direitos da personalidade, até por encontrarem amparo constitucional, não podem estar sujeitos a qualquer condição, termo ou encargo.

Aliás, embora afirme o contrário, essa linha de entendimento acaba por negar os direitos do nascituro, não reconhecendo a estes direitos efetivos na medida em que a condição suspensiva estabelecida faz nascer apenas direitos eventuais, ou seja, mera expectativa de direitos.

«Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o embrião, concebido in vitro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.».

Cf. ainda DINIZ, *Código Civil Anotado*, 2008, p. 35.

²⁵ Cf., a este propósito, TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, 2009.

²⁶ Cf. MONTEIRO: *Discute-se se o nascituro é pessoa virtual. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade; VENOSA: O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Apud ASTOR, op. cit..*

Assim, seria correto afirmar que a teoria da personalidade condicionada é essencialmente natalista, porquanto tem como premissa a aquisição da personalidade apenas com o nascimento com vida.

A doutrina francesa encontrou uma solução assente no instituto romano *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus agitur*: considera-se que o nascituro nasceu com vida se houver vantagens ²⁷.

Esta regra está implícita nos artigos 311.º e 725.º do *Code Civil*, no primeiro caso, para a fixação da data da concepção e, no segundo, para a determinação da suas capacidades sucessórias, mas a jurisprudência tem vindo a estender estes princípios a outros casos, nomeadamente, ao problema do dano da morte de que tratam as decisões portuguesa e brasileira que aqui confrontaremos ²⁸.

Propôs-se, recordemos, a propósito desta querela que preocupa quer a doutrina quer a jurisprudência de ambos os ordenamentos jurídicos que aqui comparamos, o cotejo direto entre a jurisprudência dos dois países irmãos, utilizando-se como exemplos o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro no recurso especial nº 399.028 - sp (2001/0147319-0), publicado a 23.06.2003, e o proferido Supremo Tribunal de Justiça português a 03.04.2014, no processo 436/07.6TBVRL.P1.S1, 2ª Seção.

Em ambos estava em causa uma indemnização por responsabilidade civil por morte a favor de um nascituro, discutindo-se entre outras questões, a respetiva personalidade e capacidade jurídicas.

No primeiro dos aludidos arestos o Supremo Tribunal de Justiça brasileiro entendeu que o nascituro também tem direito a uma indemnização por danos morais em consequência da morte do pai, embora a circunstância de não o ter conhecido em vida tenha influência na fixação do *quantum*.

O acórdão em causa aderiu à tese que no Brasil há muito vem ganhando terreno, segundo a qual o nascituro é de facto **pessoa humana**, titular de direitos resguardados pela lei ^{29, 30}.

²⁷ Vide, para maiores desenvolvimentos, LALOU, *Etude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français*, 1903-1904, e LEFEBVRE-TEILLARD, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, 1994.

²⁸ Nomeadamente, a *Cour de Cassation* aplicou o princípio *infans conceptus pro nato habetur quoties de comodo ejus* quando decidiu que "*si les conditions d'application du contrat d'assurance décès doivent être appréciées au moment de la réalisation du risque, la détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt*" (1ère Chambre, 10.12.1985, 84-14328, www.legifrance.fr).

²⁹ Encontramos no ordenamento jurídico brasileiro variados exemplos: o direito a alimentos previsto na Lei 11.804/2008, que confere às mulheres grávidas o direito aos alimentos denominados gravídicos, conforme dispõe o art. 2º da lei (sendo certo que os alimentos fixados à gestante somente serão convertidos em pensão alimentícia em benefício do menor após a ocorrência do seu nascimento com vida); o direito à curatela do nascituro do art.

O nascimento com vida não será, dessa forma, o marco inicial para o alcance dos direitos patrimoniais. Apenas os consolida, na medida em que passa a se tornar perfeita a possibilidade de defendê-los.

Quanto aos direitos da personalidade referentes à vida, à integridade física, à honra e à imagem, estes serão atributos ao nascituro desde o momento da sua concepção, razão pela qual deve ser protegido, designadamente pela figura da responsabilidade e da consequente possibilidade de indemnização pelos danos que lhes sejam causados *in utero* e durante o parto.

Esta teoria é agora dominante entre os autores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro ³¹, que reconhecem direitos efetivos ao nascituro desde o momento da sua concepção.

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.

1.779 do CC: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”; o art. 1.609, § único, do CC, relativo ao reconhecimento da paternidade antes mesmo do nascimento; o art. 542 do CC: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”; o art. 1.798 do CC: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

³⁰ A principal precursora da tese concepcionista no Brasil foi CHINELLATO:

«O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.»

³¹ A ela aderiram, entre outros, LIMONGI TARTUCE e DINIZ. Os citados autores apontam que a origem da teoria concepcionista está no Esboço de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do artigo 1º da sua Consolidação das Leis Civis, o qual aduz que “as pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”. Tal ensinamento influenciou de maneira notória o Código Civil argentino, o qual adota expressamente o pensamento concepcionista. A tese concepcionista relata a preocupação atual com relação à efetividade dos direitos do nascituro. É notório que o ordenamento jurídico brasileiro abrange vários dispositivos que conferem direitos aos concebidos e ainda não nascidos, como por exemplo a citada Lei dos Alimentos Gravídicos que foi responsável pelo reforço do debate entre o momento de aquisição dos direitos da personalidade, confrontando as teorias aqui apontadas.

Acerca da referida lei, TARTUCE – *op. cit.* – sustenta que os alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere como pertinentes. Vide também ASFOR, *op. cit.*.

Assim o demonstra a biologia: o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe.

Aos olhos da teoria concepcionista, os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde, espécies do género *direito à integridade física (lato sensu)*, não dependem do nascimento com vida, mas devem ser resguardados desde o início da vida intrauterina, tendo em conta que é esse o momento de início da vida humana.

A despeito da redação aparentemente contraditória do artigo 2º do Código Civil brasileiro, que, estabelecendo o início da personalidade civil do nascimento com vida, concede direitos e não expectativas de direitos do nascituro, é possível conciliá-lo consigo mesmo e com todo o sistema acolhido pelo Código, que reconhece direitos ao nascituro desde a concepção, em harmonia com os diplomas legais de outros ramos do Direito.

Com tais argumentos, CHINELLATO entende que, através dos métodos lógico e sistemático ³² de hermenêutica, o artigo 2.º do Código Civil brasileiro consagra na verdade a teoria concepcionista e não a teoria natalista ³³.

Refutada estaria, pois, a ideia de que a personalidade do nascituro é condicional. Apenas determinados efeitos de certos direitos, designadamente, dos direitos patrimoniais materiais, como à herança e à doação, dependem do nascimento com vida.

Assim, ao contrário do que afirma o pensamento da personalidade condicionada, verifica-se que a plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida, ou seja, o nascimento com

³² Tendo em conta que os demais ramos do Direito oferecem tutela jurídica de proteção ao nascituro. Ver *supra nota 28*, à qual se acrescenta que o Direito do Trabalho, bem como o Direito Administrativo, conferem toda a proteção à trabalhadora e à servidora gestante, direitos os quais são, também, constitucionalmente assegurados, como se pode observar a partir dos artigos 5º, *caput*, e XXXVIII e 6º, *caput* e XVIII. O Direito Penal, na mesma esteira, em regra, pune o aborto, protegendo o direito à vida do feto. A ação de posse em nome do nascituro, medida cautelar acolhida pelo Código de Processo Civil é outro exemplo de efetivação da tutela jurídica de proteção aos direitos do nascituro.

³³ E especifica direitos dos quais o nascituro é titular desde o momento da sua concepção, fundamentando, assim, a sua tese concepcionista: O nascituro é pessoa desde a concepção. Nem todos os direitos e estados a ele atribuídos dependem do nascimento com vida, como, por exemplo: o estado de filho (art. 458 do CC) – antes da Constituição de 1988 tinha o *status* de filho “legítimo” (art. 338 do CC) e de filho “legitimado” (art. 353 do CC) –, o citado direito à curatela (arts. 458 e 462 do CC) e à representação (art. 462 *caput* c/c arts. 384, V e 385, todos do CC), o direito ao reconhecimento (parágrafo único do art. 357 do CC e parágrafo único do art. 26 do ECA), o de ser adotado (art. 372 do CC), o direito à vida, o direito à integridade física (*lato sensu*), ambos direitos da personalidade, compreendendo-se, no último, o direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde – direitos absolutos – e o direito a alimentos, reconhecido ao nascituro desde o Direito Romano, respaldado no Brasil por expressiva doutrina e novos acórdãos. Cf. CHINELLATO, *Tutela Civil do Nascituro*.

vida não é condição suspensiva para a titularidade dos direitos da personalidade do nascituro. Haverá, antes, uma condição resolutiva, o nascimento *sem vida*, que, ocorrida, impossibilitará o exercício desses direitos.

A condição do nascimento *sem vida* será resolutiva porque a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, a par de outros dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, reconhece direitos e estados ao nascituro, a partir da concepção. Tais direitos só se configurariam impossíveis de exercício se a criança nascesse sem vida, facto que extingue tais direitos e, se estes extinguem, é porque já existiam desde o início da vida intrauterina.

Em Portugal, a citada decisão Supremo Tribunal de Justiça português tomou posição no sentido de que o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo e não propriamente à personalidade jurídica, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional ³⁴.

³⁴ O texto integral está disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/28aff17cdabb90e880257cb00034dcc2?OpenDocument>.

Reproduzimos aqui o sumário da decisão, na parte pertinente:

«I - *Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respetivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai.*

II - *Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o §1 do BGB, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.*

I - *O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma portio viscerum matris, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.*

IV - *Ainda na fase intrauterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação.*

V - *No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se*

Lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade (Heinrich Ewald Hörster, in «A Parte Geral do Código Civil Português», Almedina, 1992).

VI - *Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos atos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam a posteriori e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a*

A decisão é pioneira ³⁵ e contrariou em certa medida a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, em decisão de 02.02.2004, em processo no qual estava em causa a interpretação do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendeu que "(...) não é desejável, nem mesmo possível atualmente responder em abstrato à questão de saber se a criança por nascer é uma pessoa" ³⁶.

No caso português, a autora em alegações de recurso invocara em sua defesa que o artigo 26.º da Constituição, reconhecendo a todos o direito à identidade pessoal, não estaria a ser cumprido, se se interpretasse o artigo 496º do CC de uma forma discriminativa e limitativa, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos filhos que já tenham nascido e não reconhecendo esse mesmo direito a quem esteja apenas concebido (nem que seja com um dia ou meras horas

considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o «nexo umbilical» que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz no Acórdão do STJ de 17022009, proc. n.º 08A2124).».

³⁵ Em sentido contrário, veja-se, por exemplo, o Acórdão do STJ de 09.10.2008, disponível em www.dgsi.pt, que afirmou, no Proc. 07B4692, no qual se discutia o direito à indemnização por perda de um filho não nascido, em consequência de uma acidente, que: "(...) III - Numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica, não é possível adotar um conceito de dignidade humana, de origem metafísica, segundo o qual o ser humano tem uma essência espiritual presente desde o momento da concepção. IV - O artº 66º nº 1 do C. Civil, ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida, não é incompatível com o artº 24º nº 1 da Constituição, quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa.". Vide ainda, entre outros, os acórdãos do STJ, de 21-09-2006, no processo n.º 06P1575, disponível em www.dgsi.pt, e de 25-05-1985, publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência 3795 185, de 17-02-2009, no processo n.º 08A2124, também disponível em www.dgsi.pt, o acórdão da Relação de Coimbra, de 27-09-1988, e o acórdão da Relação do Porto, de 13-04-1989 (ARAGÃO SEIA), no processo n.º 0023761, in CJ 1989, t. II, pp. 221 e ss.; "os nascituros não têm direito a indemnização por danos morais próprios, mas poderão vir a tê-lo como herdeiros, pela perda do direito à vida do de cujus". Dito doutro modo, a lei apenas reconhece expressamente aos nascituros a respetiva capacidade sucessória, pelo que se os danos não patrimoniais da vítima mortal se transmitirem por essa via, sempre o nascituro poderá receber a indemnização como seu sucessor.

³⁶ Com esta justificação:

«No plano europeu, o Tribunal observa que a questão da natureza e do estatuto do embrião e/ou do feto, não é objeto dum consenso apesar de se verem surgir elementos de proteção deste/destes, a propósito dos progressos científicos e das consequências futuras da pesquisa sobre as manipulações genéticas, as procriações medicamente assistidas ou das experiências com o embrião. No máximo, pode-se encontrar como denominador comum dos Estados a pertença à espécie humana. É a potencialidade deste ser e a sua capacidade em tornar-se uma pessoa, a qual é aliás protegida pelo direito civil em grande número de Estados, como em França, em matéria de sucessões ou de liberalidades, mas também no Reino Unido, que devem ser protegidas, em nome da dignidade humana, sem para isso criar uma pessoa que teria um direito à vida, no sentido no artigo 2.º.».

de diferença) ainda que comungando da mesma fonte de identidade ou genética da personalidade progenitora.

Arguiu, bem assim, que uma tal limitação violaria também o direito constitucional da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Lei Fundamental portuguesa, mercê da posição desigual em que ficariam colocados os descendentes no mesmo grau do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas.

Dando razão a esta ideia, a de que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho nascituro enquanto encerrado no ventre materno e é desenvolvida de forma contínua e ininterrupta desde a concepção, a decisão portuguesa aderiu à melhor - ainda que minoritária - doutrina portuguesa, particularmente de CAMPOS³⁷, mas também de OTERO³⁸, CORDEIRO³⁹ e ASCENSÃO⁴⁰, entre outros^{41, 42}, que

³⁷ Para quem "à vida humana corresponde uma pessoa humana, pois pessoa é, nuclearmente, uma vida. Cada pessoa humana é uma pessoa jurídica, um titular de direitos e de deveres, uma sede de valores". Pelo que "o ser humano concebido não é menos pessoa que o já nascido", que "assente na biologia, na essência do homem que é a vida, o Direito reconhece o início da personalidade jurídica no começo da personalidade humana - na concepção", pelo que "as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão (...) gastas e ultrapassadas" - cf. "O Estatuto Jurídico do Nascituro", in *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - Nova Fase*, n.º 5, 1999, Belo Horizonte, p. 219/226).

Ainda, " [...] o direito à vida («naturalmente» desde a concepção) está consagrado na Constituição da República, no número 1 do artigo 24.º". Ora, o direito à vida é um direito «ao respeito» da vida perante as outras pessoas. É um direito «excludendi alios» e, só nesta medida, é um direito. É um direito a exigir um comportamento negativo dos outros. Atentar contra o direito ao respeito pela vida produz um dano superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica, qual seja o da morte." cf. "Lições de Direitos da Personalidade", Separata do vol. LXVI (1990) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 162.

Vide ainda do Autor "O Início da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica", in *Revista Doutrinária*, Ano 5, n.º 5, 2002, pp. 111 e ss., e "A Vida, a Morte e a sua Indemnização", BMJ 365, pp. 5 e ss.

³⁸ Cf. OTERO, "Pessoa Humana e Constituição (Contributo para uma concepção Personalista do Direito Constitucional)." In *Pessoa Humana e Direito*, p. 361:

«Em termos constitucionais, a noção de pessoa humana identifica-se com o conceito de ser humano: todo o ser humano é pessoa. Assim, pessoa humana não é apenas o ser humano dotado de personalidade jurídica, segundo os termos tradicionalmente definidos pela legislação civil, antes compreende toda a individualidade biológica que é possuidora de um genoma humano, isto independentemente de ser juridicamente qualificada pelo direito positivo como pessoa».

³⁹ In *Tratado de Direito Civil Português*, pp. 321 e ss., CORDEIRO vai ao ponto de afirmar que o reconhecimento do direito à vida do nascituro é praticamente pacífico, atenta a consagração expressa da inviolabilidade da vida humana de acordo com o preceituado no artigo 24.º da Constituição, disposição que constitui precisamente a base jurídico-positiva do aludido direito. Segundo o Autor, o artigo 66.º do Código Civil padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade.

⁴⁰ ASCENSÃO, "A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos", in *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 109: "se é o genoma que caracteriza o corpo, logo que ocorre a

vinha rejeitando as teoria natalistas e a dos direitos condicionados ou eventuais ⁴³ e chamando a atenção para o facto de a ordem jurídica não poder negar o facto evidente de que, face à realidade biológica, o nascituro e a criança nascida são idênticos.

Como explica CAMPOS ⁴⁴, *"A personalidade humana não pode depender da autonomia do ser. De outro modo, deixaria de haver pessoa humana quando alguém estivesse atingido por uma doença capaz de provocar a morte, a não ser mediante assistência médica. E não seriam pessoas humanas todos aqueles, muito jovens, muito idosos ou muito doentes, incapazes de angariar os meios necessários para a sua sobrevivência. Ora, é seguro que todos esses «seres humanos o são», são pessoas. E que todos os cuidados e meios devem ser colocados ao seu serviço."*

A favor desta tese encontramos no ordenamento jurídico luso, como no brasileiro ⁴⁵, numerosos exemplos.

Desdoad logo, como supra expusemos, no texto constitucional encontramos esta distinção clara entre *pessoa* e *vida humana*.

Na lei civil, quando se regula o instituto da perfilhação, o artigo 1854.º do Código prescreve que esta pode ser feita a todo o tempo, antes ou depois do nascimento e, o art.º 1855º, que está só é válida se for posterior à concepção.

O art.º 1878º Código Civil, ao tratar da matéria das responsabilidades parentais, declara que incumbe aos pais a representação legal dos filhos *"ainda que nascituros"*.

singamia ou fusão dos núcleos há um corpo humano. Porque o embrião tem logo definitivamente um genoma diferente do da mãe".

⁴¹ Como VASCONCELOS, que a esse propósito reviu a sua posição: *"Na primeira edição da nossa Teoria Geral do Direito Civil, sustentámos a construção tradicional que nega aos nascituros a personalidade jurídica. A natureza ôntica e eticamente humana do nascituro obrigou-nos a rever essa posição"* – cf. *Direitos de Personalidade*, 2006, p. 115.

⁴² Ainda SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, pp. 157-158. Vide ainda *Teoria Geral do Direito Civil*, 2012.

«Sendo a vida humana um processo moldado numa certa natureza, importa ter presente que na caracterização da natureza humana, em si mesma, não será decisivo o grau da sua evolução mas a sua estrutura e dinâmica. Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora dependente da mãe.»

⁴³ Podemos considerar que se inserem aqui PINTO, MENDES, FERNANDES, MARQUES, LIMA/VARELA, TELLES, CANOTILHO/ MOREIRA, CUNHA e HÖRSTER, que, sensíveis ao teor literal do artigo 66.º negam a personalidade jurídica ao nascituro, propugnando que somente quando venha a nascer com vida pode adquirir direitos, v.g. os direitos atribuídos, antes do nascimento, por herança ou por doação expressamente previstos na lei. Vide, para maiores desenvolvimentos sobre a posição de cada um destes Autores e as razões invocadas, D'ALMEIDA, *op. cit.*

⁴⁴ *"A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)"*, in *Pessoa Humana e Direito*, 2009, pág. 51.

⁴⁵ Vide supra notas 28, 31 e 32.

No âmbito do direito sucessório, o n.º 1 do artigo 2033º do Código Civil reconhece a capacidade sucessória a todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão e o número 2 do artigo 2240.º atribui a administração da herança do nascituro já concebido a quem administraria os seus bens, se ele já tivesse nascido.

Em conclusão, entendemos que a melhor doutrina é aquela que reconhece ao nascituro *humanidade* e o trata em conformidade, de acordo com o princípio da igualdade na formulação da Declaração Universal dos Direitos do Homem: todo o *ser humano* é igual.

O Direito está naturalmente vinculado a esta ideia, que se lhe sobrepõe, de dignidade e igualdade do ser humano, e a construção técnico-jurídica da personalidade não pode ser entendida como limitação desta realidade.

O reconhecimento da qualidade de pessoa humana está, pois, como de resto afirmou peremptoriamente o aresto português que *supra* analisamos, fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

É nossa convicção que *cada vida humana é um contínuo que começa na concepção e avança por etapas até à morte. A ciência dá nomes diferentes para essas etapas, incluindo zigoto, blastocisto, embrião, feto, bebé, criança, adolescente e adulto. Isto não altera o consenso científico de que, em todos os pontos do seu desenvolvimento, cada indivíduo é um membro vivo da espécie humana*⁴⁶.

Por conseguinte, qualquer que seja a formulação técnica que se adote, entendemos que a única interpretação dos direitos fundamentais conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem é aquela que reconhece ao nascituro direitos de personalidade *atuais*, merecedores de proteção independentemente do seu estado de gestação e do posterior nascimento completo e com vida.

II. Bibliografia

ASCENSÃO, José de Oliveira. "A Dignidade da Pessoa e o Fundamento dos Direitos Humanos." *Revista da Ordem dos Advogados* 2008.

ASFOR, Ana Paula. "Do Início da Personalidade Civil." s.d. *Jus Navigandi*. 08 de 2015. <<http://jus.com.br/artigos/24650/do-inicio-da-personalidade-civil>>.

BETIOLI, António Bento. *Introdução ao Direito*. S. Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais." *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais – 2ª parte*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CAMPOS, Diogo Leite de. *in Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – Nova Fase* 1999: 219/226.

⁴⁶ Vide o artigo 2.º d' *A Declaração de S. José*, disponível em www.senhordosocorro.org, acedido em 08.10.2015.

- CAMPOS, Diogo Leite de. "A Capacidade Sucessória do Nascituro (ou a crise do positivismo legalista)." AAVV. *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- . "A Vida, a Morte e a sua Indemnização." *Boletim do Ministério da Justiça* 365.
- . "Lições de Direitos da Personalidade." *Separata do vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 1990, 2.^a ed., 1995 ed.
- . "O Incio da Pessoa Humana e da Pessoa Jurídica." *Revista Doutrinária* 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trans. Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e Vital Martins MOREIRA. *Constituição República Portuguesa Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*. 4.^a. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. II vols.
- CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil Interpretado*. 3.^a Ed. S. Paulo: Manole, 2010.
- . "Estatuto Jurídico do Nascituro: O Direito Brasileiro." *Questões Controvertidas* (2007).
- . "Tutela Civil do Nascituro." 02 de 05 de 2001. *Saraiva Jur.* Ed. Saraiva. 09 de 2015. <www.saraivajur.com.br>.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.^a Reimpressão da 3.^a Edição de Março/2005 (Aumentada e inteiramente revista). Coimbra: Almedina, 2011.
- CUNHA JUNIÓR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 9a ed.: Rev., amp. e atualizada. Jus Podivm, 2015.
- d'ALMEIDA, Rita Guimarães Fialho. "Da Personalidade Jurídica Dos Nascituros – Uma Análise Dogmática e Jurisprudencial." 04 de 06 de 2013. *Jus Jornal*. 06 de 10 de 2015. <<http://jusjornal.wolterskluwer.pt>>.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 13.^a. S. Paulo: Saraiva, 2008.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5.^a. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica, 2010. II vols.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. S. Paulo: Saraiva, 2006.
- KANT, Immanuel e Jon M. (Trad.). MIKKELSEN. *Of the Different Human Races (1777)*. Nova Iorque: State University of New York Press, 2013. <http://download14.docslide.net/uploads/check_up14/362015/55cf85cf550346484b919394.pdf>.
- KANT, Immanuel e Paulo (Trad.). QUINTELA. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Edições 70, 2014.
- LALOU, René. *Etude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français*. Paris: Université de Paris. Faculté de droit, Thèse Droit, 1903-1904.

- LEFEBVRE-TEILLARD, Anne. "Infans conceptus. Existence physique et existence juridique." *Revue historique de droit français et étranger*, t. 72 1994: p. 499-525 .
- LIMONGI, Rubens França. *Instituições de Direito Civil. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999. 5.ª Ed. S. Paulo: Saraiva, 1999.*
- MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de Direito Civil. Parte Geral. 30.ª. S. Paulo, 1991.*
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional. S. Paulo: Atlas, 2003.*
- OTERO, Paulo. "Pessoa Humana e Constituição (Contributo para uma concepção Personalista do Direito Constitucional)." AAVV. *Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina, 2009.*
- PEREIRA, Clarisse de Cerqueira. "Arquivo Jurídico, v. 1, n. 1, jul/dez 2011." *Arquivo Jurídico* jul/dez 2011 de Arquivo Jurídico, v. 1, n. 1,: 271 e ss.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. 38.ª. S. Paulo: Malheiros, 2015.*
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais. Salvador: Jus Podivm, 2008.*
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, s.d.*
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. 5.ª Ed. S. Paulo: Método, 2009.*
— . *Manual de Direito Civil. 5.ª. Método, 2015.*
- TEPEDINO, Gustavo, Heloisa
ral. S. Helena BARBOSA e Maria Celina Bodin de MORAES. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.*
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade. Coimbra: Almedina, 2014 (reimpressão da edição de 2006).*
— . *Teoria Geral do Direito Civil. 7.ª. Coimbra: Almedina, 2012.*
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Ge Paulo: Atlas, 2005.*

LA VIOLENCIA Y LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS MAYORES: UNA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEÑA

Violence and crimes against the elderly: a Portuguese-Brazilian perspective

ANA SOFÍA DE MAGALHÃES E CARVALHO
Universidade do Porto

Sumario: 1. Introducción: las personas mayores, la dignidad humana y los derechos fundamentales en Portugal, 2. La violencia y los principales delitos cometidos contra las personas mayores en Portugal. 2.1. Desarrollos recientes en Portugal: La Estrategia de Protección al Anciano, 3. El caso de Brasil , 4.Conclusiones

Resumen: En Portugal no existen delitos específicamente dedicados a la protección de las personas mayores, mientras que en Brasil sí existen estos tipos penales y los delitos generales están sujetos a la agravación de la pena cuando se cometen contra personas mayores. De hecho, Brasil tiene un Estatuto de la Persona Mayor, que es una normativa jurídica que concreta el principio fundamental de la dignidad humana, fundamento de la Constitución de Brasil, en relación a las personas de edad igual o superior a 60 años.

Hay que tener en cuenta que la gente de todo el mundo está envejeciendo, por lo que es necesario preparar a la sociedad para la vejez, tratándola como un derecho fundamental e imponiendo medidas positivas para su aplicación, cuando sea necesario, sobre todo al nivel de la previsión penal.

Palabras clave: Violencia; Delitos; Personas Mayores; Portugal; Brasil

Abstract: In Portugal there are no crimes specifically dedicated to the protection of the elderly, while in Brazil these offenses do exist and general offenses are subject to more severe penalties when committed against seniors. In fact, Brazil has a Statute of the Elderly, which is a legal regulation which specifies the fundamental principle of human dignity, the foundation of the Brazilian Constitution, in relation to people aged 60 or more years.

Keep in mind that people around the world is aging , so it is necessary to prepare society for the elderly, treating aging as a fundamental right and imposing positive measures for its implementation, when necessary, especially at the level of the penal prevision.

Keywords: Violence; Crimes, Older persons; Portugal; Brazil

1. Introducción: las personas mayores, la dignidad humana y los derechos fundamentales en Portugal

En Portugal, el concepto de persona mayor no está del todo claro, hay una oscilación entre 60 y 65 años de edad¹. Jorge Duarte Pinheiro cree que *"En el contexto actual de aumento de la longevidad y el mantenimiento de una cierta calidad de vida incluso más tarde, parece razonable elegir el criterio de 65 años, pero sin pretensiones de rigidez."*².

El artículo 72 de la Constitución portuguesa³ actual⁴ (en adelante CRP) titulado "Tercera Edad" contiene una referencia específica a las personas mayores. Este artículo ha sido objeto de dos modificaciones, la más importante en 1982, *"en el que se convirtió la obligación del Estado para con la tercera edad en el reconocimiento de los derechos de las personas mayores como Derechos Fundamentales, tal como se explica en el apartado 1 de este artículo. (...)"*

*Al estado cumple ejecutar, en conformidad con el artículo 72, párrafo 2, una política adecuada de tercera edad, de naturaleza económica, social y cultural. Ello no implica una actitud de caridad sino una verdadera obligación constitucional de proteger y asistir a un grupo social políticamente desfavorecido, en conformidad con el artículo 9 / d) de la ley constitucional, que reconoce como tarea fundamental del Estado la promoción del «bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, a través de la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales»."*⁵.

¹ En efecto, citando a Jorge Duarte Pinheiro (*en* PINHEIRO, J. D. "O Direito da Família Contemporâneo" 3ª edición. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 413, nota 656) "En el ámbito de las estadísticas, se entiende que es el que tiene edad igual o superior a 65 años. En una perspectiva sociológica, se considera que, en el caso de que fuera alguien que tenía un empleo remunerado, lo que importa es el momento de la jubilación, variable en función de la edad; y, hasta hace poco, la edad de jubilación era normalmente 65 años. En el derecho civil portugués, se considera siempre contratado bajo el régimen de separación de bienes el matrimonio celebrado por aquellos que tienen sesenta años de edad (artículo 1720º, párrafo 2, al b.) del Código Civil); (...)"

²PINHEIRO, J.D. "O Direito da Família Contemporâneo" 3ª edición. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 413, nota 656.

³ Artículo que aquí citamos:

"Artículo 72

(Tercera Edad)

1. Las personas mayores tienen derecho a la seguridad económica y a condiciones de vivienda y convivio familiar y comunitario que respeten su autonomía personal y eviten y superen el aislamiento o marginación social.

2. La política de las personas mayores incluye medidas económicas, sociales y culturales diseñadas para proporcionar a las personas mayores oportunidades de realización personal, a través de la participación activa en la vida comunitaria."

⁴ Constitución de la República Portuguesa de 1976, con sus respectivas revisiones constitucionales.

⁵ MENDES, A. "Direito ao Envelhecimento – perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos" Master tesis, Escola de Direito da Universidade do Minho, Enero de 2012, pp. 39 y 40 in:

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20662/1/Andreia%20Joana%20Morris%20Mendes.pdf> (1.9.2015).

Las personas mayores son personas jurídicas y seres humanos poseedores de dignidad.

Según Jorge Miranda son proyecciones de la dignidad humana las siguientes:

"a) La dignidad de la persona humana se refiere a todas y cada una de las personas y es la dignidad de la persona individual e específica;

b) La dignidad de la persona humana se refiere a la persona desde su concepción, no sólo desde el nacimiento;

c) La dignidad es de la persona como hombre y como mujer;

d) Cada persona vive en relación con la comunidad, lo que implica el reconocimiento por cada persona de la igual dignidad de los demás;

e) Cada persona vive en relación con la comunidad, pero la dignidad que tiene es suya, y no de su situación;

f) La dignidad determina el respeto por la libertad de la persona, pero no requiere la capacidad (psicológica) de autodeterminación;

g) La dignidad de la persona se mantiene independientemente de su comportamiento social;

h) La dignidad de la persona requiere condiciones adecuadas de vida material;

i) La primacía de la persona es el ser, no el tener; la libertad prevalece sobre la propiedad;

j) Sólo la dignidad justifica buscar la calidad de vida;

l) La dignidad de la persona de casa es un prius respecto de la voluntad popular;

*m) La dignidad de la persona está para allá de la ciudadanía portuguesa."*⁶.

La dignidad de la persona humana justifica la existencia de los derechos fundamentales⁷. De hecho, *"los derechos y libertades y garantías personales y los derechos económicos, sociales y culturales tienen su origen ético en la dignidad de la persona, de todas las personas. Pero casi todos los otros derechos, incluso cuando son proyectados por las instituciones, se remontan también a la idea de la protección y desarrollo de las personas."*⁸. En este sentido, Cristina Queiroz señala que *"el principio de una «existencia digna» (Dasein) no se refiere sólo la mera supervivencia fisiológica y psíquica, sino también al «libre» desarrollo de la personalidad y a la inclusión en la sociedad. Es decir, el principio de la dignidad de la persona humana no lleva un sentido puramente negativo, de no intromisión en la esfera individual e íntima de las personas, pero aún positivo, es decir, relativo al hombre como «persona» y «ciudadano», dotado de idéntica «dignidad social» (artículo 13º/1 de la Constitución) y elemento participativo de una comunidad social «bien ordenada»."*⁹.

⁶ MIRANDA, J. "Manual de Direito Constitucional" Vol. II, tomo IV. 1ª edición. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 221 y 222.

⁷ Jorge Miranda define los derechos fundamentales, como los derechos o situaciones jurídicas activas de las personas como tales, individual o institucionalmente consideradas, con base en la Constitución- en *Idem, Ibidem*,, p. 9.

⁸ *Idem, Ibidem*, p. 219.

⁹ QUEIROZ, C. "Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade." Coimbra:Coimbra Editora, 2006, p. 114.

En este sentido, hay que entender la violencia contra las personas mayores como una grave violación de los derechos humanos¹⁰, violencia que proviene del desprecio por el derecho fundamental a la dignidad de las personas mayores. De hecho, a pesar de la situación constitucional y legal de las personas mayores como persona jurídica y como ser humano digno, según el Instituto de Envejecimiento de la Universidad de Lisboa¹¹, Portugal es el cuarto país europeo en la percepción de la discriminación por edad como un problema grave o muy grave y en línea con Europa, en Portugal la discriminación sutil es más común de que la flagrante, pero a diferencia de los demás países, es más frecuente contra las personas mayores que contra los jóvenes. Esto es tanto más grave ya que Portugal, aunque partía de una población menos envejecida que la media de UE en los años 80, es actualmente uno de los países más envejecido de la zona europea¹² y como tal del mundo.

2. La violencia y los principales delitos cometidos contra las personas mayores en Portugal

La Organización Mundial de Salud (OMS) define la violencia contra las personas mayores como "un acto único o repetido, o la falta de acción apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza, que cause daño o angustia a una persona mayor"¹³. Según esta organización¹⁴ son cinco las formas principales de violencia contra las personas mayores:

- La **violencia física** caracterizada como el conjunto de acciones llevadas a cabo con la intención de causar dolor físico o lesiones a las personas mayores, que son ejemplos golpear, abofetear, empujar, tirar un objeto, alimentación forzada, etc.;
- La **violencia psicológica/emocional** describe todas las acciones que causan angustia, ejemplos de las cuales son agresiones verbales, amenazas, humillación, etc.;
- La **violencia financiera**/material que se caracteriza por el uso ilegal o indebido de los activos o recursos de las personas mayores, de que son ejemplos el

¹⁰ A este respecto, WHO "Active ageing. A policy framework" WHO, 2002, in http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf (1.9.15) y GRACIA IBAÑEZ, J. "El abuso familiar hacia las personas mayores - Análisis sociojurídico." 1ª edición. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012, p. 72.

¹¹ INSTITUTO DO ENVELHECIMENTO "Policy Brief nº 1" Octubre de 2011 in http://www.ienvelhecimento.ul.pt/images/policy_briefs/policy%20brief%20%20preconceito%20e%20discriminacao%20das%20pessoas%20idosas.pdf (1.9.2015).

¹² En la actualidad el número de personas mayores (aquí definidos como personas de 65 años o más) en Portugal representa el 19% de la población. El grupo "65 y más" contiene a más personas que el grupo de jóvenes, que ocurrió por primera vez en la historia de Portugal en el año 2000. Sin embargo, el grupo de personas mayores de edad avanzada (80 años y más) se ha fortalecido su peso estadístico con la progresión del tiempo (hay casi medio millón) - en ROSA, M.J.V. "O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa" 1ª edición. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012, p. 27.

¹³ WHO "Missing Voices. Views of Older Persons on Elder Abuse" WHO, 2002, p. 3 in http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_vip_02.1.pdf (1.9.2015).

¹⁴ PEREL-LEVIN, S. "Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care Level" WHO, 2008, p. 6 in http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241594530_eng.pdf (1.9.2015).

robo de cheques o dinero, la coacción para transmisión de los bienes de los mayores, etc.;

- La **violencia sexual** que se traduce en cualquier forma de contacto no consensual con las personas mayores, como la intimidad no consensual, violación, hablar sugerente, etc.;

- La **negligencia** que comprende el rechazo, el fracaso o la ineficiencia en la atención necesaria a las personas mayores, incluyendo, por ejemplo, la negativa/fallo de alimentación adecuada, higiene y cuidados de la salud y la falta de estimulación social, etc.

Según los estudios realizados sobre la prevalencia de los diferentes tipos de violencia¹⁵, la forma de violencia psicológica es la más reportada por las personas mayores en general y también en Portugal, siendo la segunda forma más reportada la violencia financiera. La negligencia muestra una mayor variedad de frecuencias, dada la dificultad asociada a la aplicación práctica del concepto. La violencia física y la violencia sexual son los tipos de violencia observada con menor frecuencia en los estudios de prevalencia.

Téngase en cuenta, en términos estadísticos, que de las 3.184 llamadas a la Línea de Ciudadanos Mayores en 2013, 211 reportaron problemas de maltrato, 125 abusos materiales y financieros y 212 abandono y negligencia de cuidados¹⁶.

En términos de caracterización de víctima y agresor¹⁷: las mujeres aparecen constantemente como las más vulnerables a diversas formas de violencia familiar, que se produce sobre todo dentro de la familia y siendo los agresores especialmente miembros de la familia: cónyuges/parejas e hijos.

Podemos asociar los tipos de violencia identificados por la OMS a varios delitos tipificados en el Código Penal (CP). A raíz de Simas Santos y Leal Henriques, por delito se entiende "*la acción o conducta material (nullum crimen sine actione), que complete un tipo descrito en la ley (nullum crimen sine lege), que se haya cometido culposamente (nullum crimen sine culpa) y que sea perjudicial para cualquier bien jurídico protegido (nullum crimen sine injuria)*"¹⁸. Aquí haremos la asociación principal (pero no exhaustiva), teniendo en cuenta el tipo predominante de violencia en cada crimen.

En cuanto a la violencia física, podemos considerar el homicidio (artículo 131 del CP), el homicidio agravado (artículo 132 del CP), el homicidio privilegiado (artículo 133 del Código Penal), el homicidio a petición de la víctima (artículo 134 del Código Penal), la incitación o ayuda al suicidio (artículo 135 del CP), la exposición o abandono (artículo 138 del CP), el simple delito a la integridad física (lesiones) (artículo 143 del CP) y el delito grave contra la misma (artículo 144 del Código Penal), la violencia doméstica (artículo 152 del Código Penal) y los malos tratos (artículo 152-A del Código Penal).

¹⁵ SANTOS, A.J. et. al. "Sociologia, problemas e práticas" 2013, n. 72: pp.53-77, p. 66.

¹⁶ TVI 24 "Linha do Cidadão Idoso recebeu 17 chamadas por dia" TVI 24, 2014 in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/idosos/linha-do-cidadao-idoso-recebeu-17-chamadas-por-dia> (1.9.15).

¹⁷ SANTOS, A.J. et. al.. "Sociologia, problemas e práticas" 2013, n. 72: pp.53-77, p. 69.

¹⁸ SIMAS SANTOS, M. e LEAL HENRIQUES, M. "Noções Elementares de Direito Penal" 3ª edición revista y actualizada. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2009, p. 55.

Con respecto a la violencia psicológica, debe tenerse en cuenta la amenaza (artículo 153 del Código Penal), la difamación (artículo 180 del CP) e injuria (artículo 181 del CP). Téngase en cuenta que también en los delitos de violencia doméstica y malos tratos que se han mencionado anteriormente se puede cometer violencia psicológica, siendo además el tipo de violencia más reportado por personas mayores.

En cuanto a la violencia económica, podemos referirnos al hurto (artículo 203 del Código Penal), al abuso de confianza (artículo 205 del CP), al robo (artículo 210 del Código Penal), a la estafa (artículo 217 del Código Penal), a la estafa agravada (artículo 218 del Código Penal), a la extorsión (artículo 223 del Código Penal), al abuso de la tarjeta de garantía o de crédito (artículo 225 del Código Penal), a la violación de la obligación de alimentos (artículo 250 del CP)¹⁹.

Con respecto a la violencia sexual puede referirse a la coerción sexual (artículo 163 del Código Penal), la violación (artículo 164 del CP), el abuso de persona incapaz de resistencia (artículo 165 del Código Penal), el abuso sexual de persona internada (artículo 166 CP).

A la negligencia podemos asociar el homicidio por negligencia (artículo 137 del Código Penal) y la ofensa de la integridad física (lesiones) por negligencia (artículo 148 del Código Penal).

En Portugal, es particularmente relevante la violencia doméstica contra las personas mayores, *"realidad ya socialmente reconocida, pero aún poco conocida. Parece paradójico, pero así es expresado desde la experiencia de las organizaciones que han denunciado la situación de fragilidad de estas víctimas a las que apoyan directamente"*²⁰, como es el caso de la Asociación Portuguesa de Apoyo a las Víctimas (APAV). Debe aquí referirse por conexión y importancia en la materia el Manual Títono - Para el cuidado de las personas mayores víctimas de delitos y violencia²¹, que es una piedra angular para los profesionales, como médicos, enfermeros, policías, trabajadores sociales, entre otros, que se enfrentan a diario y

¹⁹ La violación de la obligación de alimentos es un delito semipúblico y puede resultar de las siguientes conductas:

- No cumplir con las obligaciones de alimentos dentro de los dos meses siguientes a la fecha de vencimiento, estando legalmente obligado a proporcionarles y en condiciones de hacerlo - multa hasta 120 días;
- No cumplir reiteradamente esta obligación - prisión hasta un año o multa hasta 120 días;
- No cumplir con esta obligación, poniendo en peligro la satisfacción sin ayuda de tercero, de las necesidades fundamentales de quien a ellos tiene derecho, prisión hasta dos años o una multa hasta 240 días;
- Colocarse a sí mismo de forma intencional en la imposibilidad de proporcionar alimentos, violando la obligación que le es impuesta - prisión hasta dos años o multa hasta 240 días.

Si la obligación se cumple, el tribunal puede dispensar de pena o declarar extinguida, en todo o en parte, la sentencia aun no cumplida.

²⁰ APAV "Manual Títono para o atendimento de pessoas idosas vítimas de crime" 1ª edición. Lisboa: APAV, 2010, p. 55.

²¹ Se trata de un producto del Proyecto Títono - Apoyo a las Personas Mayores víctimas de Crimen y Violencia, desarrollado por APAV, con el apoyo financiero de la Dirección General de Salud y la Fundación Montepío, y una asociación con la Facultad de Psicología de la Universidad Lusófona de Humanidades y Tecnología.

necesitan conocimientos específicos sobre la victimización de las personas mayores, así como directrices para desarrollar su práctica en esta área con calidad.

Hay que tener en cuenta que en Portugal la mayor parte de los delitos mayores están sujetos a sanciones más severas cuando se cometen contra las personas mayores.

2.1. Desarrollos recientes en Portugal: La Estrategia de Protección al Anciano

La Estrategia de Protección al Anciano (aprobada por Resolución del Consejo de Ministros nº 63/2015, del 25 de agosto de 2015) propone como medida (medida 4 de la Estrategia) modificar el Código Penal con el objetivo de reforzar la protección de las personas mayores por previsión penal y defiende como tareas introducir normas en el Código Penal que penalizen conductas que violan los derechos fundamentales de las personas mayores.

A partir de esta estrategia nos gustaría destacar:

- La previsión de futura circunstancia agravante en los delitos de injuria y difamación si la acción está dirigida a persona particularmente indefensos por motivos de edad y
- La previsión de nuevos delitos, considerando especialmente los ancianos como víctimas, como por ejemplo:

»Abandonar ancianos en hospitales u otros establecimientos dedicados a la prestación de atención de salud, cuando la persona mayor está en la responsabilidad del agente;

»Impedir o dificultar el acceso mayor a la compra de los productos o a la prestación de servicios de cualquier tipo, por motivos de edad.

3. El caso de Brasil

Hay sistemas que pensaron leyes sólo para la categoría de las personas mayores, en particular abordando los problemas específicos de las mismas, como es el caso de la discriminación - es el caso de Brasil con su *Estatuto do Idoso* (Estatuto de la Persona Mayor).

En el sistema jurídico brasileño, su norma fundamental, la Constitución Federal de 1988, basa en el principio de la dignidad humana la propia existencia de la Constitución y el Estado de la democracia en el artículo 1, sección III²².

Para Roger Ríos, a raíz de Immanuel Kant²³, "*el principio jurídico de la protección de la dignidad humana tiene como núcleo esencial la idea de que la persona es un fin en sí mismo, no pudiendo ser instrumentalizada o desechada en función de las características que le confieren individualidad e imprimen su dinámica*

²² Según el artículo 1º de la Constitución Federal de 1988: "La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...)

III - la dignidad de la persona humana".

²³ KANT, I. "Fundamentação da Metafísica dos Costumes" Traducción por Pablo Quintela. Lisboa: Temas 70, 1960, p. 68-70.

personal. El ser humano, debido a su dignidad, no puede ser visto como un medio para la realización de otros fines."²⁴.

Ingo Wolfgang Sarlet define la dignidad humana como *"calidad intrínseca y distintiva de cada ser humano que le hace merecer el mismo respeto y consideración por parte del Estado y la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales para garantizar la persona tanto en contra de cualquier acto de naturaleza degradante e inhumano, como condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de proporcionar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos"*²⁵.

Según Alexandre de Moraes, la dignidad de la persona humana *"es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que trae consigo la pretensión al respeto de los demás, constituyéndose en un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de manera que sólo excepcionalmente se puedan hacer limitaciones en el ejercicio de los derechos fundamentales, pero siempre sin menospreciar la necesaria estima que merecen todas las personas como seres humanos."*²⁶.

El valor de la dignidad humana llega a todos los sectores del ordenamiento jurídico-político brasileño, siendo deber del Estado promulgar leyes y llevar a cabo políticas públicas dirigidas a la satisfacción de las necesidades básicas de sus ciudadanos, garantizando su existencia digna. El respeto de la dignidad humana implica también la prohibición de la discriminación y la protección del individuo contra las formas de discriminación.

En la Ley nº 8842, de 4 de enero de 1994, sobre la política nacional de la persona mayor, se decía ya que las personas mayores no deberían sufrir ningún tipo de discriminación (artículo 3 de la citada Ley).

En este sentido, el surgimiento del *Estatuto do Idoso* *"representa un cambio de paradigma, ya que extiende el sistema de protección de esta camada de la sociedad, constituyendo verdadera acción afirmativa a favor de la efectividad de la igualdad material"*²⁷.

El *Estatuto do Idoso*, después de tramitar por siete años en el Congreso Nacional, fue aprobado por la Ley nº 10.741, de 1 de octubre de 2003 y reúne a lo largo de sus 118 artículos una legislación capaz de hacer profundos cambios sociales, económicos, culturales y políticos, para el bienestar de las personas mayores en Brasil.

²⁴ RIOS, R.R. "Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo" En MARTINS-COSTA, J. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 484-485.

²⁵ SARLET, I.W. "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988" Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁶ MORAES, A. "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional" 9ª edición, São Paulo: Atlas, 2013, p. 61.

²⁷ MENDONÇA, J.M. "Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso" in http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081017172850773&mode=print (1.9.2015).

De hecho, el *Estatuto do Idoso* es una ley que tiene por objeto regular los derechos garantizados a las personas con edad igual o superior a 60 años. El título II del *Estatuto do Idoso* reconoce como derechos fundamentales de los mismos el derecho a la vida; a la libertad; a la dignidad; a los alimentos; a la salud; a la educación, cultura, deporte y ocio; al trabajo; a la seguridad social, la asistencia social y a la vivienda. El Estatuto comienza por reconocer que el envejecimiento es un derecho personalísimo y su protección un derecho social.

El *Estatuto do Idoso* define violencia contra las personas mayores como cualquier acción u omisión cometido en lugar público o privado que le cause muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico (artículo 19, párrafo 1 del *Estatuto do Idoso*).

En cuanto a medidas concretas del Estatuto relacionadas con los temas que abordamos señalamos las siguientes:

- La obligación de comunicación por los profesionales de salud de casos de sospecha o confirmación de maltrato de personas mayores a las autoridades competentes (artículo 19);

- Prioridad en la tramitación de procesos judiciales en que figure como parte o interviniente persona con edad igual o superior a 60 años, en cualquier instancia (artículo 71);

- Establecimiento del Ministerio Público como estadual defensor de los derechos de las personas mayores (artículos 74 y 81);

- Creación de tipos especiales de delito, teniendo en cuenta las personas mayores como víctimas, cuyos ejemplos son los siguientes:

- Discriminación de persona mayor, impidiendo o dificultando su acceso a operaciones bancarias, a los medios de transporte, al derecho a contratar o por cualquier otro medio o instrumento necesario al ejercicio de la ciudadanía por razón de edad o despreciar, humillar, menospreciar o discriminar persona mayor, por cualquier motivo (artículo 96);

- Abandonar las personas mayores en los hospitales, hogares de personas mayores, instituciones de atención a largo plazo, o similares, o no cubrir sus necesidades básicas cuando esté vinculado por la ley u orden judicial (artículo 98);

- Retener la tarjeta de la cuenta de banco relativa a beneficios, ingresos o pensiones de la persona mayor, así como cualquier otro documento con el fin de garantizar la recepción o pago de deuda (artículo 104);

- Exhibir o transmitir, por cualquier medio de comunicación, información o imágenes despectivas o insultuosas de la persona mayor (artículo 105);

- El aumento de las penas en los delitos generales cuando se cometan contra las personas mayores (artículos 110 a 114).

No siendo exhaustiva en las medidas enumeradas, el *Estatuto do Idoso* presenta medidas positivas para luchar contra la discriminación por motivos de edad y, en consecuencia, puede ser un ejemplo a seguir en el futuro y en el plano internacional y nacional.

En resumen, el *Estatuto do Idoso* es un acto jurídico que concreta el principio fundamental de la dignidad humana, fundamento de la Constitución de Brasil con respecto a las personas de edad igual o superior a sesenta años.

4. Conclusiones

En Portugal, el concepto de persona mayor no está del todo claro, hay una oscilación entre 60 y 65 años de edad. El artículo 72 de la CRP en el epígrafe "Tercera Edad" contiene una referencia específica a las personas mayores, reconociendo los derechos de los mismos como derechos fundamentales.

Es la dignidad humana que subyace a la existencia de los derechos fundamentales. La violencia contra las personas mayores es una grave violación de los derechos humanos, violencia que se deriva del desprecio por el derecho fundamental a la dignidad de las personas mayores.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia contra las personas mayores como *"un acto único o repetido, o la falta de acción apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza, que cause daño o angustia a una persona mayor"*²⁸. Según esta organización son cinco las formas principales de la violencia contra las personas mayores: la violencia física, violencia psicológica, violencia financiera, violencia sexual y negligencia. Según los estudios realizados sobre la prevalencia de los diferentes tipos de violencia, la forma de violencia psicológica es la más reportada por las personas mayores en general y también en Portugal, siendo la segunda más reportada la violencia financiera. La negligencia muestra una mayor variedad de frecuencias, dada la dificultad asociada a la aplicación práctica del concepto. La violencia física y la violencia sexual son los tipos de violencia observada con menor frecuencia en los estudios de prevalencia. Podemos asociar los tipos de violencia mencionados a delitos específicos del Código Penal, siendo muy relevante la violencia doméstica contra las personas mayores, que puede incluir violencia física y psicológica.

En cuanto a la caracterización de la víctima y del agresor: las mujeres parecen ser consistentemente más vulnerables a diversas formas de violencia familiar, que se produce en su mayoría dentro de la familia y siendo los agresores especialmente miembros de la familia: cónyuges/parejas e hijos.

En Portugal y en Brasil la mayor parte de los delitos mayores están sujetos a sanciones más severas cuando se cometen contra las personas mayores.

En Portugal no existen tipos penales pensados exclusivamente para la protección de las personas mayores. No obstante en Brasil existen estos tipos penales y los tipos generales están sujetos a agravación de la pena cuando se cometan contra personas mayores. De hecho, Brasil tiene un *Estatuto do Idoso*, que es una norma jurídica que concreta el principio fundamental de la dignidad humana, fundamento de la Constitución de Brasil, en relación a las personas de edad igual o superior a sesenta años.

Hay que tener en cuenta que la gente de todo el mundo está envejeciendo, por lo que es necesario preparar a la sociedad para la vejez, tratándolo como un derecho fundamental e imponer medidas positivas para su efectivización cuando sea necesario, sobre todo en el nivel de la previsión penal. Esperamos que esto se logre en Portugal en la próxima legislatura, tras la adopción de la Estrategia de Protección al Anciano.

²⁸ WHO "Missing Voices. Views of Older Persons on Elder Abuse" WHO, 2002, p. 3 in http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_vip_02.1.pdf (1.9.2015).

Es preciso señalar, sin embargo, que la eficacia de las normas de protección de los derechos de las personas mayores y del propio principio de la dignidad humana es un proceso, pues la simple adecuación de los textos legales, incluso contemplando todos los derechos, no es suficiente para que el ideal que las ha inspirado entre de hecho en las estructuras sociales. Se trata de una lucha diaria para el logro efectivo de estos derechos, que incluye no sólo a los poderes constituidos, sino también a cada uno de nosotros.

En todo caso, la existencia de normas específicas para un grupo de ciudadanos, como es el caso del *Estatuto do Idoso* en Brasil, llama la atención sobre sus problemas y derechos específicos y crea conciencia en la sociedad sobre el tema²⁹. De hecho, no sólo es la sociedad la que da forma al Derecho, el Derecho también da forma a la Sociedad.

Bibliografia:

- APAV "Manual Título para o atendimento de pessoas idosas vítimas de crime" 1ª edición. Lisboa: APAV, 2010.
- GRACIA IBAÑEZ, J. "El maltrato familiar hacia las personas mayores – un análisis sociojurídico." 1ª edición. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2012.
- INSTITUTO DO ENVELHECIMENTO "Policy Brief nº 1" Octubre de 2011 in http://www.ienvelhecimento.ul.pt/images/policy_briefs/policy%20brief%20%20preconceito%20e%20discriminacao%20das%20pessoas%20idosas.pdf (1.9.2015).
- KANT, I. "Fundamentação da Metafísica dos Costumes" Traducción por Pablo Quintela. Lisboa: Temas 70, 1960.
- MENDES, A. "Direito ao Envelhecimento – perspectiva jurídica dos deveres familiares relativamente a entes idosos" Master tesis, Escola de Direito da Universidade do Minho, Enero de 2012 in <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20662/1/Andreia%20Joana%20Morris%20Mendes.pdf> (1.9.2015).
- MENDONÇA, J.M. "Breves considerações a respeito do Estatuto do Idoso", in http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081017172850773&mode=print (1.9.2015).
- MIRANDA, J. "Manual de Direito Constitucional" Vol. II, tomo IV. 1ª edición. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MORAES, A. "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional" 9ª edición, São Paulo: Atlas, 2013.
- PEREL-LEVIN, S. "Discussing Screening for Elder Abuse at Primary Health Care Level" WHO, 2008, in http://whqlibdoc.who.int/publications/2008/9789241594530_eng.pdf (1.9.2015).
- PINHEIRO, J.D. "O Direito da Família Contemporâneo" 3ª edición. Lisboa: AAFDL, 2011.

²⁹ En este sentido, Uvo y Zanatta en UVO, R. T y ZANATTA, M. L.A.L. "O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso" En A Terceira Idade, 2005, vol. 16, nº 33.

- QUEIROZ, C. "Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade." Coimbra:Coimbra Editora, 2006.
- RIOS, R. R. "Dignidade da Pessoa Humana, Homossexualidade e Família: reflexões sobre as uniões de pessoas do mesmo sexo" En MARTINS-COSTA, J. A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROSA, M. J. V. "O Envelhecimento da Sociedade Portuguesa" 1ª edición. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.
- SANTOS, A. J. et. al. "Sociologia, problemas e práticas" 2013, n. 72: pp.53-77.
- SARLET, I. W. "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988" Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SIMAS SANTOS, M. e LEAL HENRIQUES, M. "Noções Elementares de Direito Penal" 3ª edición revista y atualizada. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2009.
- TVI 24 "Linha do Cidadão Idoso recebeu 17 chamadas por dia" TVI 24, 2014 in <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/idosos/linha-do-cidadao-idoso-recebeu-17-chamadas-por-dia> (1.9.15).
- UVO, R. T y ZANATTA, M. L.A.L. "O Ministério Público na defesa dos direitos do idoso" En A Terceira Idade, 2005, vol. 16, nº 33.
- WHO "Active ageing. A policy framework." WHO, 2002, in http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf (1.9.15).
- WHO "Missing Voices. Views of Older Persons on Elder Abuse." WHO, 2002, in http://whqlibdoc.who.int/hq/2002/who_nmh_vip_02.1.pdf (1.9.2015).

A ARBITRAGEM DE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Foreign Investment Arbitration under the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

DANIELE SOUZA LIMA MARTINS
Universidade do Porto

Sumário: 1. Introdução; 2. O International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); 3. Área de atuação do ICSID; 4. O Tribunal Arbitral; 5. Os instrumentos propulsores à adoção ao ICSID; *5.1 O Contrato de Investimento; 5.2 O Compromisso Arbitral; 5.3 A Legislação Interna; 5.4 Os International Investment Agreements (IIAs)*; 6. A Sentença Arbitral; 7. As críticas imputadas ao ICSID; 8. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O investimento estrangeiro constitui a chave para a dinâmica do mercado. Contudo, está inserido em um contexto muitas vezes turbulento. A insegurança jurídica decorrente da instabilidade dos países, especialmente de ordem política, afeta diretamente o fluxo de investimentos. Com o intuito de incentivar o investimento internacional o Banco Mundial promoveu a criação do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que fornece mecanismos de arbitragem e conciliação para a resolução de conflitos entre Estados e investidores. A recorrente utilização da arbitragem de investimento estrangeiro sob os auspícios do ICSID deu-se especialmente na década de 90 com a intensificação dos Bilateral Investment Treaties. Recentemente o ICSID tem sofrido fortes críticas em decorrência da sua atuação nos procedimentos arbitrais. Contudo, continua a ser dominante na resolução de conflitos oriundos do investimento estrangeiro.

Palavras chave: Arbitragem; Investimento Estrangeiro; Bilateral Investment Treaties (BITs); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Abstract: The foreign investment is the key to the market dynamics. However, it is inserted in a turbulent landscape. The legal uncertainty stemming from the instability in several countries, especially in political terms, has direct influence on the investment flows. Purposing to promote international investment the World Bank has created the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which provides for settlement of disputes between States and investors by conciliation and arbitration. The foreign investment arbitration under the auspices of the ICSID has become widely used since 1990s through the Bilateral Investment Treaties. Recently the ICSID is facing strong critics because of your performance in arbitral proceedings. However, it continues to be the dominant method to settle investment disputes.

Keywords: Arbitration; Foreign Investment; Bilateral Investment Treaties (BITs); International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

1. Introdução

Os mapas nos iludem: as fronteiras entre os países foram mitigadas. O fenômeno da internacionalização do comércio, potencializado especialmente com a criação dos blocos econômicos, abriu as grades que cercavam os povos e que limitavam o exercício de suas liberdades.

O expansionismo do século XVI continua imperando na atualidade, pois as aspirações humanas jamais se esgotam e o desejo em conquistar novos mercados nunca cessa.

O investimento estrangeiro insere-se nesse contexto constituindo um mecanismo que permite que o capital privado estrangeiro se infiltre na economia nacional com o objetivo de proporcionar, sob a perspectiva do Estado receptor, o desenvolvimento econômico do país através da criação de infraestruturas, da geração de empregos, do uso de tecnologia de ponta, da competitividade dos mercados, da exploração sustentável dos recursos naturais, etc., e, por outro lado, sob a perspectiva do investidor, a expansão de seu domínio econômico.

Entretanto, muitas vezes, o ambiente no qual o investimento estrangeiro está inserido é turbulento, criando uma atmosfera carregada de temeridades que podem desaguar em litígios entre Estados e investidores.

Como se sabe, o Direito Internacional não prevê em seu arcabouço normativo nenhum instrumento especial de proteção aos investidores face à transgressão de seus direitos pelo Estado anfitrião. A omissão normativa quanto à proteção ao investimento estrangeiro impõe a adoção de providências categóricas pelos investidores, que buscam precaver a sua exposição frente às intromissões do Estado.

Como já dizia William Shakespeare *"A tragédia começa quando os dois acham que têm razão."* e transportando essa premissa para o contexto das relações jurídicas percebe-se que as controvérsias oriundas de determinadas condutas adotadas pelo Estado, que aos olhos do investidor são prejudiciais ao seu investimento, podem, em caso de falta de consenso entre as partes, dar origem a disputas infundáveis.

Em princípio, a competência para a resolução desses litígios será das cortes nacionais do Estado receptor do investimento. Contudo, constata-se que o investidor tenta esquivar-se de se submeter aos tribunais estatais em decorrência especialmente (i) de uma suposta falta de imparcialidade dos juízes nacionais (que tendem a ser favoráveis aos pleitos do seu Estado,); (ii) da aplicação do direito nacional em detrimento do direito internacional¹; (iii) da protelação no proferimento de decisões; e, (iv) da ausência de um conhecimento específico dos magistrados em questões complexas que geralmente constituem objeto dos litígios decorrentes do investimento estrangeiro.

Como meio alternativo à justiça estatal encontra-se a arbitragem (que precede a própria concepção de justiça administrada pelo Estado), que surge, ou

¹ "Domestic courts are bound to apply domestic law even if that law should fail to protect the investor's rights under international law." - Cfr. SCHREUER, C; H., "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)".

melhor, se desenvolve em matéria de investimento estrangeiro como um mecanismo capaz de conceder a segurança jurídica pleiteada pelos investidores, afastando os receios constantes do método tradicional de solução de conflitos.

Por advir de um *pacta sunt servanda* a adoção do mecanismo arbitral depende do consentimento das partes, que podem livremente deliberar a respeito da convenção de arbitragem, optando por determinar as regras a serem seguidas no procedimento arbitral, no caso de arbitragens *ad hoc* ou se submetendo às regras previamente estabelecidas pelas câmaras arbitrais, no caso de arbitragem institucionalizada.

Geralmente, no âmbito do investimento estrangeiro as partes recorrem às Regras de Arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) ou, nomeadamente, ao International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que constitui o único foro especializado para a solução de litígios em matéria de investimento.

Conforme se verá adiante, o ICSID foi renegado durante muito tempo, ocorrendo, entretanto, o seu redescobrimento na década de 90, especialmente em decorrência dos Bilateral Investment Treaties, que constituem a válvula propulsora da adoção deste meio de solução de conflitos.

2. O International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

Em 1965 foi assinada a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, celebrada em Washington D.C., através da qual instituiu-se o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), criado para dirimir litígios entre Estados e investidores, através da administração de procedimentos internacionais de resolução de conflitos, nomeadamente arbitragem e conciliação.

O mencionado tratado multilateral resultou de uma iniciativa promovida pelo Banco Mundial com a finalidade de expandir o fluxo de investimento privado estrangeiro (direcionando o aporte de capital aos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento) propiciando o desenvolvimento econômico dos países.

Constatou-se à época que os riscos não comerciais decorrentes principalmente da instabilidade política dos países receptores de investimento constituíam uma grande barreira para a entrada do capital estrangeiro.

A adoção de medidas abusivas pelo Estado anfitrião, como a nacionalização ou expropriação de empresas, as restrições aos lucros do investidor e as alterações legislativas prejudiciais ao investimento estrangeiro, frustravam a entrada de novos atores na economia nacional, em decorrência da vulnerabilidade do investimento estrangeiro face às ingerências do Estado.

Com efeito, vale lembrar que, *a priori*, o investimento estrangeiro se submete às normas jurídicas do Estado no qual o mesmo é realizado. Nesse sentido, o direito material aplicável será, via de regra, o direito nacional, não levando em consideração a legislação internacional existente. Ademais, os eventuais conflitos decorrentes da relação entre Estados e investidores serão julgados, em princípio, pelas cortes nacionais.

Nesta seara repousam os receios do investidor. Para além da afastabilidade do direito internacional, que poderia em parte ser favorável aos pleitos do investidor, a ausência de uma pré-disposição das partes em pôr fim aos conflitos

através de meios pacíficos conduz à submissão das disputas aos tribunais nacionais, o que aos olhos do investidor deve ser de todo evitado.

Para sobre a comunidade internacional a ideia de que os tribunais estatais, em casos de eventuais litígios entre Estados receptores e investidores, têm a sua imparcialidade comprometida. Acredita-se que os juízes nacionais ajam tendenciosamente em prol de seus Estados, desconsiderando os princípios básicos que imperam no exercício de suas atividades, isto é, a imparcialidade e a independência.

Convém ainda destacar que outra alternativa se apresenta face à justiça estatal: a proteção diplomática, que consiste no instituto jurídico no qual o Estado, a pedido do seu nacional (o investidor), intervém em seu favor perante as entidades competentes a fim de obter do presumível Estado causador do dano a reparação pelos prejuízos causados em decorrência de sua conduta violadora.

A análise pelo Estado do requerimento impetrado pelo investidor pressupõe a existência cumulativa de duas condicionantes: (i) o vínculo de nacionalidade existente entre o sujeito lesado e o Estado que lhe concederá a proteção e, (ii) o esgotamento dos recursos legais internos existentes e disponíveis na ordem jurídica do Estado supostamente responsável pela violação das obrigações internacionais.

Contudo, ainda que presentes os requisitos acima elencados, a concessão de proteção diplomática consiste em uma faculdade atribuída ao Estado, que pode deliberar livremente acerca do requerimento impetrado pelo investidor. Ademais, caso conceda a proteção o Estado subroga-se no direito do investidor agindo não como mero representante, mas como parte do procedimento arbitral, podendo, portanto, tomar todas as medidas que julgar cabíveis, inclusive aquelas que possam ir de encontro aos interesses do investidor.

Isto posto, percebeu-se claramente que os métodos colocados à disposição do investidor não satisfaziam os seus anseios freando, portanto, o fluxo de investimentos. Sendo assim, o Banco Central idealizou a criação de um órgão que pudesse oferecer aos investidores e aos Estados um foro despolitizado, desprovido de quaisquer interferências estatais que pudessem condicionar a aplicação do direito e na qual a idoneidade dos julgadores não fosse sequer questionada, dando origem ao ICSID.

3. Área de atuação do ICSID

O ICSID, ao contrário dos demais centros de arbitragens, é uma instituição de caráter público. Seu objetivo é proporcionar os meios de conciliação e arbitragem a serem utilizados em conflitos entre investidores e Estados receptores. É um centro de caráter permanente que contém normas e princípios de natureza exclusivamente processual, ou seja, as tarefas realizadas pelo Centro são de caráter administrativo e não jurisdicional.²

Assim sendo, o ICSID não é o agente direto da realização dos procedimentos de conciliação e arbitragem, sendo responsável unicamente por administrá-los através (i) do fornecimento de regulamentos detalhados sobre os referidos procedimentos; (ii) da elaboração de cláusulas modelo a serem empregadas por

² Nesse sentido, "the Centre's task would be administrative rather than judicial." - Cfr. SCHREUER, C. H., "The ICSID Convention: a commentary.", Cambridge University Press, 2001, p. 10.

governos e investidores; (iii) da manutenção de um painel de conciliadores e de árbitros; (iv) do registro das disputas; (v) da comunicação de documentos e informações relevantes para as partes, (vi) entre outros.

Destaca-se que inicialmente a instauração e a condução de casos sob os auspícios do ICSID eram feitas exclusivamente por meio da ICSID Convention, Regulations and Rules, na qual pressupõe-se a existência concomitante de dois elementos: (i) conflito travado entre um Estado parte da Convenção e um nacional de outro Estado signatário; e (ii) cujo objeto da disputa decorra diretamente de um investimento estrangeiro.³

Contudo, a fim de expandir a competência do Centro, em 1978 o Conselho Administrativo deliberou pela adoção do instrumento denominado Additional Facility Rules, através do qual as disputas que não envolvam questões diretamente ligadas ao investimento; ou os conflitos em que o Estado hospedeiro ou o Estado de origem do investidor não sejam partes contratantes da Convenção de Washington, podem ainda assim ser administrados pelo secretário do ICSID por meio dos mecanismos específicos de arbitragem e conciliação disponibilizados pelo Centro para esta finalidade, que apesar de não serem objeto do nosso estudo, adiantamos apenas que se diferem daqueles previstos na Convenção.

Por fim, frisa-se somente que o conceito de investimento estrangeiro, fundamental para fins de análise da competência jurisdicional do ICSID, não é unânime na doutrina ou na jurisprudência, sendo tema de grande debate. Porém, vem se firmando um entendimento no ambiente jurídico que diferencia o investimento da transação comercial comum segundo a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) aporte de recursos do investidor, em dinheiro ou outros bens, em país estrangeiro; (ii) caráter duradouro do contrato; (iii) suscetibilidade de angariar lucros ou rendimentos através de um resultado positivo do investimento; (iv) assunção de riscos da operação por parte do investidor; e, (v) expectativa de desenvolvimento econômico do Estado receptor em decorrência do investimento.

4. O Tribunal Arbitral

Conforme é cediço, no procedimento arbitral, diferentemente do que ocorre nos tribunais estatais, cabe às partes litigantes a nomeação dos terceiros que julgarão o litígio.

Esta característica intrínseca ao mecanismo arbitral constitui umas das suas principais vantagens face aos demais meios de solução de conflitos. Isto porque as partes realizarão a escolha dos profissionais conforme a necessidade apresentada pelo conflito, isto é, a indicação será pautada em critérios baseados no perfil técnico e pessoal dos árbitros de forma a adequá-los às características da controvérsia, garantindo-se um julgamento substancialmente correto em decorrência da especialidade do terceiro na questão a ser discutida. Ademais, a imparcialidade desses profissionais, calcada através de uma postura de equidistância em relação às

³ Vide artigo 25(1) da Convenção de Washington "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

partes litigantes, assegura a seriedade do procedimento arbitral, sem a existência de favoritismos ou predileções.⁴

A convenção de arbitragem deverá prever o número de árbitros pelo qual o tribunal arbitral será constituído - que poderá ser composto de um único árbitro ou por vários, sempre em número ímpar - bem como o método a ser utilizado para a sua escolha.

Entretanto, na hipótese de uma lacuna no que tange ao assunto o tribunal arbitral será formado conforme norma prevista no artigo 37(2) da Convenção, que prevê a existência de 3 árbitros, na qual cada parte nomeará um árbitro e o terceiro, que será o presidente do Tribunal, será apontado de comum acordo entre as partes.

Caso o Tribunal não seja constituído no prazo estabelecido entre as partes ou dentro de 90 dias após a notificação de que o registro do requerimento foi despachado pelo secretário-geral, o presidente do Tribunal deverá, a pedido de qualquer das partes e, na medida do possível, após a consulta de ambas, indicar os árbitros que ainda não foram nomeados, escolhendo-os dentre os nomes constantes na lista de árbitros disponibilizada pelo ICSID, que só no ano de 2014 já contava com 590 profissionais.⁵

Destaca-se que o painel de árbitros é formado por indicações do Estado Contratante, que pode designar até quatro pessoas para integrarem a lista, podendo ser seus nacionais ou não, que estarão agregados ao painel por um período renovável de 6 anos; e do Presidente do Banco Mundial, que pode recomendar até 10 pessoas que, contudo, devem obrigatoriamente ser de diferentes nacionalidades, preocupando-se ainda em assegurar a participação de profissionais que representem os principais sistemas legais existentes.

A existência do painel de árbitros é fundamental para o cumprimento das regras da Convenção, tendo em vista que na hipótese acima descrita (prevista no artigo 38) ou no caso de pedido de anulação da sentença (previsto no artigo 52(3)) - a ser analisado por um comitê *ad hoc*; ficará a cargo do presidente a nomeação dos árbitros que integrarão o tribunal, devendo ser escolhidos dentre os nomes presentes na lista. Na primeira hipótese fica vetado ao presidente nomear árbitros que sejam nacionais das partes envolvidas nas disputas. Na segunda hipótese, além dessa proibição, o presidente não poderá nomear árbitros que apesar de não serem nacionais dos Estados partes da disputa foram, contudo, nomeados por eles para integrarem a lista.

Além dos casos acima, nos quais é obrigatória a utilização da lista pelo presidente, a mesma poderá ainda ter alguma utilidade para as partes da disputa, que poderão na escolha dos árbitros que integrarão o tribunal arbitral, optarem pela indicação ou não dos profissionais constantes na lista.

⁴ Historicamente está impregnado na cultura das relações internacionais que os juízes estatais agem e proferem decisões em conformidade com os interesses econômicos dos Estados, motivo pelo qual os investidores refutam o acionamento do poder jurisdicional do Estado preferindo recorrer ao mecanismo arbitral.

⁵ ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes 2014 annual report.

5. Os instrumentos propulsores à adoção ao ICSID

Conforme princípio básico que orienta o mecanismo arbitral as partes devem exprimir a vontade recíproca de excluírem da competência jurisdicional estatal as controvérsias oriundas da relação jurídica existente proclamando a arbitragem como método de resolução de seus litígios.

A matéria é ainda mais reforçada no ICSID. Isto porque a simples assinatura da Convenção de Washington já evidencia uma predisposição do Estado signatário de submeter seus litígios ao procedimento arbitral. Todavia, ao contrário do que se pensa, esse prévio consentimento manifestado pelo Estado deve ser corroborado através de uma manifestação expressa e por escrito, característica esta denominada de duplo consentimento⁶. Constata-se que o fato de ser membro da referida Convenção não constitui, por si só, elemento suficiente para a sujeição obrigatória do Estado ao ICSID, pois a sua assinatura possui caráter meramente declaratório.⁷

Por se tratar de um *pacta sunt servanda* no qual ambas as partes manifestam voluntária e mutuamente a intenção de submeterem seus litígios ao crivo arbitral é indispensável a declaração volitiva do investidor.

Ora passamos a analisar os diversos meios cabíveis para a expressão do consentimento dos Estados e investidores no sentido de elegerem o instituto arbitral como método de resolução de seus litígios, frisando apenas que a aquiescência recíproca das partes à resolução de litígios sob os auspícios do ICSID gera, automaticamente, salvo disposição em contrário, a renúncia a qualquer outro meio de solução de conflitos, dizendo-se, portanto, que há uma exclusividade da via arbitral para a finalização do conflito, conforme disposto no artigo 26º da Convenção de Washington.

5.1 O Contrato de Investimento

O contrato de investimento constitui um instrumento jurídico no qual as partes determinam os direitos e obrigações oriundos da relação estabelecida. Dentre as cláusulas pactuadas, encontra-se aquela que aqui nos interessa, isto é, o mecanismo de solução de litígios decorrentes do contrato, pois é nesta seara que as partes podem de comum acordo estipular a arbitragem como método de resolução de conflitos e eleger o ICSID como órgão competente.

Importante destacar que, neste caso a cláusula deve ser redigida de maneira minuciosa, apresentando informações detalhadas, tais como o número de árbitros, a sede da arbitragem, o idioma escolhido, a lei aplicável e, principalmente, a indicação do ICSID para a solução da controvérsia. A ausência de informações no que tange aos elementos essenciais do procedimento arbitral remeterá à aplicação das regras previstas pelo ICSID.

⁶ Em decorrência dessa característica afirma-se que a "Convenção de Washington é um «acordo-quadro», que apenas possibilita um acordo posterior entre um investidor cujo Estado nacional seja membro do ICSID e outro Estado membro deste, no sentido da resolução por arbitragem de certo ou certos litígios." - Cfr. VICENTE, D. M., "Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais."

⁷ Prêambulo, parágrafo 7, da Convenção de Washington: "Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration."

Ressalta-se ainda que, o consentimento proferido em sede contratual confere competência ao ICSID somente para as disputas surgidas em decorrência da violação do próprio contrato de investimento (*contract claims*), não abrangendo assim outras questões relacionadas com o investimento, mas que não decorram diretamente de um descumprimento contratual, como é o caso dos atos expropriatórios, da aprovação de legislação discriminatória, etc.

No que tange ao consentimento emitido no âmbito contratual emerge nos tribunais arbitrais questionamentos acerca da competência do ICSID para contratos que não preveem a cláusula arbitral, mas que estão diretamente relacionados com outros contratos que a contêm.

Vem sendo adotada a posição de que o investimento estrangeiro é composto de um conjunto complexo de operações que devem ser examinadas como um todo único, não comportando análises singulares dos acordos firmados. Assim sendo, a pluralidade de contratos deve ser interpretada em conformidade com o princípio da unidade do investimento, conferindo-se ao ICSID a competência para a solução do litígio, inclusive naqueles casos que decorram de contratos onde não haja previsão da cláusula arbitral.⁸

5.2 O Compromisso Arbitral

Geralmente, a escolha do instituto arbitral é realizada anteriormente ao surgimento do litígio, isto é, há uma predisposição das partes em se submeterem às regras do ICSID.

Contudo, nada impede que somente após a cristalização da controvérsia as partes decidam por instituir o procedimento arbitral como método de solução dos conflitos, bem como por eleger o ICSID como órgão competente, o que se fará através da assinatura do compromisso arbitral, que consiste no documento através do qual as partes de comum acordo determinam os termos da arbitragem.

5.3 A Legislação Interna

A arbitragem de investimento estrangeiro pode ser determinada através de uma disposição da legislação interna de um Estado que com o intuito de despertar o interesse dos investidores internacionais assegura unilateralmente a sua submissão à arbitragem e ao ICSID, dentro das condições estabelecidas na própria lei.

Contudo, o consentimento unilateral do Estado é insuficiente para dar início ao procedimento arbitral. Isso porque sendo a arbitragem determinada através de um pacto de vontades cabe ao investidor se manifestar acerca da reciprocidade no que tange à intenção da instauração da arbitragem sob os auspícios do ICSID.

Percebe-se, portanto, que o consentimento do Estado constitui meramente uma prévia oferta para a instituição da arbitragem que se consolidará somente após a aceitação do investidor.

⁸ "An investment is frequently a rather complex operation, composed of various interrelated transactions, each element of which, standing alone, might not in all cases qualify as an investment. Hence, a dispute that is brought before the Centre must be deemed to arise directly out of an investment even when it is based on a transaction which, standing alone, would not qualify as an investment under the Convention, provided that the particular transaction forms an integral part of an overall operation that qualifies as an investment." - Cfr. *Československa obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic*, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999. ICSID Case Nº. ARB/97/4.

O consentimento do investidor se dará sempre de forma escrita, ocorrendo geralmente através do requerimento para a propositura da arbitragem ou outro documento que inicie a disputa.

Por fim, apenas para relembrar que por se tratar de uma disposição nacional a lei pode ser objeto de alteração ou revogação unilateral. Sendo assim, enquanto o investidor não tiver aceitado a oferta prevista na legislação interna do país receptor do investimento o Estado pode modificar ou simplesmente “retirar” a sua oferta.

Portanto, caso o investidor tenha interesse em submeter seus eventuais litígios ao procedimento arbitral é importante que manifeste a sua intenção tão logo quanto possível, através de uma comunicação escrita, aceitando a oferta do Estado antes mesmo do surgimento da controvérsia. Assim, a declaração do investidor tornará o consentimento irrevogável unilateralmente.

5.4 Os International Investment Agreements (IIAs)

Os International Investment Agreement se dividem em: (i) Bilateral Investment Treaties e (ii) outros tipos de IIAs.

Os BITs (ou na língua portuguesa “Acordos para a Promoção e a Proteção Recíprocas de Investimentos” - APPRI’s) constituem tratados bilaterais internacionais firmados por Estados, com o objetivo específico de promoverem a intensificação dos investimentos nos países signatários, bem como de protegerem, de maneira recíproca, os investimentos realizados nos seus respectivos territórios, através da assinatura de um pacto que contém um conjunto de *standards* mínimos que visa a proteção do investimento estrangeiro, notadamente do investidor face à atuação discricionária do Estado receptor, e que constituem mecanismos de grande relevância para a disseminação da arbitragem como método de resolução de conflitos decorrentes do investimentos estrangeiros.

Por outro lado, a categoria denominada outros tipos de IIAs engloba: (i) tratados econômicos, que constituem acordos derivantes da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos jurídicos que estipulam direitos e obrigações entre si em prol de um objetivo comum, a cooperação na área econômica, no qual as partes optam por inserir, dentro do conjunto de cláusulas estipuladas, um capítulo destinado à proteção de investimentos estrangeiros, com dispositivos semelhantes aqueles encontrados nos BITs; e (ii) quaisquer outros tipos de tratados que contenham provisões limitadas relativas à cooperação na área do investimento.

Os instrumentos de proteção ao investimento estrangeiro foram desenvolvidos em decorrência do abuso de poder por parte dos Estados, especialmente daqueles em vias de desenvolvimento, que através da adoção de determinadas medidas políticas, econômicas e/ou jurídicas causavam prejuízos aos investidores.

Com isso, sedimentou-se a ideia de que tais países apresentavam um alto risco para o investimento estrangeiro, sendo necessária a criação de um mecanismo que pudesse neutralizar as ações negativas do Estado, a fim de manter atrativa a exportação de capital.

O primeiro BIT foi assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959. Contudo, somente na década de 90 ocorreu uma verdadeira BITmania⁹, através de uma

⁹ Nomenclatura usada por SUAREZ ANZORENA, I.; PERRY, W. K. “Protecting Foreign Investments and Arbitration.”

proliferação de acordos sem precedentes, que totalizaram 1.629 documentos, assinados especialmente pelos países da América do Sul.

Segundo dados apresentados pela United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), atualmente, 3.284 instrumentos de proteção ao investimento estrangeiro foram firmados (2.932 BITs e 352 IIAs, dos quais 2.286 e 280 encontram-se, respectivamente, em vigor)¹⁰.

Por meio desses acordos conferem-se aos investidores determinadas garantias fundamentais, dentre as quais destacam-se: (i) o tratamento justo e equitativo¹¹; (ii) o tratamento nacional, no qual se estabelece que o tratamento concedido pelo Estado hospedeiro aos investidores estrangeiros deve ser igual ou não menos favorável que aquele concedido em relação aos seus nacionais, isto é, o investimento estrangeiro deve ser tratado no mesmo nível do investimento nacional; (iii) o tratamento da nação mais favorecida (MFN), no qual confere-se ao investidor estrangeiro a garantia de que seu tratamento será, no mínimo, igual aquele concedido a qualquer outro investidor de um país terceiro - se for concedido algum favorecimento especial a algum investidor, o mesmo deve ser aplicado aos demais investimentos que contenham a cláusula MFN; (iv) a proibição de expropriação ou nacionalização - em alguns casos aceita-se a realização dessas operações desde que sejam calcadas em prol do interesse público e que sejam concretizadas em base não discriminatória, de acordo com o devido processo legal e com o pagamento da indenização adequada; (v) a livre transferência das importâncias relacionadas ao investimento; (vi) a proibição de discriminação não razoavelmente justificada; e, o que mais nos interessa, (vii) a adoção da arbitragem como meio de resolução de conflitos.

Se, por um lado, sob a perspectiva do Estado receptor, os BITs são considerados captadores de investimentos, especialmente para os países com muita ou relativa instabilidade econômica, por outro lado, sob a perspectiva do investidor, estes tratados constituem uma garantia de que o investimento a ser realizado não será comprometido por atos despóticos do Estado, mantendo-se o *status quo* da relação jurídica.

Importante salientar que, a assinatura de tratados internacionais, inclusive dos BITs, constitui uma limitação ao poder do Estado de exercer a sua liberdade regulatória, uma vez que, ao contrário do que ocorre com a ordem jurídica interna, que pode ser modificada unilateralmente pelo Estado, os tratados dependem, para a sua alteração, de um novo acordo entre as partes¹², sendo, portanto, obrigatório o

¹⁰ Disponível em <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 08/10/2015.

¹¹ Muito se discute acerca do conceito de tratamento justo e equitativo. Nesse sentido "FET affords protection in all situations against improper interference by host State's authorities. What is unfair or improper can be judged by reference to other standards or to typical conducts that are generally considered inadmissible. It is not immutable, it varies in time and context: what is unfair in a certain place and context may be considered justified in another place and context." SACERDOTI, G. "Bilateral Investment Treaties Protection in Time of Economic and Financial Crisis." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, p. 42.

¹² Conforme dispõe o artigo 39 Convenção de Viena de 1969 "A treaty may be amended by agreement between the parties."

seu fiel e integral cumprimento até o término do prazo de vigência¹³, ou ainda, a sua denúncia.

Se, inicialmente, o objetivo destes tratados era garantir uma proteção extra às empresas estrangeiras contra medidas abusivas e discriminatórias adotadas pelos Estados em relação aos investimentos realizados em seus territórios, posteriormente, durante algum tempo, tornou-se uma regra fundamental, sem a qual era inviável o estabelecimento da relação investidor-Estado¹⁴.

Atualmente os BITs têm assumido um novo contorno. Percebeu-se que o simples crescimento econômico, a qualquer custo, não é suficiente, nem desejável. Sendo assim, os Estados têm firmado novos acordos (especialmente BITs) e revisado os antigos a fim de incluir previsões que contemplem a proteção ao meio ambiente, à saúde, à segurança, aos direitos dos trabalhadores, etc., e que ainda preservem espaços regulatórios¹⁵ para a implantação de políticas públicas que auxiliem na criação de um ambiente que permita a prosperidade de um desenvolvimento econômico sustentável. Assim sendo, reconhecem as partes que os padrões exigidos nestas searas não serão flexibilizados com o intuito de atrair o investimento estrangeiro.

Por fim, frisa-se que grande parte dos BITs elegem o mecanismo arbitral como meio adequado para a resolução de conflitos, constituindo, portanto, uma espécie de merchandising para a promoção da arbitragem de investimento estrangeiro.

Cada país adota um determinado modelo de cláusula arbitral, contudo, percebe-se que há uma preferência por inicialmente intentar uma resolução amigável de conflitos através da negociação direta e, em caso de insucesso, suscita-se a instauração do procedimento arbitral. Geralmente, os dispositivos preveem ainda que os conflitos poderão ser submetidos ao ICSID ou às demais instituições de arbitragem, como a International Chamber of Commerce (ICC) e a The London Court of International Arbitration (LCIA), ou ainda aos tribunais arbitrais *ad hoc*, elegendo, principalmente, como regulamento aplicável as Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

6. A Sentença Arbitral

A sentença arbitral é proferida conforme votação majoritária dos árbitros, devendo estar devidamente fundamentada. Quaisquer dos árbitros, incluindo os dissidentes, podem incluir suas opiniões pessoais acerca da sentença.

Salvo expresse consentimento das partes fica vetada a publicação da sentença. Entretanto, é facultado ao ICSID incluir em suas publicações excertos das

¹³ Vide Seção III, artigo 54 e seguintes da Convenção de Viena.

¹⁴ "For several decades, States that export capital and technology have been demanding, either directly or via international financial entities, that emerging countries sign investment protection treaties as an indispensable requirement for receiving the financing necessary to develop their infrastructures." - Cfr. CREMADES, B. M. "Third Party Funding in International Arbitration." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*, Quartier Latin, 2013, p.763.

¹⁵ "The question of whether or in what respect commitments toward fair treatment of foreign investors enshrined in BITs may limit the discretion of government in adopting anti-crisis measures has naturally surfaced." - Cfr. SACERDOTI, G., *op. Cit.*, p. 40.

razões legais que justificaram a decisão arbitral proferida, disponibilizando ao público os fundamentos que motivaram a sentença.

As sentenças arbitrais emanadas pelo ICSID são definitivas, na medida em que não são passíveis de recurso perante as jurisdições nacionais, nem sequer para anulação.

O simples descontentamento com os termos da sentença não enseja às partes o direito de impugnar a decisão. Contudo, pode-se requerer o pedido de (i) interpretação, no qual a parte solicita o esclarecimento de algum ponto da sentença que seja obscuro, a correção de erros materiais, ou ainda o pronunciamento acerca de algo que foi discutido durante o procedimento arbitral, mas que não consta na sentença; (ii) revisão, no qual a parte, em decorrência de um fato novo que por sua natureza possa afetar decisivamente na decisão arbitral e da qual não tinha conhecimento no momento da sentença, requer a revisão da sentença; e (iii) anulação do procedimento arbitral, tendo em vista: vício na constituição do tribunal; manifesto excesso de poder do tribunal; corrupção de um membro do tribunal; inobservância grave de uma regra de processo fundamental; ou vício de fundamentação. Ressalta-se que nos dois primeiros casos os pedidos deverão ser avaliados preferencialmente pelo mesmo tribunal que originalmente julgou a causa. Já na terceira hipótese será examinado por um comité *ad hoc*.¹⁶

Por força do artigo 54 da Convenção de Washington os Estados contratantes reconhecem a obrigatoriedade da sentença proferida pelo tribunal arbitral constituído sob os auspícios do ICSID, assegurando a sua execução no seu território como se fosse uma decisão final emitida por um tribunal interno, independentemente de qualquer revisão ou confirmação prévia, cabendo a parte interessada fornecer ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade designada pelo Estado para este efeito apenas uma cópia da sentença devidamente autenticada pelo secretário-geral do ICSID.

O fenômeno acima descrito, denominado de reconhecimento automático, constitui uma das principais diferenças do ICSID face aos demais centros de arbitragem. Isto porque as sentenças proferidas fora dos auspícios do ICSID deverão, *a priori*, ser submetidas ao direito interno do Estado no qual se dará a execução, ficando condicionada ao cumprimento das normas legais deste país, que podem inclusive prever a reanálise do mérito discutido na sentença. Contudo, caso o país seja signatário Convenção de Nova Iorque de 1958 ele reconhecerá a sentença arbitral estrangeira como obrigatória e providenciará a sua execução de acordo com os procedimentos adotados no seu território, devendo a parte solicitante do reconhecimento e execução fornecer a sentença original autenticada ou uma cópia devidamente certificada (traduzida para a língua oficial do país), bem como o acordo escrito (ou cópia autenticada) no qual as partes se comprometeram a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que poderiam vir a surgir entre si decorrentes da relação jurídica existente.

¹⁶ Conforme relatório apresentado pelo ICSID, do total de 420 procedimentos arbitrais instaurados até o final do ano fiscal de 2014 foram proferidas 189 sentenças, havendo o pedido de 73 anulações, das quais apenas 6 foram anuladas em sua totalidade e 7 em parte.

7. As críticas imputadas ao ICSID

Primeiramente cabe ressaltar que o ICSID desde a sua criação até a década de 90 permaneceu praticamente inoperante, registrando uma quantidade escassa de processos.

A partir dessa época, com o aumento da celebração dos Bilateral Investment Treaties (BITs), é que o referido Centro ganhou notoriedade na resolução de litígios, passando a exercer uma atividade mais intensa.

Contudo, a sua massiva utilização impulsionou também o surgimento das críticas imputadas ao sistema, que florescem cada vez mais na comunidade jurídica.

Inicialmente destacamos aquela que nos parece mais fundamentada e substancialmente correta, que refere-se à problemática da confidencialidade dos procedimentos arbitrais. A presença do interesse público envolvido em tais disputas impõe a transparência do procedimento que, contudo, não é observada. Impera, em princípio, o dever de sigilo das informações, inclusive das sentenças proferidas. Contudo, nuances da transparência revelam-se em algumas hipóteses, como no dever de registro da disputa pelo ICSID, dando publicidade à existência da controvérsia, bem como na faculdade atribuída ao ICSID de publicar excertos das razões legais que fundamentaram a sentença arbitral e na possibilidade de participação de *amicus curiae*.

Imputa-se ainda a existência de uma predileção aos argumentos fornecidos pelo investidor, prejudicando os interesses dos Estados soberanos. Ainda na seara da interpretação, aponta-se que a análise de casos similares conduz a resultados completamente diversos, havendo, portanto, uma disparidade na interpretação do direito, dando origem a sentenças completamente assimétricas.

Ressalta-se também a ausência de recursos contra a sentença, havendo apenas a possibilidade de interpretação, revisão e anulação, conforme casos estritamente previstos na Convenção.

As críticas imputadas ao sistema contribuíram como base para fundamentar a denúncia da Convenção de Washington pelo governo boliviano em 2007. Assim sendo, a Bolívia tornou-se o primeiro país na história a se retirar do ICSID, seguida, posteriormente, pelo Equador e Venezuela. A Argentina também tem ameaçado a denunciar a Convenção.

As falhas atribuídas ao ICSID, juntamente com a existência de um fluxo contínuo de investimento estrangeiro independentemente da assinatura da Convenção de Washington de 1965 ou de Bilateral Investment Treaties, constituem elementos que justificam o posicionamento do governo brasileiro no sentido de rechaçar a recepção desses modelos internacionais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, incluindo a arbitragem, mantendo-se às margens destes regimes.

8. Conclusão

Conforme acima exposto, a base axiológica pregada pelo ICSID é a intensificação do fluxo de investimento estrangeiro por meio da oferta de segurança jurídica concedida através de uma resolução de conflitos despolitizada, realizada por mecanismos internacionais de arbitragem e conciliação.

A mais notável novidade introduzida pela Convenção de Washington consiste na consagração da capacidade jurídica dos indivíduos ou das empresas de processarem diretamente um Estado perante um foro internacional.

O caráter declaratório da Convenção implica na obrigatória corroboração do prévio consentimento manifestado pelo Estado – com a simples ratificação do tratado – no sentido de submeter seus litígios ao ICSID. Observando, com efeito, a natureza jurídica da arbitragem, mister se faz a declaração de vontade do investidor para a submissão da disputa ao ICSID.

O consentimento pode ser prestado de diversas maneiras. Contudo, segundo as estatísticas apresentadas os Bilateral Investment Treaties constituem os meios de outorga de competência ao ICSID que mais se destacam no atual cenário jurídico, constituindo um motor de impulsão da adoção do mecanismo arbitral.

A sentença arbitral emitida pelo ICSID é definitiva e a sua execução deve ser dar em conformidade com os procedimentos adotados para a execução de uma sentença emitida por um tribunal judicial do país na qual se pretende a sua executoriedade, constituindo uma característica própria do ICSID que inclusive incentiva a sua adoção face aos demais centros de arbitragem.

Apesar das intensas e duras críticas sofridas pelo mecanismo do ICSID – algumas nas quais inclusive concordamos com o fundamento – do total de 42 novos casos de investor-State dispute settlement (ISDS) registrados no ano de 2014, 33 foram submetidos aos auspícios do ICSID, demonstrando a sua atual hegemonia na resolução de disputas decorrentes do investimento, motivo pelo qual o seu estudo é de suma importância.

Bibliografia

Convenção de Viena de 1969.

Convenção de Washington de 1965.

CREMADES, B. M. "Third Party Funding in International Arbitration." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, 1.236 p.

Československá obchodní banka, a.s. v. Slovak Republic, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999. ICSID Case Nº. ARB/97/4.

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes 2014 annual report, consulta em agosto de 2014, disponível em https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR14_ENG.pdf

SACERDOTI, G. "Bilateral Investment Treaties Protection in Time of Economic and Financial Crisis." em CELLI JÚNIOR, U.; BASSO, M.; DO AMARAL JÚNIOR, A., Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista, Quartier Latin, 2013, 1.236 p.

SUAREZ ANZORENA, I.; PERRY, W. K. "Protecting Foreign Investments and Arbitration." Summer 2010, consulta em agosto de 2014, disponível em <http://www.chadbourne.com/files/Publication/f1898f01-febc-4fba-bb94-87ff36d1b1a2/Presentation/PublicationAttachment/8c6065d3-c22f-4a1e-a187-8c94079e98bc/IDQ-2010-03-SuarezAnzorenaPerry.pdf>

SCHREUER, C; H., "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)", consulta em agosto de 2014, disponível em http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/100_icsid_epil.pdf

SCHREUER, C. H., "The ICSID Convention: a commentary.", Cambridge University Press, 2001. 1466 p.

VICENTE, D. M., "Arbitragem de Investimento: a Convenção ICSID e os Tratados Bilaterais.", consulta em agosto de 2014, disponível em

<http://www.oa.pt/upl/%7B59b6cc48-cdbc-4836-9bab-d61fe72e9215%7D.pdf>
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, consulta em 08/10/2015.

DIA DO MAR: A GUERRA DO SALITRE E A DISPUTA DA BOLÍVIA CONTRA O CHILE POR UMA SAÍDA SOBERANA PARA O OCEANO PACÍFICO

Sea day: the War of Saltpeter and the dispute of Bolivia against Chile for a sovereign escape to the Pacific Ocean

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO¹
Universidade de São Paulo

Sumário: **1.** Introdução; **2.** Guerra do Pacífico ou Guerra do Salitre; **3.** Demanda da Bolívia contra o Chile em Haia; **4.** Mérito da demanda; **5.** Conclusão.

Resumo: A busca da Bolívia por uma saída ao mar perdida na Guerra do Pacífico (1879-83) teve mais um capítulo, agora no Tribunal de Haia. A partir da criação da Direção de Reivindicação Marítima, integrada por vários especialistas cujo trabalho era determinar: (i) qual seria o pedido; (ii) qual seria o fundamento jurídico; e (iii) qual seria o tribunal internacional a ser provocado, a Bolívia levou adiante sua pretensão de rediscutir as fronteiras da Guerra do Salitre de forma pacífica. A Bolívia embasa sua pretensão em diversos atos e em vários pronunciamentos expressados pelo Chile sobre a necessidade de se dialogar a respeito da restituição de uma saída para o Oceano Pacífico aos bolivianos em sucessivos períodos históricos, atribuindo valor jurídico a essas promessas chilenas. A tese embasa-se numa teoria ainda em construção pela doutrina e pela jurisprudência internacional: o valor jurídico dos atos unilaterais dos estados. O Objetivo deste trabalho será o de analisar a pretensão territorial dos bolivianos contra os chilenos e buscar outras saídas pacíficas para o imbróglio.

Palavras chave: Atos Unilaterais; Bolívia; Chile; Guerra do Pacífico; Oceano Pacífico.

Abstract: The quest of Bolivia for an exit to sea lost during the Pacific War (1879-83) has another chapter, now in the Hague Tribunal. From the creation of the Maritime Claim Guidance, composed by several specialists whose job was to determine: (i) what is the request; (ii) what is the legal basis; and (iii) which international tribunal would be incited, Bolivia went ahead with the proposal to discuss the Saltpeter War borders peacefully. Bolivia underpins its claim on several acts and pronouncements expressed by Chile about the need to discuss a restitution of an exit to Pacific Ocean to Bolivians in successive historical periods, giving legal status to these Chilean promises. The thesis underlies a theory in development by

¹ Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo e do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo.

the doctrine and international law: the legal value of unilateral acts of States. The aim of this study is to analyze the Bolivian territorial claim against Chilean and search for other peaceful solutions to the imbroglio.

Keywords: Unilateral Acts; Bolivia; Chile; Pacific War; Pacific Ocean.

1. Introdução

Na capa da revista argentina *La Garganta Poderosa* de 16 de dezembro de 2013, Evo Morales segura uma prancha de surf em que se lê, nas cores da bandeira de seu país, a frase "urgente, un mar para Bolivia". Nessa sessão de fotos, seguida por uma entrevista, o Presidente inaugurou mais um capítulo na já centenária disputa travada pelo país na reconquista de uma saída para o Oceano Pacífico, já que perdeu a sua como espólio territorial da Guerra do Pacífico, também chamada de Guerra do Salitre (1879-83) travada ao lado do Peru e contra o Chile. Ele busca a simpatia e o apoio da sociedade internacional no seu intento.

Para Marton (2012), se esse embate militar não pode ser considerado como o mais grandioso já ocorrido na América do Sul devido aos números da Guerra do Paraguai (1864-1870), a Guerra do Pacífico (1879-83) pode ser analisada, todavia, como o mais dramático dos enfrentamentos ocorridos no Cone Sul. Suas consequências são sentidas, ou melhor, ressentidas, até hoje, mais pelos bolivianos do que pelos peruanos, embora ambos tenham sido derrotados, em relação aos chilenos, os vencedores do embate.

Estima-se que o Produto Interno Bruto da Bolívia poderia ser até 1% maior caso o país contasse com uma saída soberana ao Oceano Pacífico. Acrescente-se a esse dado o fato de que a região perdida para o Chile na Guerra do Salitre responde pela maior porcentagem na geração do Produto Interno Bruto do país.

A recusa dos chilenos em negociar uma solução pacífica para por fim a essa disputa levou os bolivianos a apresentarem uma reclamação na Corte Internacional de Justiça de Haia.

Até se pode sugerir que a reativação deste debate se deu devido ao populismo do governo do Presidente Evo Morales na busca por um inimigo externo para escamotear os problemas internos, mas, daí a se afirmar que este é o único motivo, seria desconsiderar as feridas ainda abertas. Uma saída soberana para o Oceano Pacífico representa uma questão de orgulho e de credibilidade nacional para os bolivianos. Além disso, o controle de portos no Oceano Pacífico encerra uma posição estratégica sobre a região que pode se tornar o novo eixo econômico do mundo. Por fim, a vitória do Peru sobre o Chile numa disputa pelo mar territorial na Corte Internacional de Justiça em Haia, pendência também reflexo da Guerra do Pacífico, acrescenta mais um elemento sensível no pleito da Bolívia.

O objetivo deste trabalho é o de repensar o arcabouço teórico e histórico sobre as consequências da Guerra do Salitre de modo a tornar menos fugidias as impressões sobre como a busca da Bolívia por uma saída soberana ao Oceano Pacífico sobre o atual território do Chile está condicionada pelo direito e pela política internacional. Para isso, será investigado como se desenvolveu as linhas divisórias entre os três países no Deserto do Atacama e de que forma essa região inhóspita terminou sob o domínio chileno sob o eterno protesto dos bolivianos. Também se pretende esclarecer quais os motivos que levaram a Bolívia ao extremo de

apresentar uma ação contra o Chile na Corte Internacional de Justiça de Haia, que se declarou competente para analisar o caso no último dia 24 de setembro. Essa disputa levou os países a décadas de estranhamento mútuo, inclusive, com o rompimento das relações diplomáticas, colocando em xeque a unidade do Cone Sul.

2. Guerra do Pacífico

O domínio da Espanha sobre suas colônias na América do Sul foi caindo um a um, como as peças enfileiradas de um dominó. A Capitania Geral do Chile tornou-se independente no dia 12 de fevereiro de 1818; por sua vez, o Peru, tornou-se independente no dia 28 de julho de 1821; e a Bolívia, em derradeiro, tornou-se independente no dia 6 de agosto de 1825. Estes dois últimos países, integrantes originários do Vice-Reinado do Peru, voltaram a se unir sob uma mesma bandeira na chamada Confederação Peru-Boliviana (1836-39).

O estranhamento entre chilenos e confederados logo se deu no comércio exterior, com a Confederação Peru-Boliviana aumentando a tributação sobre o trigo do Chile e os chilenos majorando a tributação do açúcar dos confederados.

Incomodado com o tamanho do vizinho do norte e convencido de que se tratava não apenas de uma ameaça econômica, como também de uma imprudência militar desprezá-lo, o Chile, que passava por uma etapa de relativa estabilidade política e pujança econômica, declarou guerra à Confederação Peru-Boliviana no dia 21 de agosto de 1836. Esse embate bélico, que também envolveu a Argentina, incomodada com a interferência dos confederados em seus assuntos internos, encerrou-se no dia 25 de agosto de 1839. Embora não tenha levado consigo nenhum território dos confederados, os chilenos saíram como vencedores dessa conflagração, pois, além de conseguir separar a Confederação Peru-Boliviana, o país alcançou o domínio do Pacífico Sul.

Explica Marton (2012) que esse desinteresse do Chile sobre as terras da Bolívia e do Peru mudaria na década de 1840, início da exploração de um recurso abundante na região do Deserto do Atacama: o guano, excremento de aves marinhas que, pela inexistência de chuvas para removê-lo e ressecado pelo sol, formavam morros brancos em rochas perto do mar. Ainda segundo o autor, o guano tem em sua composição o nitrato de sódio, ou salitre, usado na composição de fertilizantes e na produção de explosivos. Também havia enormes reservas do produto enterradas no solo, transformando aquele local inóspito e esquecido num dos lugares mais valiosos e cobiçados do mundo.²

Eram muitas as controvérsias acerca dos reais limites entre a Bolívia, o Chile e o Peru depois da descolonização. Os historiadores ainda debatem se o território da Audiência de Charcas, como era denominado a região em que se localiza o Deserto do Atacama, estava sob a jurisdição do Vice-Reino do Peru ou do Vice-Reino da Prata. No entanto, como destaca Basadre (1964), quando da proclamação da

² A região inóspita é comumente usada por equipes de filmagem quando querem recriar o ambiente de Marte, como na série *Space Odyssey* (2004), da BBC. MARTON, F. "A incrível história de como a Bolívia perdeu metade de seu território - e sua saída para o oceano Pacífico." *Aventuras na história*, 02 de fevereiro de 2012. Acesso em: 20set. 2015. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/saiba-mais-guerra-pacifico-676070.shtml>

independência da Bolívia, Simón Bolívar deixou claro que o país tinha herdado da Espanha uma saída soberana para o Oceano Pacífico.

A importância do guano para o Chile, unido ao fato de que a Bolívia contava com uma população escassa e poucos meios para fazer valer sua autoridade sobre o chamado Departamento do Litoral levou numerosos aventureiros chilenos a se estabelecerem naquele território explorando o recurso natural sem a autorização dos bolivianos.

O Chile demonstrou interesse em estender seus domínios sobre as terras da Bolívia, levando esta a protestar formalmente contra, mas prontificando-se a resolver essa pendência territorial de forma diplomática.

O primeiro tratado entre a Bolívia e o Chile foi assinado no dia 10 de agosto de 1866, fixando o 24º paralelo, latitude sul, como fronteira e delimitando que ambos os países dividiriam a exploração das reservas de guano, dos metais e dos minerais no território compreendido entre os paralelos 23º e 25º, latitude sul. No ano seguinte se firmou um protocolo complementar ao tratado que estabeleceu a arbitragem como meio para a solução de controvérsias entre as partes.

Já o segundo tratado entre a Bolívia e o Chile foi assinado no dia 06 de agosto de 1874, cedendo os tributos sobre os produtos entre os paralelos 23º e 24º inteiramente para os bolivianos, mas fixando taxas para as companhias chilenas para os próximos 25 anos. As companhias do Chile se expandiram rapidamente, controlando a indústria mineira, deixando a Bolívia temerosa da perda de seu território.

Em 14 de fevereiro de 1878, o Congresso da Bolívia anulou o acordo que isentava de tributos a Compañia de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta, do Chile. A empresa deveria pagar 10 centavos de peso para cada 100 kg de salitre extraídos. Após sua recusa, o mesmo Congresso votou por confiscar suas propriedades, marcando o início do processo para 23 de fevereiro de 1879. No dia da execução, 200 soldados chilenos desembarcaram em Antofagasta para proteger a empresa, recebidos com festa, já que menos de 5% da população da cidade era formada por bolivianos.³

A declaração de guerra da Bolívia contra o Chile foi aprovada pelo Congresso em 27 de fevereiro de 1879, mas não foi anunciada. Em vez disso, o presidente, Hilárion Daza, preferia falar em "estado de guerra". Em 1º de março de 1879, anunciou a expulsão dos chilenos do país. Em 23 de março de 1879, 554 soldados

³ "Ainda que o Tratado de 1873 e a imposição de um tributo de 10 centavos sejam apontados como a causa da guerra, havia razões mais profundas e fundamentais que desencadearam as hostilidades em 1879. Por um lado, a força, o prestígio e a relativa estabilidade do Chile em comparação com o declínio econômico e a instabilidade política que caracterizou o Peru e a Bolívia após a independência. Por outro lado, estava em curso uma luta pela hegemonia econômica e política na região, complicada ainda mais por uma profunda antipatia entre o Chile e o Peru. Nesse ambiente, a indefinição das fronteiras entre os três países, somado à descoberta de valiosos depósitos de guano e nitrato nos territórios disputados se combinaram para produzir um conflito de dimensões insuperáveis." ST JOHN, R. B.; SCHOFIELD, C. H. "The Bolivia-Chile-Peru dispute in the Atacama Desert." International Boundaries Research Unit, Dept. of Geography, University of Durham, 1994, p. 12-13. Tradução livre.

do Chile avançaram pelo deserto, rumo à cidade de Calama. Lá enfrentaram e massacraram 135 civis e soldados bolivianos, comandados pelo engenheiro Eduardo Albaroa que, como explica Marton (2012) se tornou o mártir do Dia do Mar e herói na Bolívia.

Frente ao desenvolvimento econômico e estabilidade do Chile, o Peru sentiu ameaçada a sua supremacia sobre a costa do Oceano Pacífico e firmou um tratado secreto com a Bolívia no dia 06 de fevereiro de 1873, com o declarado intuito de proteger a integridade e a soberania dos países signatários. Temerosos com os possíveis resultados de uma guerra, os peruanos tentaram sediar um encontro de paz em seu país, mas os chilenos, tomando conhecimento do acordo de defesa firmado com os bolivianos, preferiu declarar guerra a ambos os países em 4 de abril de 1879.⁴

Em 23 de outubro de 1880, numa conferência mediada pelos Estados Unidos da América a bordo do navio USS Lackawanna, em Arica, no Peru, tentou-se uma solução de paz sem resultados.⁵

O Tratado de Ancón, assinado em 20 de outubro de 1883 encerrou as hostilidades entre o Chile e o Peru. Tarapacá foi cedida em definitivo e as Províncias de Arica e de Tacna ficariam sob o domínio chileno por 10 anos quando poderiam voltar ao controle peruano por meio de um plebiscito que decidiria o destino dessas regiões. Essa escolha, contudo, nunca foi feita pela população, pois, o Tratado de Lima, assinado em 03 de junho de 1929 definiu que grande parte da Província de Tacna fosse devolvida ao Peru enquanto que Arica ficaria em definitivo com o Chile.

A Bolívia assinou o Pacto de Trégua com o Chile em 04 de abril de 1884, cedendo Antofagasta. E, por meio da assinatura do Tratado de Paz e de Amizade, em 20 de outubro de 1904, os bolivianos cederam todo seu litoral em troca de livre acesso ao porto de Arica e a construção da Ferrovia Arica-La Paz.

3. A demanda da Bolívia contra o Chile em Haia

No dia 23 de março de 2011, o Presidente da Bolívia Evo Morales anunciou a decisão de buscar uma solução pacífica para a disputa com o Chile por uma saída para o Oceano Pacífico num tribunal internacional com competência jurisdicional para solucionar o conflito. Nesse intuito foi criada a Direção de Reivindicação Marítima (Diremar), integrada por profissionais nacionais e estrangeiros especialistas em diferentes matérias cujo trabalho era determinar: (i) qual seria o pedido; (ii) qual seria o fundamento jurídico; e (iii) qual seria o tribunal internacional a ser provocado.

Segundo o relato de Longaric Rodríguez (2015), a primeira providência tomada foi a adesão ao Tratado Americano de Soluções Pacíficas de Conflitos entre

⁴ "Um dos motivos para o Peru ter firmado o tratado, além de proteger suas salitreiras, era o temor de que a Bolívia se unisse ao Chile, que ocuparia Tacna e Arica. Os chilenos entregariam esses territórios aos bolivianos em troca de Antofagasta." BASADRE GROHMANN, J. "Historia de La República del Peru: La guerra con Chile." Lima: Peruamerica, 1964. Tradução livre.

⁵ "Washington tinha interferido em uma disputa sem ter uma proposta realista: o desejo moralizante dos EUA tinha um ar de hipocrisia à luz de sua própria história, e ameaças veladas não eram plausíveis." LEHMAN, K. D. "Bolivia and the United States: a limited partnership." University of Georgia Press, 1999, p. 28. Tradução Livre.

os Estados, também chamado de Pacto de Bogotá, assinado no dia 30 de abril de 1948. Os bolivianos depositaram o instrumento de ratificação na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) no dia 10 de junho de 2011. Os chilenos já haviam cumprido esse rito no dia 21 de agosto de 1967.

A princípio, a Bolívia pretendia questionar os termos do Tratado de Paz e de Amizade assinado no dia 20 de outubro de 1904 que pôs termo ao estado de beligerância com o Chile instalado a partir da Guerra do Pacífico. O Artigo VI do Tratado Americano de Soluções Pacíficas de Conflitos entre os Estados estabelecia, contudo, sua inaplicabilidade a assuntos regidos por acordos celebrados antes de sua vigência.⁶

Para tentar resolver esse problema, a ratificação do Pacto de Bogotá pelos bolivianos foi acompanhada de uma reserva ao Artigo VI por constituir este uma limitação às suas pretensões para qualquer demanda relacionada ao Tratado de Paz e de Amizade de 20 de outubro de 1904, assinado com os chilenos, manifestando-se no sentido de que os procedimentos pacíficos de resolução de conflitos também poderiam ser sim aplicados a controvérsias advindas de arranjos anteriores ao Tratado Americano de Soluções Pacíficas de Conflitos entre os Estados.

Por sua vez, o Chile, quando ratificou o Pacto de Bogotá manifestou-se no sentido de que o uso de reservas, especialmente em relação ao Artigo VI, deveria reger-se pelo princípio da reciprocidade, assim, devido à restrição apresentada pela Bolívia, o Tratado Americano de Soluções Pacíficas de Conflitos entre os Estados não poderia ser aplicado a disputas que envolvessem os dois vizinhos.

Diante da possibilidade de que a Corte Internacional de Justiça se declarasse incompetente para conhecer uma demanda contra os chilenos que versasse sobre o Tratado de Paz e de Amizade de 1904, os bolivianos retiraram sua reserva ao Artigo VI do Pacto de Bogotá, ratificando o acordo em sua totalidade. Se por um lado o ato levou ao reconhecimento por parte da Bolívia de que a CIJ é incompetente para julgar uma disputa contra o Chile em relação ao Tratado de Paz e de amizade de 1904, por outro lado garantiu a possibilidade de que outra causa de pedir embasada num fundamento jurídico diverso pudesse ser analisada pela Corte Internacional de Justiça.

Uma alternativa também aventada pelos bolivianos para terem suas pretensões contra os chilenos apresentadas numa jurisdição internacional seria a arbitragem, apoiada no Protocolo de Substituição de Árbitro firmado no dia 16 de abril de 1907 que, por conta da negativa do Kaiser Guilherme II da Alemanha, apontado inicialmente no Artigo XII do Tratado de Paz e de Amizade de 1904 como árbitro para as divergências que fossem suscitadas por interpretação ou execução do acordo, o substituiu pela Corte Permanente de Arbitragem de Haia, de conformidade com o disposto no art. 26 da Convenção para a Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais assinada em 29 de julho de 1889.

⁶ ARTICULO VI. Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto. TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACIFICAS "PACTO DE BOGOTÁ" **Suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>. Acesso em 20 set. 2015.**

O problema dessa via é a assinatura do compromisso arbitral, instrumento em que as partes determinam em comum acordo a lide a ser resolvida, tratando-se de um requisito essencial para se iniciar o processo de arbitragem. Diante disso, surge a dúvida se o Chile aceitaria assinar esse termo que permitiria a Bolívia interpor uma demanda em conformidade com o acordado no Protocolo de Substituição de Árbitro firmado no dia 16 de abril de 1907.

Mesmo que os chilenos aceitassem firmar o compromisso arbitral para dar aos bolivianos a possibilidade de interpor a disputa à arbitragem, esta ação somente poderia versar sobre a interpretação ou a execução do Tratado de Paz e de Amizade de 1904, excluindo qualquer outra hipótese temática. Desse modo, a sentença arbitral emitida pela Corte Permanente de Arbitragem de Haia não analisaria a pretensão da Bolívia contra o Chile sobre a perda territorial que lhe dava acesso ao Oceano Pacífico.

Após avaliar as alternativas apresentadas pela Direção de Reivindicação Marítima, no dia 24 de abril de 2013, os bolivianos apresentaram a sua demanda contra os chilenos na Corte Internacional de Justiça sem mencionar o Tratado de Paz e de Amizade de 1904, embasando suas pretensões na força vinculante de diversos atos e em vários pronunciamentos externados pelo Chile sobre a necessidade de se dialogar a respeito da restituição de uma saída para o Oceano Pacífico à Bolívia em sucessivos períodos históricos, atribuindo valor jurídico a essas promessas. A tese se embasa numa teoria ainda em construção pela doutrina e pela jurisprudência internacional.

Em tempo, no dia 24 de setembro de 2015, a Corte Internacional de Justiça rechaçou a legação do Chile contra a demanda da Bolívia e declarou-se competente para analisar histórica a pendência.

4. O mérito da demanda

Destaca Longaric Rodríguez (2015) que a ação dos bolivianos na Corte Internacional de Justiça contra os chilenos se funda no valor jurídico dos atos unilaterais dos estados. Essa teoria, objeto de análise e de sistematização legislativa da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, é reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacional, indicando que os atos unilaterais dos estados realizados por prepostos autorizados para atuar em seu nome podem vincular direitos a terceiros devido às expectativas criadas por ele.

Aplica-se o princípio pelo qual um estado não poderia voltar atrás em relação a uma declaração de vontade claramente afirmada. As promessas de ação ou de abstenção são declarações emanadas da vontade estatal e que se revestem de caráter obrigatório.

Nessa esteira, a Bolívia alega que os pronunciamentos feitos pelo Chile reconhecendo a importância de uma negociação que ponha termo aos reclamos do país vizinho quanto à saída para o Oceano Pacífico constituem atos unilaterais geradores de efeitos jurídicos vinculantes que deveriam ser reconhecidos pela Corte Internacional de Justiça.

Brotons (1997, p. 176-8) explica que, em certas condições, os atos unilaterais dos estados, a exemplo de declarações escritas ou verbais, exaradas por representantes devidamente constituídos em determinadas situações de fato e de direito produzem, por si só e sem a necessidade do concurso da vontade de outros

sujeitos, o efeito de gerar direitos e obrigações. Nessa direção, e ainda na explicação do autor, o fundamento do reconhecimento dos efeitos jurídicos aos atos unilaterais se embasa no princípio da boa-fé que rege as relações internacionais.

Sorensen (2012, p. 182-3), por sua vez, constata que aquilo que parece um ato unilateral de um estado pode, na verdade, ser apenas uma das etapas de um processo de negociação e de celebração de um acordo que pode não atingir bom termo. Nesse sentido, e ainda na lição do autor, não restam dúvidas de que os atos unilaterais regidos pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 23 de maio de 1969, estarão excluídos da categoria de vinculantes, exatamente por serem atos preparativos a um acordo.

Mesmo não havendo uma classificação formal dos atos unilaterais com efeitos jurídicos, Verdross (1976, p. 141-3) destaca que a doutrina parece concordar com a enumeração de algumas ações estatais, a exemplo da promessa, do reconhecimento, da renúncia, da aceitação, dentre outros. Existe, contudo, ainda na lição do autor, uma diversidade de atos unilaterais que, por suas particularidades próprias, tornam complexo o estudo do tema, ainda mais quando se tenta enumerá-los em regras comuns ou ainda estabelecer requisitos que permitam classificá-los ou determinar seu alcance jurídico vinculante.

Verdross (1976, p. 143) ensina ainda que já foi realizada uma depuração de determinados atos unilaterais que não entram na classificação daqueles que surtem efeitos jurídicos vinculantes a terceiros. Nega-se essa capacidade, por exemplo, a atos unilaterais estatais estritamente políticos, mas essa posição gera dúvidas, como ele mesmo sublinha, se a análise partir da premissa de que tudo que se vincula ao estado é político.

Os tribunais internacionais de justiça, por sua vez, contam com importantes julgados cuja decisão foi embasada na lógica do valor jurídico dos atos unilaterais dos estados.

A Corte Permanente de Justiça Internacional concluiu, em 1933 que a Noruega, baseado na declaração feita pelo seu Ministro de Relações Exteriores, Nils Claus Ihlen (1855-1925) durante as negociações do Tratado de Versalhes, no dia 22 de julho de 1919, não poderia impor dificuldades à Dinamarca quanto à sua soberania sobre o território da Groelândia. O Tribunal interpretou que a declaração do Ministro era juridicamente vinculante por constituir uma promessa, quiçá um reconhecimento e, de toda a forma, era uma declaração, um ato unilateral de natureza jurídica.

Nesse mesmo sentido, os atos unilaterais foram discutidos nas decisões da Corte Internacional de Justiça em 1974 sobre os testes nucleares, quando a Nova Zelândia e a Austrália solicitaram ao Tribunal que determinasse a ilegalidade e que decretasse o fim dos testes nucleares da França no Oceano Pacífico. A Corte Internacional de Justiça concluiu então que as declarações das autoridades francesas eram vinculantes juridicamente e que não restava dúvidas quanto à capacidade destes prepostos para obrigar ou comprometer o estado com suas declarações em suas relações internacionais.

5. Conclusão

A Bolívia celebra um feriado chamado o Dia do Mar. É uma homenagem ao primeiro enfrentamento na Guerra do Pacífico. Em 23 de março de 1879, 554 soldados do Chile avançaram pelo deserto, rumo à cidade de Calama. Lá

enfrentaram e massacraram 135 civis e soldados bolivianos, comandados pelo engenheiro Eduardo Albaroa. Adultos e crianças se vestem de marinheiros ou usam fantasias com chapéu de barco, ondas ou qualquer outro tema "oceânico" e desfilam rumo à Plaza Eduardo Albaroa. Também usam roupas de soldado ou os trajes tradicionais dos povos de língua quéchua e aimará, etnias da maioria da população do país. O presidente em exercício faz um discurso. Acontecem salvas de canhões e paradas militares, inclusive da Marinha.

A demanda da Bolívia contra o Chile tem seu sustento na obrigatoriedade dos atos unilaterais internacionais dos estados. A ausência de direito positivo na matéria e a falta de uniformidade na jurisprudência e na doutrina expõem a fragilidade daqueles casos fáticos que pretendem alcançar esta configuração jurídica que ainda está em processo de construção. A análise do tema é complexa e qualquer aporte realizado é valioso e se constitui numa fonte de estudo para a codificação deste instituto que deve ser precisado coerentemente de modo que sua aplicação não seja incongruente.

Alguns requisitos são apontados por Longaric Rodríguez (2015) como essenciais na definição dos atos unilaterais internacionais com efeitos vinculantes: deve ser realizado com a intenção de gerar efeitos jurídicos; deve ser realizado por um representante autorizado e de forma autônoma livre de vícios do consentimento; deve produzir efeitos jurídicos a terceiros no âmbito internacional; deve estar desvinculado de outros regimes de direito internacional; deve ser relevante diante do direito internacional; deve ser público e alcançar notoriedade; deve o objeto ser lícito e possível.

O veredito da Corte Internacional de Justiça pode ter consequências na liberdade dos estados para participar de negociações diplomáticas. O receio de que a outra parte argumente mais tarde que devido às conversas anteriores haveria uma obrigação legalmente vinculante pode sim ser um entrave às relações internacionais. Mas isso não significa que a Bolívia esteja errada em seu pleito contra o Chile.

Os repetidos oferecimentos chilenos de negociar uma saída ao Oceano Pacífico com os bolivianos, especialmente durante o governo de Salvador Allende (1970-73) devem culminar numa negociação sobre a matéria aceitável e conveniente entre as partes, não necessariamente numa cessão, como decidiu a Corte Internacional de Justiça por 14 votos a 2 no dia 24 de setembro último.

Bibliografia

DEMANDA de Bolivia contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia. Especial de página siete, 27 abr. 2013.

DISCURSO del Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Sr. Evo Morales Ayma, durante la 13ª sesión plenaria del Sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU (21 de septiembre de 2011).

Doc. **ONU** **A/66/PV.13.** Disponível em: <http://gadebate.un.org/66/boliviaplurinational-state>. Acesso em: 20 set. 2015.

Discurso del Presidente de la República de Chile, Sr. Sebastián Piñera Echeñique, durante la 15ª sesión plenaria del Sexagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General de la ONU (22 de septiembre de 2011), **Doc. ONU A/66/PV.15**. Disponível em: <http://gadebate.un.org/66/chile>. Acesso em: 20 set. 2015.

LONGARIC RODRÍGUEZ, K. Análisis jurídico sobre la demanda presentada por bolivia ante el tribunal de justicia internacional de la Haya. **Prisma**. Disponível em: <http://www.institutoprisma.org>. Acesso em: 20 set. 2015.

MARTON, F. A incrível história de como a Bolívia perdeu metade de seu território - e sua saída para o oceano Pacífico. **Aventuras na história**, 02 de fevereiro de 2012. Acesso em: 20set. 2015. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/saiba-mais-guerra-pacifico-676070.shtml>.

BASADRE GROHMANN, J. **Historia de La República del Peru**: La guerra com Chile. Lima: Peruamerica, 1964.

LEHMAN, K. D. **Bolivia and the United States**: a limited partnership. University of Georgia Press, 1999.

REMIRO BROTONS, A. **Derecho Internacional**. McGraw-Hill: Madrid 1997.

SORENSEN, M. **Manual de Derecho Internacional Público**. Fondo de cultura Económica, 2012.

ST JOHN, R. B.; SCHOFIELD, C. H. The Bolivia-Chile-Peru dispute in the Atacama Desert. International Boundaries Research **Unit, Dept. of Geography**, University of Durham, 1994.

TRATADO AMERICANO DE SOLUCIONES PACIFICAS "PACTO DE BOGOTÁ" **Suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-42.html>. Acesso em 20 set. 2015.**

VERDROSS, A. **Derecho Internacional Público**. Biblioteca Jurídica Aguilar, 1976.

ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS: ENTRE A CONVENÇÃO DE HAIA E O REGULAMENTO BRUXELAS II BIS

The Civil Aspects of International Child Abduction: between the Hague Convention and the Regulation Brussels II *bis*

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES¹
Universidade do Minho

Sumário: 1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças; 2. Âmbito de aplicação da Convenção de Haia; 3. A prioridade da decisão de retorno da criança; 4. Excepções que fundamentam a decisão de retenção; 5. Fragilidades da Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II *bis*; 6. Conclusões.

Resumo: A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças foi elaborada com o objectivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação. As soluções da Convenção de Haia foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícita e para impedir que a pessoa, geralmente o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada. É uma das convenções com maior sucesso da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, estando em vigor actualmente em noventa e quatro Estados, por isso, em primeiro lugar, é objectivo deste trabalho explicar o sistema instituído pela Convenção de Haia. Em segundo lugar, serão identificadas as soluções encontradas pelo Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*) para aperfeiçoar o regime da Convenção de Haia.

Palavras chave: rapto internacional de crianças, deslocação ou retenção ilícitas de crianças, Convenção de Haia de 1980, Regulamento n.º 2201/2003, Regulamento Bruxelas II *bis*.

Abstract: The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction was drawn up in order to protect or mitigate the effects of the wrongful removal or retention of children across borders, aiming to ensure a speedy return of the child to the country of its habitual residence before the removal. The Hague

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho

Convention solutions were designed for the prompt return of the child to its social and family environment of origin in the event of wrongful removal or retention and to prevent that a person, usually the father or mother, who moved the child to another country, can get an administrative or judicial decision in the latter country that legitimizes the factual situation that was created. It is one of the most successful conventions of the Hague Conference on Private International Law and it is currently in force in ninety-four States. The first objective of this study is to explain the legal framework established by the Hague Convention. Secondly, it will be identified the solutions found by the Regulation No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (Brussels II *bis*) to improve the Hague Convention solutions.

Keywords: international child abduction, unlawful removal or retention of children, Hague Convention of 1980, Regulation No 2201/2003, Regulation Brussels II *bis*.

1. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças

A deslocação ou retenção ilícitas de crianças são reguladas internacionalmente pela Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia).

A Convenção de Haia foi elaborada com o objectivo de proteger ou atenuar os efeitos da deslocação ou retenção ilícita através de fronteiras para as crianças, procurando garantir o regresso célere da criança ao país da sua residência habitual antes da deslocação, através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais. As soluções da Convenção de Haia foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícita e para impedir que a pessoa, geralmente o pai ou a mãe, que deslocou a criança para outro país, consiga obter uma decisão administrativa ou judicial neste último país que legitime a situação factual que foi criada². Como é referido no Relatório Explicativo da Convenção, tem-se em conta que nestas situações são criados vínculos de jurisdição artificiais com o país para onde a criança foi deslocada, pelo progenitor que teve a conduta de deslocação ilícita e que, em princípio, irá escolher um foro que seja mais favorável às suas pretensões³. Ora, é esta manipulação do foro competente e da lei aplicável em resultado de um comportamento ilícito, para favorecer os interesses individuais da pessoa que teve um comportamento ilícito, que o sistema instituído pela Convenção visa acautelar.

Assim sendo, é estabelecido no art. 1º que o objecto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efectivamente os direitos de custódia e de visita existentes no Estados Contratantes. Todavia, subjacente a este objectivo encontra-se um fim superior de protecção dos interesses da criança, de acordo com o estabelecido no preâmbulo da Convenção de Haia. A este respeito interessa acentuar a alteração da visão jurídica em relação à criança que se verificou no plano internacional, constituindo uma

² PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", P. 17.

³ *Idem, ibidem*.

manifestação desta mudança a Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, que prevê um estatuto jurídico de protecção mais amplo da criança relativamente aos textos convencionais anteriores e traduz uma alteração da concepção da criança como objeto de protecção para uma concepção da criança como sujeito titular de direitos⁴. Esta alteração está também reflectida na Recomendação 874 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, onde se estabelece que a criança não deve mais ser encarada como propriedade dos pais, mas reconhecida como um indivíduo com direitos e necessidades⁵. Isto mesmo é reconhecido no Relatório Explicativo da Convenção de Haia, que citando o Dyer Report, refere que «(...) the true victim of the 'childnapping' is the child himself, who suffers from the sudden upsetting of his stability, the traumatic loss of contact with the parent who has been in charge of his upbringing, the uncertainty and frustration which come with the necessity to adapt to a strange language, unfamiliar cultural conditions and unknown teachers and relatives»⁶. É considerado, então, no superior interesse da criança o regresso da mesma ao seu meio social e familiar de origem e o respeito pelos direitos de custódia e de visita que permitam que a criança tenha relações familiares estáveis e equilibradas de forma a garantir um desenvolvimento saudável⁷.

Como referimos o princípio do superior interesse da criança é um dos princípios inspiradores da Convenção de Haia, mas também é um dos quatro princípios gerais e estruturais da Convenção sobre os Direitos da Criança⁸, onde se estabelece no seu art. 3º, n.º 1, que as decisões que dizem respeito à criança devem ter prioritariamente em conta o interesse superior da criança. Este princípio deve ser entendido no sentido de que as decisões referentes à criança devem garantir o desenvolvimento da sua integridade física, psicológica, moral e espiritual, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este é um princípio nuclear da Constituição da República Portuguesa, previsto no seu art. 1º, e que resulta também do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O princípio do superior interesse da criança é entendido como um princípio abrangente onde radicam todos os direitos fundamentais, uma vez que «(...) visa conferir uma carácter preferencial e polarizador, um estatuto prioritário, à pessoa humana (e à sua "autonomia ética") em face de fins económicos, sociais, políticos ou de outra

⁴ Partilhando desta ideia, v. ALVES, J.A.L., "Relações Internacionais e Temas Sociais, A Década das Conferências", Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, 2001, P. 48-49; GONÇALVES, A.S.S., "Reflexos do princípio do superior interesse da criança no Direito da União Europeia", no prelo; SOTTOMAYOR, C., "Temas de Direito das Crianças", Almedina, Coimbra, 2014, P. 17.

⁵ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE CONCIL OF EUROPE, "Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child", Text adopted by the Assembly on 4 October 1979.

⁶ DYER, A., "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent", Doc. Prél. No 1, August 1977, P. 18-25, *apud* PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", P. 20.

⁷ Neste sentido, PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 20.

⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, "General comment no. 5, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)", 2003, §12-15, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014; *idem*, "General comment No. 12, The right of the child to be heard", 2009, P. 5, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014.

natureza ainda que também merecedores de tutela»⁹. Na doutrina portuguesa, tem sido definido como «um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, e que goza de uma força apelativa e humanitária, chamando a atenção para a criança como pessoa e para os seus direitos»¹⁰. Estamos, portanto, perante um conceito indeterminado, a ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto e das especificidades da situação da criança em causa nas decisões referentes a uma criança, ou as circunstâncias particulares de um grupo ou das crianças em geral em relação a outro tipo de decisões¹¹. São estas circunstâncias do caso concreto que justificam as excepções previstas na Convenção de Haia ao dever de assegurar o regresso imediato da criança.

2. Âmbito de aplicação da Convenção de Haia

A Convenção de Haia visa promover o regresso imediato da criança em situações de deslocação ilícita [art. 1º, al. a)]. A deslocação ilícita abrange aquelas situações em que há uma deslocação ilícita de criança para outros Estados, em violação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efectivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou o devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b)]. São equiparadas a estas situações, e consequentemente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção de Haia, quando, após uma autorização da pessoa que exerce o direito de custódia ou de guarda para que a criança se desloque ao estrangeiro, se verifique uma recusa em devolver a criança ao seu país de origem¹². O direito de custódia é definido no art. 5º, n.º 1, como aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência¹³. Este direito resulta de atribuição de pleno direito ou acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual da criança antes da sua deslocação (art. 3º *in fine*), não sendo a sua atribuição objecto da Convenção de Haia¹⁴.

A Convenção visa também o respeito efectivo dos direitos de visita existentes num Estado Contratante nos outros Estados Contratantes [art. 1º, al. b)],

⁹ MIRANDA, J./MEDEIROS, R., "Constituição Portuguesa Anotada", 2.ª Ed., Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, P. 86

¹⁰ Assim nas palavras de SOTTOMAYOR, C., "O Direito das Crianças", Cit., p. 50. Cfr. SOTTOMAYOR, C., "Regulação do exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio", 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, P. 40 e segs; *idem*, "O direito das afetos e o direito das crianças", in SOTTOMAYOR, C., Temas de Direito das Crianças, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 313-319.

¹¹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, "General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)", 2013, P. 9, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2014.

¹² Assim, de acordo com o relatório explicativo da referida Convenção: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 16.

¹³ Caso a criança, apesar de ser menor, tenha o direito de determinar o seu lugar de residência, é esclarecido pelo Relatório Explicativo que o direito de custódia terá de ser determinado no contexto dos outros direitos relativamente à criança: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 40.

¹⁴ Como se pode ler no Relatório Explicativo: *idem, ibidem*, P. 18.

abarcando este o direito de levar uma criança para um lugar diferente da sua residência habitual durante um breve período [art. 5º, al. b)], incluindo para outros países.

Quanto ao seu âmbito de aplicação espacial, a Convenção de Haia aplica-se a crianças com residência habitual num Estado Contratante antes da violação do direito de custódia ou de visita, cessando a sua aplicação quando a criança atinge a idade de 16 anos (art. 4º).

A Convenção de Haia aplica-se em Portugal (desde 1 de Dezembro de 1983)¹⁵, no Brasil (desde 1 de Janeiro de 2000)¹⁶, em Espanha (desde 1 de Setembro de 1987), na Argentina (desde 1 de Junho de 1991), no Chile (desde 1 de Maio de 1994), no Perú (desde 1 de Agosto de 2001), no Paraguai (desde 1 de Agosto de 1998), na Venezuela (desde 1 de Janeiro de 1997), entre outros¹⁷. Na realidade, está em causa uma das convenções com maior sucesso da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, estando em vigor actualmente em noventa e quatro Estados¹⁸.

3. A prioridade da decisão de retorno da criança

Como referimos um dos objectivos da Convenção de Haia é, em caso de deslocação ou retenção ilícitas, promover o regresso imediato da criança ao meio familiar e social de onde foi retirada. Para a concretização deste objectivo, as autoridades centrais instituídas pela Convenção desempenham um papel essencial.

Cada Estado Contratante designará uma autoridade central (art. 6) que terá uma dupla função com o objectivo final de assegurar o regresso imediato da criança: a de cooperar com as entidades centrais dos outros países; mas também a de coordenar as autoridades dos próprios Estados (art. 7º)¹⁹. No art. 7 encontramos elencadas um conjunto de tarefas a cargo das autoridades centrais, a serem prosseguidas, de acordo com a letra da norma, pelas medidas mais apropriadas. A flexibilidade da expressão adoptada quanto às medidas a levar a cabo pela autoridade central para o desempenho das suas funções teve como objectivo a fácil adaptação ao direito interno de cada um dos Estados Contratantes²⁰. A lista de tarefas enumerada no art. 7º é meramente exemplificativa²¹ e a capacidade de cada autoridade central para as desempenhar variará de Estado para Estado, em função da ordem jurídica local, como resulta da forma flexível como aquelas estão enunciadas. Assim, competirá à autoridade central: localizar a criança; evitar a

¹⁵ Aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11.05 (DR, I Série, n.º 108, de 11.05.83).

¹⁶ De acordo com o Decreto nº 3.413, de 14 de Abril de 2000, que Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

¹⁷ De acordo com os dados da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, consultados em www.hcch.net, em 9.10.2015.

¹⁸ De acordo com a informação da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: www.hcch.net, em 9.10.2015.

¹⁹ Em Portugal, a autoridade central é Direcção-Geral de Reinserção Social; no Brasil, a autoridade central é a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República.

²⁰ Assim, se pode ler no Relatório Explicativo: PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 41.

²¹ *Idem, ibidem*.

aumento dos danos provocados à criança ou às partes interessadas pela promoção de providências cautelares; procurar uma solução amigável ou o regresso voluntário da criança; caso seja útil, trocar informações relativas à situação social da criança; disponibilizar informações em relação ao direito do seu Estado no âmbito de aplicação da Convenção; caso seja necessário para obter uma decisão de regresso, deve iniciar ou facilitar a abertura de um procedimento judicial ou administrativo com esse fim; facilitar ou aconselhar a obtenção de assistência judiciária; garantir o regresso sem perigo da criança, acautelando todas as medidas administrativas necessárias; trocar informações com as outras autoridades centrais para eliminar os obstáculos à aplicação da Convenção.

De acordo com o art. 8º, qualquer pessoa, instituição ou organismo pode pedir assistência em caso de deslocação ou retenção ilícitas à autoridade central do Estado da residência habitual da criança ou de outro Estado Contratante com vista ao regresso da criança, pedido que deve ser instruindo com os elementos elencados naquela disposição legal, referentes a dados sobre a criança, o requerente, a pessoa com a qual se presume que a criança esteja, os fundamentos legais e factuais para exigir o regresso da criança, ajudando também a localização da criança, entre outros documentos que possam ser considerados úteis. Note-se que, nos termos do art. 29º da Convenção, nada impede que a pessoa, instituição ou organismo que vem invocar a deslocação ou retenção ilícita de crianças se dirija directamente às autoridades judiciais ou administrativas de um dos Estados Contratantes. Assim, poderá fazer o pedido de acordo com a Convenção de Haia ou de acordo com o direito interno desse Estado, caso este o permita. Nesta última situação não serão aplicáveis as disposições da Convenção de Haia.

Caso a autoridade central considere que há indícios da presença da criança em outro Estado Contratante, deve transmitir o pedido de assistência à autoridade central desse Estado, informando subsequentemente o requerente ou, no caso de o pedido ter sido transmitido para uma autoridade central de um terceiro Estado, a autoridade central requerente (art. 9º). Pelo contrário, se a autoridade central considerar que o pedido não tem fundamento, ou que as condições estabelecidas na Convenção não estão preenchidas, não é obrigada a receber o pedido, devendo informar fundamentadamente o requerente ou a entidade central que remeteu o pedido (art. 27º). O art. 10º estabelece ainda o dever da autoridade central do Estado onde a criança se encontra promover as medidas mais apropriadas para assegurar o regresso da criança.

Estabelece o art. 11º da Convenção de Haia, reiterando o determinado pelo art. 2º, que as autoridades judiciais ou administrativas dos Estados devem adoptar procedimentos de urgência para garantir o regresso da criança. Nos termos do art. 15º, antes de ordenar o regresso da criança, estas autoridades judiciais e administrativas podem pedir a apresentação pelo requerente de uma decisão ou de um atestado passado pelas autoridades do Estado da residência habitual da criança que comprove a ilicitude da deslocação ou retenção. Para este efeito, o requerente conta com o auxílio da autoridade central, caso seja possível. Aquelas autoridades judiciais e administrativas podem também tomar conhecimento directo do direito do Estado da residência habitual da criança, sem recorrer a procedimentos específicos para provar o seu conteúdo (art. 14º). Da mesma forma, podem tomar conhecimento directo das decisões judiciais ou administrativas, reconhecidas ou não, no Estado da residência habitual da criança, sem ter de recorrer a

procedimentos específicos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras (art. 14º). O 2º § do art. 11º fixa ainda um prazo indicativo de seis semanas a contar da data da participação, findo o qual o requeute ou a autoridade central do Estado requerido pode solicitar uma declaração sobre as razões da demora na promoção do regresso da criança, seja por sua iniciativa ou a pedido da autoridade central do Estado requerente²².

Em caso de deslocação ou de retenção ilícitas de criança e se tiver decorrido menos de um ano entre a data da deslocação ou da retenção ilícitas e o início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontra, aquela autoridade deve ordenar o regresso imediato da criança (art. 12º, 1º §). Da mesma forma, caso já tenha decorrido este prazo de um ano, a referida autoridade judicial ou administrativa deve ordenar o regresso da criança. Todavia, neste último caso, a Convenção permite a emissão de uma decisão de retenção da criança se for provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente. Se a decisão de regresso imediato da criança ao seu ambiente social e familiar de origem se justifica em função do seu superior interesse, este também é o fundamento de uma decisão de retenção, caso a criança já esteja integrada num novo ambiente.

Várias dúvidas se podem colocar relativamente ao art. 12º da Convenção de Haia, sendo uma delas relativamente aos limites temporais que balizam este prazo de um ano. De acordo com o Relatório Explicativo, a data da deslocação ou retenção ilícitas deve ser considerada a data em que a criança deveria ter sido devolvida aos detentores do direito de custódia ou guarda ou a data em que o detentor deste direito recusou conceder uma extensão do prazo em que a criança estaria fora do seu país de residência²³. Já o *terminus ad quem* será determinado pela data do início do processo, para evitar que expedientes processuais dilatórios ao longo do mesmo tenham influência na decisão de retorno da criança. Outra questão relaciona-se com a forma como deve ser provado que a criança já está integrada no seu novo ambiente. Uma vez que nada é dito pela Convenção, admite-se ficar ao poder discricionário das autoridades competentes a formação do juízo da integração da criança, a partir das provas aduzidas pelas partes²⁴. Por fim, a disposição legal também não diz claramente a que país a criança deve regressar. Ainda que em situações normais seja natural que a criança regresse ao país da sua residência habitual antes da deslocação ou retenção ilícita, que constitui o seu meio social e familiar de origem, lendo o Relatório Explicativo apercebemo-nos que este silêncio da Convenção significa que a criança deve regressar ao lugar onde estiver aquele que requereu o regresso, mesmo que entretanto este tenha alterado o seu local de residência habitual²⁵. Esta solução visa, então, obviar aos problemas que se poderiam colocar na situação enunciada e parte, em nossa opinião, da ideia que o meio familiar da criança não é um local físico, mas o local de afectos onde se encontra a família.

²² Devendo depois transmitir esta informação à autoridade central do Estado requerente ou ao próprio requerente.

²³ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 46-47.

²⁴ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 47.

²⁵ *Idem, ibidem*.

Por fim, o art. 18º da Convenção de Haia autoriza as autoridades judiciais e administrativas a ordenar o regresso da criança a qualquer momento, com base em outras normas que fundamentem esta decisão.

4. Excepções que fundamentam a decisão de retenção

A Convenção de Haia prevê excepções à decisão de regresso da criança, além daquela já referida no art. 12º, em nome do superior interesse da criança. Sendo situações excepcionais, uma vez que constituem desvios ao sistema da Convenção, que se baseiam na confiança mútua entre os Estados Contratantes e que visa o regresso imediato da criança como a melhor opção no próprio interesse desta, aquelas excepções devem ser interpretadas de forma restritiva²⁶.

De acordo com o art. 13º, al. a), da Convenção de Haia, pode constituir fundamento de uma decisão de retenção a prova por parte de quem se opõe ao regresso da criança de que a pessoa, instituição ou organismo que tenha a seu cuidado a criança não exercia efectivamente o direito de guarda ao tempo da deslocação da criança, ou que tenha posteriormente consentido posteriormente com a deslocação. Esta al. a) prevê duas hipóteses em que se põe em causa a existência de uma deslocação ou retenção ilícita da criança: ou a pessoa que pede o retorno da criança não exercia efectivamente o direito de guarda; ou por comportamento posterior autorizou a sua deslocação, não podendo mais tarde pedir o regresso da criança ao abrigo da Convenção. De acordo com o Relatório Explicativo e tendo em conta o conteúdo do direito de guarda e de custódia para efeitos do art. 5º da Convenção, o direito de guarda é exercido efectivamente quando «(...) the custodian is concerned with the care of the child's person, even if, for perfect valid reasons (illness, education, etc.) in a particular case, the child and its guardian do not live together», o que deve ser inferido pelo julgador das circunstâncias do caso concreto²⁷.

Outro fundamento para a decisão de retenção encontra-se no art. 13º, al. b), da Convenção de Haia, onde se determina que pode fundamentar aquela decisão a prova, por parte de quem se opõe ao regresso da criança, que este regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável. Para apurar os efeitos do regresso sobre a criança, o parágrafo final do art. 13º estabelece que as autoridades administrativas ou competentes devem ter em conta informações fornecidas pela autoridade central ou outra autoridade competente do Estado da residência habitual da criança.

A oposição da criança ao seu regresso pode também fundamentar uma decisão de retenção, nos termos do art. 13º, 2º §, desde que a criança já tenha uma idade e um grau de maturidade que permitam tomar em consideração a sua opinião. O direito de audição da criança nos processos em que esta está envolvida é considerado um direito fundamental da criança, pois enquanto sujeito de direitos, os seus interesses, são os interesses essenciais daqueles processos e, por isso, deve-lhe ser dada oportunidade de se manifestar. Este direito de audição está previsto

²⁶ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 22.

²⁷ PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 49. Esclarece ainda este Relatório Explicativo que a al. a) do art. 13º da Convenção de Haia não pode fundamentar uma decisão de retenção se o exercício do direito de guarda não tiver sido possível devido à deslocação ou retenção da criança: *idem, ibidem*.

em várias convenções internacionais que versam sobre o direito da criança, como no art. 3º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança²⁸; no art. 12º da Convenção dos Direitos das Crianças^{29 30}. A Convenção de Haia dá como indicação que a consideração da opinião da criança deve variar em função da idade e maturidade da mesma, o que envolve um juízo de discricionariedade do julgador ou decisor face às circunstâncias do caso concreto.

Um último fundamento que pode justificar a decisão de retenção resulta do art. 20º da Convenção de Haia, onde se determina que outro fundamento desta decisão será o facto de o regresso pôr em causa os princípios fundamentais do Estado requerido relativos à protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Esta parece ser uma cláusula de ordem pública, mas com uma formulação diferente daquelas que encontramos em tratados internacionais que versam sobre questões plurilocalizadas³¹, parecendo ter, em nossa opinião, uma formulação mais restrita. Resulta do Relatório Explicativo que a versão final foi uma solução de consenso entre quem defendia e quem se opunha à introdução de uma cláusula de ordem pública³². Na realidade, compreendemos que houvesse alguma hesitação em dar relevância ao direito do Estado requerido, pois a ligação da criança com aquele país foi criada artificialmente pela pessoa que deslocou ou reteve a criança ilicitamente em certo país, normalmente um país mais favorável às suas pretensões. Em todo o caso resulta da letra da norma que, apenas estando em causa situações em que direitos do homem e liberdades fundamentais em vigor no país requerido se oponham a uma decisão de regresso da criança, é que este art. 20º poderá fundamentar uma decisão de retenção. Estamos, por isso, perante uma hipótese de intervenção excepcionalíssima, com um conteúdo ainda mais restrito do que aquele reconhecido à reserva de ordem pública internacional³³.

5. Fragilidades da Convenção de Haia e o Regulamento Bruxelas II bis

A aplicação da Convenção de Haia revelou fragilidades no plano da efectividade e da garantia do sistema de regresso célere que a Convenção de Haia pretendia instituir, nomeadamente o peso que o tribunal para onde a criança foi deslocada teria na retenção da criança nesse país, recompensando-se o progenitor que escolheu aquele Estado para deslocar a criança³⁴. Surge, por isso, na UE, um regulamento com normas pensadas para aperfeiçoar o regime da Convenção de Haia: o Regulamento n.º 2201/2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à

²⁸ De 25 de Janeiro de 1996, do Conselho da Europa.

²⁹ Adoptada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

³⁰ Também resulta do art. 24º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

³¹ V., *v.g.*, o art. 24º Convenção de Haia, de 29 de Maio de 1993, relativa à protecção das crianças e cooperação em matéria de adopção internacional ou o art. 22º, al. a) da Convenção de Haia, de 23 de Novembro de 2007, sobre a cobrança internacional de alimentos.

³² PÉREZ-VERA, E., "Explanatory Report", Cit., P. 21.

³³ Sobre a figura da reserva de ordem pública internacional, v. GONÇALVES, A.S.S., "Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma", Almedina, Coimbra, 2013, P. 518-551.

³⁴ V., neste sentido, PATAUT, E., "Art. 10" in VV.AA. (Magnus, U./Mankowski, P. coord.), Brussels II bis Regulation, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, P. 121.

execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental (Bruxelas II *bis*).

O Regulamento Bruxelas II *bis* estabelece um sistema uniforme de regras de competência internacional e de reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental, devendo esta ser entendida nos termos do art. 2º, n.º 7, como «o conjunto dos direitos e obrigações conferidos a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança», o que inclui o direito de guarda e o direito de visita. O Regulamento Bruxelas I *bis* aplica-se ainda às questões cíveis que envolvem a responsabilidade parental, incluindo a sua atribuição, o seu exercício e a sua cessação, de acordo o art. 1º, n.º 1, al. b), concretizando o n.º 2 da mesma disposição legal quais as matérias abrangidas, através de uma enumeração meramente indicativa³⁵. O âmbito de aplicação espacial do Regulamento Bruxelas II *bis* é definido no art. 21º, n.º 1, sendo aplicável às decisões proferidas pelos tribunais dos Estados-membros da UE³⁶ cuja competência seja determinada de acordo com as regras previstas nos artigos 3º e seguintes do Regulamento. Para efeitos de aplicação deste Regulamento, o conceito de tribunal abrange aquelas autoridades que no Estado-membro tem competência nas questões que constam do âmbito de aplicação material do regulamento (art. 2º, n.º 1). Por fim, encontramos o âmbito de aplicação temporal do regulamento Bruxelas II *bis* no art. 72º e no art. 64º, n.º 1, sendo este aplicável às acções judiciais, actos autênticos e acordos entre as partes posteriores a 1 de Março de 2005³⁷.

Quanto às relações do Regulamento Bruxelas II *bis* com a Convenção de Haia, de acordo com o art. 60º, al. e), o Regulamento tem primazia nas relações entre os Estados-membros relativamente à aplicação da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. Todavia, esclarece-se no Guia Prático do Regulamento que esta continua-se a aplicar, mas que o seu regime é completado pelo disposto no Regulamento quanto à deslocação ou retenção ilícitas de crianças³⁸. De facto, uma análise mais cuidada do Regulamento permite-nos concluir que as suas normas não colidem o disposto na Convenção de Haia, visando antes completá-la (considerando 17) e ultrapassar as deficiências que a aplicação

³⁵ Como foi decidido pelo TJUE no acórdão *Korkein hallinto-oikeus – Finlândia*, de 27 de Novembro de 2007, CJ 2007, I-10141, §5. Estão em causa as decisões referentes ao direito de guarda e ao direito de visita; à tutela, à curatela e institutos análogos, à nomeação e funções de pessoa ou organismo incumbido da pessoa ou bens da criança, da sua representação ou assistência; à colocação da criança numa família de acolhimento ou numa instituição; às medidas de protecção da criança relativas à administração, conservação e disposição do seu património (de acordo também com o estabelecido no considerando 9). As disposições do regulamento abrangem também as medidas de protecção da criança no âmbito da responsabilidade parental, por força do considerando 5.

³⁶ Com exclusão da Dinamarca, de acordo com o art. 2º, n.º 3.

³⁷ Note-se, todavia, que o art. 64º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, prevê algumas situações em que o regulamento se aplica a processos instaurados em momento anterior.

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA, "Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000)", consultado em <http://ec.europa.eu>, em 01.05.2013.

da Convenção de Haia revelou. A própria Convenção de Haia, no art. 36º, permite que os Estados Contratantes da convenção possam celebrar entre si acordos para diminuir as restrições ao regresso da criança, existentes na Convenção.

É com este espírito de complemento e harmonização com o regime da Convenção de Haia, que a noção de deslocação ou retenção ilícita de criança para efeito de aplicação do Regulamento (prevista no art. 2º, n.º 11) acompanha a noção presente no art. 3.º da Convenção de Haia, assim como a noção de direito de guarda (prevista no art. 2.º, n.º 9) também coincide também com a noção que encontramos no art. 5.º, al. a) da Convenção de Haia.

O Regulamento Bruxelas II *bis*, à semelhança da Convenção de Haia, prevê um procedimento célere que, em nome do superior interesse da criança, permita o regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual (considerando 17). Assim, estabelece um mecanismo de regresso que se baseia na cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros, no âmbito da política europeia de cooperação judiciária em matéria civil³⁹. O objectivo será desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar, em primeiro lugar, os interesses e vínculos afectivos das crianças, através de um regresso rápido da criança, não se premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso.

Não sendo possível nesta sede analisar em pormenor o regime do Regulamento Bruxelas II *bis* relativamente à deslocação ou retenção ilícitas de crianças⁴⁰, vamos apenas enfatizar algumas das soluções que nele constam e que aperfeiçoam o regime da Convenção de Haia.

Desde logo, resulta do art. 11º do Regulamento a necessidade de instituir um procedimento urgente, determinando o seu n.º 3 que, apresentado um pedido de regresso da criança nos termos da Convenção de Haia, o tribunal onde foi apresentado o pedido de regresso da criança deve utilizar o procedimento mais expedito possível de acordo com a sua legislação nacional, devendo pronunciar-se no prazo máximo de seis semanas a contar da apresentação do pedido⁴¹. Este é um prazo relativamente curto, que tem em conta que o tempo de maturidade e desenvolvimento das crianças é diferente em relação aos adultos, e que as crianças de tenra idade desenvolvem as suas capacidades motoras, linguísticas e cognitivas em curto espaço de tempo. Deste pedido resultará, preferencialmente, uma decisão

³⁹ A cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União, com fundamento legal no art. 81º do Tratado de Funcionamento, que se baseia no princípio da confiança e do reconhecimento mútuo de decisões em matéria civil e comercial. V. com mais pormenor, GONÇALVES, A.S.S., "Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado", Cit., P. 106-126 e 212-226.

⁴⁰ Para uma análise mais pormenorizada, v. GONÇALVES, A.S.S., "A deslocação ou retenção ilícitas de crianças no regulamento n.º 2201/2003 (Bruxelas II bis)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2014, Vol. 6, n.º 1, P. 147-160; *idem*, "O caso Rinau e a deslocação ou retenção ilícitas de crianças", *Unio EU Law Journal*, nº 0, P. 124-147.

⁴¹ Excepto em circunstâncias extraordinárias que impeçam o cumprimento deste prazo, que poderão consistir, por exemplo, na dificuldade de encontrar a criança. O regulamento não tem uma sanção para o não cumprimento do prazo em causa, todavia, poderemos ponderar nestes casos a responsabilidade civil do Estado não cumpridor. Com esta opinião, PATAUT, E., "Art. 10" in VV.AA. (Magnus, U./Mankowski, P. coord.), *Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, P. 135.

de regresso, mas também pode resultar uma decisão de retenção. Entende-se que esta decisão a proferir no prazo de seis semanas e que fixe a ordem de regresso da criança é executória⁴² e que cada Estado-Membro deve garantir que a decisão tenha esta natureza⁴³, de forma a assegurar o regresso imediato da criança. A mesma natureza terá a decisão que recuse o regresso da criança⁴⁴.

Caso o regresso da criança seja recusado com base num dos fundamentos previstos no art. 13º da Convenção de Haia, o tribunal do Estado onde a criança está retida deve enviar, imediatamente, ao tribunal competente do país da residência habitual da criança antes da sua deslocação, um *dossier* com a decisão, a fundamentação, os documentos conexos, as actas da audiência, que devem ser recebidos no prazo de um mês a contar da decisão, nos termos do art. 11º, n.º 6, do Regulamento. Esta norma reflecte a prioridade da competência do tribunal da residência habitual da criança, pois devem-lhe ser enviados os documentos importantes que fundamentaram aquela decisão, além da própria decisão. Note-se que o art. 11º, n.º 4, fixa um limite à invocação do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia como fundamento de uma decisão de retenção: a invocação de que o regresso representa um risco grave para a saúde física ou psíquica da criança ou coloca a criança numa situação intolerável não pode ser o fundamento da recusa do regresso, se for provado que foram tomadas as medidas concretas adequadas para garantir a protecção da criança após esse regresso⁴⁵. Assim, restringe-se o alcance do art. 13º, al. b) da Convenção de Haia de 1980, limitando-se as situações de decisões de não retorno com base naquele fundamento, existindo no Regulamento um princípio de emissão tendencial de uma decisão de regresso da criança ilicitamente deslocada ou retida nas circunstâncias descritas. Além disso, nos termos do art. 11º, n.º 5, do Regulamento, não pode ser proferida decisão de retenção, se a pessoa que requereu o regresso da criança não tiver tido oportunidade de ser ouvida⁴⁶. Deve-se proceder ainda à audição da criança, salvo

⁴² “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., 37-38.

⁴³ A COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., 38, sugere algumas soluções para que os direitos nacionais garantam este efeito: ou impedir o recurso de uma decisão de regresso; ou permitir o recurso da decisão de regresso, mantendo esta todavia o seu carácter executório na pendência do recurso; ou os Estados-Membros devem criar procedimentos de recurso céleres para assegurar o cumprimento do prazo das seis semanas. Esta questão também foi analisada pelo TJUE no caso de 11 de Julho de 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU, CJ 2008, P. I-05271.

⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., P. 38.

⁴⁵ Reconhecendo a dificuldade do juiz do processo em aferir se foram adoptadas medidas adequadas de protecção no Estado-Membro de origem, sublinha a COMISSÃO EUROPEIA, “Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II”, Cit., P. 37, o papel determinante de assistência que podem desempenhar as autoridades centrais do Estado de origem.

⁴⁶ O que pode ser feito com recurso aos meios previstos no regulamento n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial, como é sugerido no Guia prático sobre a aplicação do regulamento Bruxelas II *bis*, nomeadamente de videoconferência ou teleconferência, previsto no n.º 4, do artigo 10º do referido regulamento.

caso se considere desajustado tendo em conta a idade ou maturidade da mesma (art. 11º, n.º 2).

Após a recepção dos elementos previstos no art. 11º, n.º 6, do Regulamento, o tribunal da residência habitual de origem da criança notifica as partes da decisão e do *dossier* que recebeu, e convida-as a apresentar as observações que considerem pertinentes no prazo de três meses após a notificação (art. 11º, n.º 7). Após a apreciação destes elementos, este tribunal pode chegar a uma decisão diferente e ordenar o regresso da criança e, nos termos do art. 11º, n.º 8, esta última decisão de regresso é automaticamente reconhecida e executória noutro Estado-Membro sem necessidade de qualquer declaração posterior que lhe reconheça essa força no país onde se pretende que seja executada (supressão de *exequatur*) e sem que possa ser contestada. Para tal, como determina o art. 41º, n.º 2, do regulamento Bruxelas II *bis*, é necessário que o juiz do Estado-Membro de origem emitida a certidão prevista no anexo IV do regulamento, cujas condições de emissão estão descritas no art. 42º, n.º 2.

Os prazos curtos e o procedimento estabelecido no art. 11º do Regulamento refletem o carácter urgente daquelas diligências e visam assegurar o regresso célere da criança ao Estado-membro em que esta tinha a sua residência habitual antes da retenção ou da deslocação ilícita. Todavia, o procedimento previsto no art. 11º, n.º 6 e n.º 7 e a emissão da certidão prevista no n.º 8 da mesma norma apenas se aplicam quando está em causa uma decisão de retenção emitida com base no art. 13º da Convenção de Haia e não abrange os fundamentos de não retorno previstos no art. 12º e 20º da mesma Convenção⁴⁷.

6. Conclusões

A Convenção de Haia na sua génese visou instituir um sistema de regresso célere da criança em casos de rapto internacional, em nome do seu superior interesse. Uma vez que nem sempre esta cumpria o objectivo a que se propunha, o Regulamento Bruxelas II *bis* veio aperfeiçoar o sistema da Convenção de Haia, tentando garantir um regresso efectivamente rápido da criança ao seu país de residência habitual antes da deslocação, através do estabelecimento de prazos curtos, de um sistema de reconhecimento automático da decisão de regresso e modificando o peso que o art. 13º da Convenção de Haia pode ter como fundamento da decisão de retenção da criança. Também resulta claro do Regulamento Bruxelas II *bis* a prioridade da decisão do tribunal da residência habitual de origem da criança, cuja apreciação da causa prevalece sobre o juízo feito pelo tribunal do lugar para onde a criança foi deslocada ilicitamente. Este é, porém, um sistema que se baseia num procedimento de cooperação entre as autoridades judiciais de Estados-membros diferentes, que têm de conceder que, perante duas visões diferentes da decisão que melhor salvaguardará o superior interesse da criança, prevalecerá a posição do tribunal da residência habitual de origem da criança. Nesta medida, o sistema que resulta do Regulamento Bruxelas II *bis* altera o peso da decisão de recusa proferida pelo tribunal do lugar para onde a

⁴⁷ Neste sentido, PATAUT, E., "Art. 11", Cit., P. 140-141; WALKER, L./BEAUMONT, P., "Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice", JPIL, Vol. 7, 2011, P. 242.

criança foi deslocada ilicitamente, já que de acordo com o sistema da Convenção de Haia esta decisão seria final e não poderia ser alterada pelo tribunal da residência habitual de origem da criança.

LIVRAMENTO CONDICIONAL COM EFEITOS RETROSPECTIVOS E OUTRAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Conditional freedom with retrospective effects and other practical implications

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA¹

Universidade Anhanguera. Uniderp

Sumário: 1. Introdução. 2. Efeito retroativo: Princípio da segurança jurídica e outras questões. 3. Liga Preciosa: ponte de prata, de ouro e o portal de diamante. 4. Efeitos extroversos da demora na prestação jurisdicional. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O presente artigo aborda a temática referente ao livramento condicional retroativo e derivações daí decorrentes. Tratou-se dos requisitos e peculiaridades inerentes ao benefício. Enfocou-se o livramento condicional com efeitos no passado, como direito subjetivo do apenado, o qual pode exigir sua concessão, por diversos instrumentos, por se tratar de instituto que confere concessão extemporânea de direitos consolidados no passado, consectário legítimo do princípio da segurança jurídica que alberga o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Ponderou-se a aplicabilidade da teoria civilista do adimplemento substancial ao livramento condicional, sob a ótica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e da necessidade hodierna de desencarceramento. Pontuou-se a íntima relação entre a comutação retroativa (ponte de prata), o livramento condicional (ponte de ouro) e o indulto retroativo (portal de diamante), formando-se o que convencionou-se de chamar de liga preciosa, bem como as consequências extrapenais que podem advir da demora estatal em efetivar direitos já consolidados. Ao final, conclamou-se todos a repensar o sistema carcerário, com vistas a uma efetiva e duradoura ressocialização, o que passa necessariamente por uma gestão prisional eficiente (menor custo, máximo rendimento, sem esquecer da humanização do sistema).

Palavras chave: segurança jurídica. direito adquirido. reparação. tempestividade. ressocialização.

Abstract: This article discusses the issue related to retroactive freedom and derivations resulting therefrom. It was the requirements and peculiarities inherent to benefit. Focused to the freedom with effect in the past, as a subjective right of the convict, which may require a grant by various instruments, because it is

¹ Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Judiciário do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

institute that gives untimely granting of rights consolidated in the past, legitimate consequence of the principle of legal certainty which houses the perfect juridical act and acquired right. It was considered the applicability of civil law theory of substantive due performance to freedom, from the perspective of the principles of reasonableness and proportionality and today's need for prison's extrication. It was pointed to the close relationship between the retroactive commutation (Silver Bridge), the retroactive freedom (golden bridge) and retroactive pardon (diamond gate), forming what conventionally is called precious alloy, as well extrapenals consequences that may result from the long delay in making state rights already established. In the end, we are all urged to rethink the prison system, with a view to an effective and lasting rehabilitation, which necessarily requires an efficient prison management (lowest cost, maximum performance, without forgetting the system humanization).

Keywords: legal certainty. acquired right. recovery. speed. Resocialization.

1. Introdução

O livramento condicional é um direito subjetivo do apenado, desde que perfaça os requisitos legais, nos termos do art. 83 do CP. Assim, não se trata de mera liberalidade ou favor, sujeito à discricionariedade do magistrado, pois este não poderá deixar de concedê-lo, caso os elementos configuradores do instituto estejam devidamente estampados. O livramento condicional, uma vez verificados seus benefícios se impõe não se podendo obstaculizar seus efeitos, sendo a decisão concessiva meramente declaratória, por reconhecer um direito já formado.

A concessão do livramento condicional pressupõe o preenchimento de requisitos objetivos (cumprimento de percentual da pena) e subjetivos, quais sejam, bom comportamento, potencial de empregabilidade e, em hipótese específica, laudo ou parecer que constate que o agente não está mais voltado à criminalidade. Frise-se que este benefício não poderá ser concedido, no caso de reincidente específico, em delito hediondo ou equiparado, nos termos do art. 83 do CP.

O grande problema na realidade carcerária brasileira é que algumas condições subjetivas não podem ser aferidas adequadamente, pois a maioria de nossos presídios não são dotados de corpo técnico multidisciplinar, o qual poderia, com suas manifestações, subsidiar as decisões proferidas pelo juízo da execução penal, gerando inegáveis prejuízos à efetividade da execução penal.

O livramento condicional é uma maravilhosa benesse que o apenado pode auferir na reta final do cumprimento da pena, permitindo-lhe não mais cumpri-la em cárcere, mas em liberdade condicionada. Atualmente, com os influxos da tecnologia, ao ser concedido o benefício, o apenado poderá ser submetido a instrumentos eletrônicos de controle (pulseiras e tornozeleiras eletrônicas) que

desempenham com êxito a função de fiscalização da rotina do apenado, imposição esta decorrente da Lei.

Esse intercâmbio entre a Tecnologia e Direito propicia a redução dos custos da execução penal, uma vez que a fiscalização das atividades do sentenciado é monitorada ininterruptamente e diariamente por um sistema computadorizado, com precisão cartesiana, minorando, assim, com já dito, os custos do sistema prisional. Esse sistema já vigora em algumas cidades do Brasil, sendo bastante inteligente, pois expede notificações, acerca do distanciamento pelo sentenciado do perímetro determinado pelo juiz, bem como sobre a necessidade de recarregar a bateria que se encontra embutida no aparelho de fiscalização. Nos casos de violência doméstica, na hipótese de o agressor se quebrar a distância mínima regulamentar estabelecida para proteção da ofendida, em alguns casos, é imediatamente expedida notificação às autoridades policiais, para que custodiem o violador das condições judiciais.

Voltando a temática, a fruição desse benefício pressupõe a plena ressocialização, pois, se esta não estiver sedimentada, o sentenciado sofrerá duramente as consequências do descumprimento das condições fixadas para o gozo do benefício (art. 88 do CP), sendo as mais gravosas, a perda de todo tempo de cumprimento de pena no livramento condicional e impossibilidade de nova concessão pelo mesmo delito, em que pesem fundadas alegações de inconstitucionalidade do dispositivo legal, as quais endosso, por violar a proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

Nesse quesito, verifica-se que a punição decorrente do descumprimento das condições fixadas para o gozo do livramento condicional é manifestamente inconstitucional, pois não se pode admitir que o descumprimento de cláusulas fixadas no livramento condicional possa ensejar a perda total do tempo em gozo do benefício, por ser algo desarrazoado, sobretudo em situações em que o apenado já cumpriu grande parte da pena, isto é, já houve o adimplemento substancial da pena.

Aqui, são pertinentes os fundamentos utilizados no Direito Civil para afastar a resolução contratual, quando há a satisfação relevante da dívida. Nessa linha de pensamento, exsurge a teoria do adimplemento substancial, que obsta o exercício arbitrário do direito de resolução por parte do credor, afastando desconstituições desnecessárias e sanções contratuais desarrazoadas, em favor da preservação do acordo, com o fito de efetivar a realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, quando o devedor já cumpriu parte considerável da dívida.

Aproveitando-se desses alicerces, a perda integral do período em gozo de livramento condicional consiste em verdadeira subversão ao princípio da ressocialização, por consagrar a dupla apenação pelo mesmo fato, que não pode prevalecer, sob uma simples leitura constitucional, em especial, dos princípios da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade.

A sanção, no caso, é extremamente desproporcional, por revelar um excesso desmotivado do Estado na execução da pena, o qual deve ser razoável na sua

resposta penal executória. Essa norma se mostra ainda mais destemperada, quando se tem em vista o paralelismo de institutos na execução penal, isto é, cotejando-se ao regramento da remição de pena, que não admite a perda integral dos dias remidos, havendo uma limitação legal expressa, o que aponta novamente para a necessidade de releitura à luz da Constituição do dispositivo legal em tela, de forma a afastar a perda integral dos dias em livramento, sem prejuízo de outras sanções legais, tais como regressão de regime, agravamento das condições do benefício.

Novamente, cabe mais um comparativo com as legislações mais modernas. Recentemente, foi implementado o normativo, referente às medidas cautelares diversas da prisão, o qual previu instrumentos diversos da custódia, para assegurar bens juridicamente relevantes ao Direito Penal.

Essa legislação incorporada ao CPP trouxe a previsão de que havendo descumprimento das medidas cautelares anteriormente fixadas, caberia, ao juiz, fixar outras mais rígidas e, em última *ratio*, caso as novas medidas não surtam o efeito esperado, então, determinar a prisão. Vê-se, dessa forma, que as legislações modernas aglutinaram em seu bojo o princípio da proporcionalidade, em especial, nas facetas proibição de proteção deficiente (os bens juridicamente relevantes devem ser objeto de uma tutela estatal ampla, integral e efetiva, evitando-se de uma proteção insuficiente) e a vedação ao excesso (esse núcleo essencial da proporcionalidade preconiza que a atuação estatal deve ser adequada aos seus fins, isto é, nem tanto ao mar nem tanto ao céu, atuação com equilíbrio, serena com vistas a consecução do interesse público, pois não se permite ao Estado agir de forma histriônica e efusiva, ainda que travestido de legalidade e oficialidade a pretexto de lograr o interesse público) .

Por todo o exposto, é que a norma, em análise, padece de vício insanável de inconstitucionalidade material, razão pela qual não deve ser mais considerada pelos operadores do Direito, no que tange a perda integral da pena cumprida, em livramento condicional.

2. Efeito retroativo: Princípio da segurança jurídica e outras derivações

Argui-se, também, a invocação de direito adquirido, em se tratando de concessão de livramento, com efeito retroativo, isto é, com data retroativa ao momento em que os requisitos foram implementados. Respondo que, indubitavelmente, o reeducando possui direito adquirido à concessão do livramento condicional retroativo, ainda que tal direito tenha sido constatado intempestivamente.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora não tenha declarado expressamente, admitiu a natureza de direito adquirido da comutação de pena retroativa, ao reputar que, uma vez cumpridos os requisitos para concessão da benesse no pretérito, conforme norma vigente, deve ser concedida.

Se todas as condições para gozo de benefício já foram reunidas, por condição inalterável, a arbítrio de outrem, nos termos da lei, cabe, assim, a concessão sempre que for constatado que houve o preenchimento dos elementos e este não foi deferido a tempo.

Entendimento diverso, ensejaria a violação do direito adquirido e o ato jurídico perfeito que se apoiam no princípio da segurança jurídica, baliza mestra do nosso ordenamento jurídico, que visa acalmar os ânimos e, por fim, a eternização dos conflitos. *Mutatis mutandis*, a Súmula 106 do STJ, obsta quaisquer ônus aos jurisdicionados, pela demora do aparelho estatal.

O direito adquirido, no recinto penal, ganha muito mais força, pois uma norma mais dura não pode produzir efeitos no passado para alcançar um condenado, ainda que ele esteja cumprindo pena, quando da vigência desta norma.

Alicerçando o exposto, vamos à seara Previdenciária, sem qualquer embargo, pois o Direito é um todo uno e cambiável. O entendimento assentado nas Cortes de Justiça é no sentido de que se o segurado preencheu os pressupostos necessários para o deferimento do benefício, antes de alteração legal que importaria novos requisitos mais onerosos, o apenado teria direito adquirido a usufruir do benefício, pois o seu direito foi consolidado, com base na lei antiga.

Não se está aqui defendendo direito adquirido a regime jurídico algo já afastado pelas Cortes Brasileiras, conforme entendimento jurisprudencial plácido. Está se falando que se o sujeito, antes de uma inovação legislativa que lhe é prejudicial, já possuía o direito de gozar de um benefício, não poderá uma lei posterior retroagir para prejudicar o direito que já fora formado e, por via oblíqua, fulminar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Ilustrando, passemos a um caso concreto hipotético. Suponhamos, um sujeito, primário, condenado a pena de 24 anos, por delitos, em concurso formal, não hediondos, mas cometidos, mediante violência e grave ameaça, cujo início do cumprimento de pena foi, em 01.02.10, sem período de detração. Em 01.02.14, o apenado foi progredido ao regime semiaberto, com permissão de trabalho externo. Nesse caso, teria direito à primeira comutação, após o decurso de 1/4 da pena, em 01.02.16. Posteriormente, foi progredido ao regime aberto. Em 25.12.18, fez *jus* ao livramento condicional e ao indulto. Porém, em razão da ausência de cálculo de pena atualizado e grande volume de processos na vara de execuções penais, o implemento do benefício de livramento condicional e indulto de pena só foram verificados, em 01.06.19. Após a elaboração do cálculo, o apenado comete novo delito, em 01.07.19. Posteriormente, em 01.06.20, é enviada guia de execução definitiva ao juízo da execução penal constando pena de 6 anos, pelo delito praticado, em 01.07.19, crime de tráfico de drogas, delito hediondo.

Nesse caso, seria cabível comutações retroativas sucessivas e eventual análise do cabimento de livramento e indulto retroativos, sem prejuízo da elaboração de novo cálculo de pena, apenas, com a sanção imposta do novo delito, ou seria o caso de unificação do novo crime?

Diante do exposto, é inviável nova unificação, pois o apenado fez *jus* às comutações sucessivas retroativas e, em razão dessas, ao final, ao livramento condicional e indulto retroativos, os quais só não foram deferidos tempestivamente pela inércia do Estado. Assim, caberia, tão somente, cumprir a pena do novo delito hediondo.

Noutro pensar, ainda em relação ao exemplo acima, caso o apenado apenas fizesse *jus* ao livramento condicional com data retroativa e às comutações retroativas, sem que se pudesse vislumbrar o indulto, não caberia falar em concessão de livramento condicional retroativo, pois sua concessão retrospectiva seria agravadora da situação do apenado, por importar na impossibilidade de concessão de nova concessão do benefício pelo mesmo crime, tendo em vista a indesejada vigência do art. 88 do CP. Todavia, no caso, seriam devidas as comutações retroativas, por já terem sido perfectibilizadas no passado, impassíveis de ingerências externas posteriores.

Portanto, o direito adquirido não pode ser obstaculizado arbitrariamente, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao ato jurídico perfeito, efetividade da tutela jurisdicional e da legalidade.

Quanto à concessão retroativa, é de fazer algumas ponderações, pois a asserção de que esta seria devida, mesmo que, *a posteriori*, o condenado não perfizesse mais os requisitos não se afigura correta, ou melhor não seria benéfica ao apenado, ao menos no atual panorama normativo brasileiro.

O livramento condicional é um instituo extremamente benéfico ao apenado, mas por outro lado, é deveras intransigente aos seus deslizes. Quer aqui se dizer, na atual redação do art. 88 do CP, amplamente aplicada pelos juízos brasileiros, em que pese a manifesta inconstitucionalidade, os efeitos da revogação são inclementes e peremptórios, uma vez que revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido pelo mesmo crime e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior àquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.

Por isso, a concessão retroativa só pode ocorrer se, depois do implemento dos requisitos legais, o ressocializando ainda ostentar os elementos, pois, do contrário, a concessão seria não recomendada, por agravar sua situação jurídica.

Digo isso, pois seria demais pesado penalizar duas vezes o apenado por um mesmo fato. Uma, por não lhe ter conferido o benefício a tempo. Duas, por ser inviável subverter um direito, em prejuízo do seu titular, inclusive, esse é o entendimento que desautoriza que o silêncio do acusado seja reputado em seu prejuízo.

Um direito não pode ser de tal maneira transmutado, a ponto de se transformar em gravame/ônus/obrigação ao seu titular. Nesse patamar, tem-se a que a legislação brasileira moderna é bastante garantista, de modo que os herdeiros podem renegar a herança, cujo montante da dívida seja superior ao crédito. Ainda

no âmbito penal, não se obriga ninguém a produzir prova contra si mesmo, reconhecendo os limites da atuação estatal, golpeando de morte o Leviatã que, às vezes, tenta ressurgir.

3. Pontes de ouro e de prata, portal de diamante e a liga preciosa

Todos os benefícios da execução penal buscam a integral ressocialização do apenado, a qual deverá estar efetivada com o término da pena.

Como já se disse, o indulto retroativo é um direito subjetivo do apenado, por se tratar de direito adquirido, ainda que tal direito seja reconhecido intempestivamente, ou que, posteriormente, deixe de preencher os requisitos, em obséquio ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Vale aqui fazer uma pequena digressão para se esclarecer um pouco, acerca da natureza jurídica do indulto. Este é lei em sentido material, formalizado, através de Decreto Presidencial, pelo Chefe do Executivo, ou pelos seus legítimos delegatários, nos termos do Texto Magno Brasileiro, que se afigura em ato infra legal, elaborado pelo Poder Executivo Federal, frontalmente complementar à Constituição. Como já dito alhures, é uma das poucas permissões do Texto Supremo para que o Chefe do Poder Executivo inove na ordem jurídica, sem ingerência do Poder Legislativo, sem prejuízo da competência fiscalizadora deste, caso o ato infra legal exorbite a competência constitucional outorgada, bem como do STF, em sede controle concentrado.

O indulto tem como fundamento uma condenação penal. Todavia, na rotina forense, tem sido conferido, antes do trânsito em julgado da condenação, sob o argumento de que é dado aos presos provisórios, usufruir de benefícios da execução penal. Essa matéria é muito polêmica, pois o recorrente condenado por sentença ainda não transitada em julgado, pode ser beneficiado pelo perdão eterno da pena, perdendo, por conseguinte, o recurso o objeto. Nessa situação, repise-se que só teria aplicabilidade, caso inexistissem recursos do Ministério Público, ou quando o trânsito em julgado houvesse se constatado, em relação à Acusação, pois, nessa hipótese, não haveria como ocorrer o aumento da sanção aplicada, sob pena de violação do princípio do *non reformatio in pejus*.

Daí que, por simples intelecção sistemática, o livramento condicional retrooperante, tal como vem se desenhando, é, também, direito subjetivo do apenado por ser, igualmente, direito adquirido, podendo o apenado exigir sua concessão retroativa, mediante simples petição, *habeas corpus*, ou até mesmo, mandado de segurança, haja vista que reina na execução penal a liberdade de formas e ausência de tarifação de instrumentos judiciais, podendo, até mesmo, o juízo decidir, de ofício, ante a vulnerabilidade de da população carcerária. Cabe expor que, na minha vivência de cotidiana na execução penal, já vi formulação de pedido de liberdade provisória com vistas a viabilizar trabalho externo, em prol de um condenado provisório, algo manifestamente incabível, mesmo assim, diante da fungibilidade e do interesse maior em jogo, que autoriza a superação de

formalidades ou até de graves atecnias, o juízo concedeu o pedido de progressão de regime, cumulado com trabalho externo, o que deixa claro que na execução penal, o direito substancial vale muito mais que a forma.

Pontue-se, que não há que se falar de exclusividade do *jus postulandi*, bem como legitimidade taxativa para se postular qualquer benefício, não se limitando o peticionamento ao advogado, defensor público, mas a qualquer órgão de execução penal, inclusive terceiros interessados (familiares), por se referir a matéria de ordem pública e interesse do Estado como forma de assegurar o pleno acesso do apenado à Justiça, o qual, por si, pode se dirigir, mediante manuscrito ao juiz, ou a qualquer órgão de execução de pena. A simplicidade impera na Execução Penal, pois inexistente culto à formalidade exacerbada, a qual não deve ser estimulada.

Como se percebe o indulto e o livramento condicional estão intrinsecamente relacionados, pois a concessão do livramento condicional retrospectivo, em se tratando de delitos não hediondos ou equiparados enseja, como regra, a concessão do indulto retroativo. Isso se dá, pois os percentuais atinentes ao indulto natalino são idênticos ou inferiores aos percentuais necessários para o deferimento do livramento condicional, considerando a atual sistemática dos Indultos Natalinos passados.

Vale tecer uma breve crítica sobre a impossibilidade de concessão do benefício, em relação aos delitos hediondos ou equiparados. De fato, a CF expressamente vedou a concessão de graça aos referidos delitos. Todavia, em Direito Penal a taxatividade é a tônica, isto é, a literalidade da norma se impõe, quando se trata de aplicação de sanção, digo não se pode alargar os limites da norma para incluir elementos não expressamente previstos, seja para punir ou deixar aplicar institutos extintivos, é o que chamamos de tipicidade estrita.

A graça, segundo a doutrina, é um indulto individual, pois vocacionada a atingir pessoas especificadas, enquanto o indulto, propriamente dito, se destina a atingir uma coletividade indeterminada. Logo, a negativa de aplicação de indulto aos delitos hediondos ou equiparados é indevida, por adoção de uma interpretação extensiva, incabível no Direito Penal, em manifesto prejuízo ao apenado. Na dúvida, indulta-se, sobretudo, quando se debruça na redação do Texto Magno que impede a graça, não obstaculizando o indulto. Ademais, o rechazo deste instituto, nessas hipóteses, estigmatiza os apenados dificulta e retarda a ressocialização, legitimando o Direito Penal do Inimigo. Não é por outro motivo, que alguns Decretos Natalinos preveem a concessão de indultos a apenados que ostentarem enfermidades que não permitam o cumprimento da pena nas Unidades Prisionais, em obséquio aos princípios da individualização da pena e dignidade da pessoa humana. Todavia, a jurisprudência é deveras relutante, inclusive o próprio STF, que já negou a aplicação de indulto, em relação aos crimes hediondos ou equiparados, invocando o referido dispositivo Constitucional.

Feitas essas ponderações, tem-se que a concessão retroativa de livramento condicional via, de regra, resulta no seguinte efeito cascata: livramento condicional, seguido de indulto pondo, portanto, fim à execução penal, em razão do reconhecimento de causa de extinção da punibilidade.

Noutro giro, declino que a comutação de pena por possuir, como regra, percentuais de cumprimento de pena inferiores àqueles necessários para o deferimento do indulto e livramento condicional, muitas vezes, é o caminho natural para obtenção destes.

Na prática, são comuns comutações de pena sucessivas antecederem o livramento condicional e o indulto. Por esse motivo, a comutação de pena é a ponte de prata e o livramento condicional a de ouro para consecução do indulto, o maravilhoso portal de diamante.

Essa nomenclatura tem seu valor, pois o indulto é o benefício mais excelente da execução penal, por finalizar completamente a pena antecipadamente. Já a comutação, não põe fim, mas a abrevia ou muda a espécie de sanção. Logo, o intercâmbio entre estes se mostra bastante eficaz para se alcançar prematuramente o legítimo término da pena. Portanto, a comutação e o livramento condicional são coadjuvantes vigorosos no mister da extinção do encarceramento, tônica na atualidade, ante a superlotação das Unidades Carcerárias.

Daí que se pode consignar que, na execução penal, os institutos não são estanques e incomunicáveis. Ao revés, são dinâmicos e trabalham harmonicamente para concretizar a plena reinserção social do reeducando.

Destarte, a liga preciosa (comutação de pena, livramento condicional e indulto) não pode ser vislumbrada como privilégios patriarcais, anárquicos e anacrônicos, mas como mecanismos de recompensa, pura meritocracia penal, àqueles que alcançaram as metas propostas, sendo uma clara consubstanciação do princípio da ressocialização. Se o apenado cumpriu as metas estipuladas faz, portanto, jus à concessão do benefício, assim como ocorre com os empregados nas empresas privadas, ou servidores públicos nas repartições públicas.

4. Efeitos extroversos da demora na prestação jurisdicional

Questão de fundo constitucional, é a possibilidade de reparação, por força de o apenado permanecer cumprindo pena, além do tempo imposto pela condenação, ou em regime mais gravoso, muitas vezes, por ausência de cálculo de pena atualizado, fruto da inércia do Estado de efetivar direitos legítimos e consolidados.

Em sentido afirmativo, há a interpretação lógica e sistemática do inciso LXXV, art. 5º da CF/88, que permite concluir ser cabível a postulação de reparação indenizatória, por ter o apenado permanecido preso, além do tempo devido ou em regime mais gravoso que o cabível.

Com já fora dito, alhures, o posicionamento do STJⁱ e STFⁱⁱ é de que, exceto nas situações de erro judiciário e de prisão, além do tempo fixado na sentença, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como, nos casos

previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais, quando fundamentados, de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

Há ainda que defenda outras formas de reparação, diversas da pecúnia, tais como concessão de remição de pena, considerando o período de prisão indevida, aumento do prazo de saída temporária, redução da pena, com o cômputo dos dias de protelação indevida, dentre outras. Este tema ganha relevância, sobretudo por pender no STF ação que discute formas de reparação aos presos, que estão custodiados em Unidades Prisionais em condições degradantes. Por isso, a presteza não é mais uma questão de urbanidade ou dever de bem servir, mas situação cuja inobservância apresenta reflexos pecuniários.

5. Conclusão

O livramento condicional é uma medida que viabiliza o desencarceramento, palavra de ordem na atualidade. A realidade carcerária brasileira é bastante caótica, estabelecimentos prisionais superlotados, sem estrutura adequada, desprovidos, em sua maioria, da capacidade ressocializadora, que a Lei os dotou, ou deveria dotar. Tanto é que se nota, o alto índice de reincidência e progressão criminosa quantitativa (quantidade de delitos praticados) e qualitativa (diversidade típica normativa).

Por esse motivo, é que a essa inserção do apenado ao meio aberto, mediante o livramento condicional, não deveria se dar, sem o suporte de um Corpo Multidisciplinar, que cumpriria o papel de auxiliar o apenado a não delinquir novamente e se estabelecer dignamente no seio social, fornecendo os subsídios que este necessitasse. Diante do caótico panorama do sistema carcerário brasileiro (celas superlotadas e sujas, sem a devida ventilação ou luminosidade suficientes, atos de selvageria, como os atos praticados no complexo de Pedrinhas, em São Luís, no Maranhão, ou mesmo, a ausência de alimentos, ou sua disponibilização de maneira irregular) tem-se que o sobrestamento da concessão do livramento condicional viola a integridade física, psíquica e moral dos presos, e gera, pela carência do Estado, a manutenção indevida do condenado em regime, por mais tempo no sistema prisional, em clara afronta aos princípios próprios do processo de execução penal (progressividade, da legalidade, da reeducação do condenado e da humanização da pena), resultando punições severas à coletividade (custeio do sistema prisional) e afetando as metas de recuperação do reeducando e de redução de reincidência e criminalidade.

Por fim, externo que a gestão carcerária não pode ser vista como uma questão menor, ou servir de pano de fundo para discursos eleitoreiros e medidas popularescas, mas deve ser encarada como meta de Estado, por ser a execução penal um instrumento de efetivação de direitos fundamentais e forte ferramenta de ressocialização, sem a qual a razão de ser da pena perde o sentido.

Constata-se corriqueiramente a relevância de se ter um serviço prisional de excelência, pois sua ausência termina por entregar a sociedade pessoas desajustadas, que causam mais distúrbios a sociedade tão problemática em que vivemos.

Faz-se necessário buscar novas metodologias e formas de obter maior proveito do sistema ao menor custo, sem esquecer da tônica da humanização e do ideal da ressocialização, escopo primacial da execução penal.

Disto decorre a imperiosidade de se fomentar mecanismos de ressocialização e efetiva concessão dos direitos aos seus titulares, desde que realizados os requisitos legais, de modo a reduzir as distorções no sistema penitenciário que causam motins, os quais manifestam os descontentamentos dos acautelados com relação ao sistema. Por isso, é imprescindível uma reforma que abale as estruturas postas, algo que passa distante de revoluções sangrentas e ufanistas, lideradas por megalomaníacos, ou embates religiosos ou de ideias, ou ainda de conflitos armados, mas está umbilicalmente vinculado à plena efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Notas

ⁱ Brasil. STJ. REsp 872630 / RJ. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO. Ministro LUIZ FUX. Data do Julgamento 13/11/2007. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO.

ⁱⁱ Brasil. STF. ARE 770931 AgR / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 19/08/2014. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28indeniza%E7%E3o+prisao+alem+do+tempo%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/qe7xszy>.

6. Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente; Direito Constitucional Descomplicado., Impetus, Rio de Janeiro;
- BAPTISTA, Patrícia. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do Poder Normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite a retroatividade normativa. In Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 11-2007;
- BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. A lei penal e os "excluídos":. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8711>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 2. ed., Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo, 1999;

- BASTOS, João José Caldeira. Direito Penal: . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1543, 22 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10430>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- Beccaria, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 2º edição. Editora: Martin Claret. São Paulo, 2009.
- BEZERRA JÚNIOR, Luis Martius Holanda. Isonomia na execução da pena. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3926, 1 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27194>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 15º edição. Editora: Saraiva. São Paulo 2010.
- BUCCHERONI, Renata Simões Stabile. A desnecessidade de parecer do Conselho Penitenciário nos casos de indulto e comutação coletivos. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4034, 18 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30289>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4. ed., Livr. Almedina, Coimbra, 2000;
- CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. Adimplemento substancial: impedimento à resolução contratual. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23219>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- CAVALCANTI, Marisa Pinheiro. Adimplemento substancial: impedimento à resolução contratual. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3450, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23219>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. Anistia, graça e indulto. Renúncia e perdão. Decadência e prescrição. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 11, 20 abr. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/970>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- DUCCINI, Clarence Willians. Prévias considerações das inovações do Decreto nº 7.046/2009: indulto e comutação. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2368, 25 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14095>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- ESTEFAN, André, Direito Penal Parte Geral Esquematizado, São Paulo: Saraiva, 2014.
- Ferrajoli, Luigi. A soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlo Coccioli. 2º edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2007.
- FERREIRA, Wallace. Abolicionismo penal e realidade brasileira. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3605, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24443>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- Fragoso, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. Editora: José Bushatsky. São Paulo, 1976.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2005.

-
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal, ciência do Direito Penal e poder punitivo estatal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 927, 16 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7823>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. Editora: Atlas. São Paulo, 2010.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; SAKAI, Rita Becca. Terrorismo e direito penal – Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, ano 12, nº 14. 2008.
- GRECO, Luis. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 12ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2010.
- HOBBS, Thomas. O Leviatã. Editora: Martin Claret. São Paulo, 2008.
- Hungria, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo I. 3ª edição. Editora: Forense. Rio de Janeiro, 1959.
- JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. 4ª edição. Editora: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.
- Jakobs, Günther. Direito Penal do Inimigo. 2ª triagem. Editora: Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.
- Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4285, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32024>>. Acesso em: 4 jun. 2015.
- Kant, Immanuel. A Paz perpétua. Editora: L&PM. 1ª edição. Rio Grande do Sul, 2008
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2011;
- LUIZI, Luis. Os princípios Constitucionais Penais. 2ª edição. Editora: Safe. Porto Alegre, 2003.
- MARCÃO, Renato. Execução penal:. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4515>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- Martín, Luis Gracia. O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007.
- MIRANDA, Alessandra de La Vega. Controle penal e terrorismo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2220, 30 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13236>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- Moraes, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo - A Terceira Velocidade do Direito Penal. Editora: Juruá, Curitiba, 2009.
- NETO, José Cretella. Terrorismo Internacional Inimigo sem rosto-combatente sem pátria. Editora: Millennium, São Paulo, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- NUCCI, Guilherme Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- PEREIRA, Pedro Fernandes Alonso Alves. Escritos sobre execução penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4329, 9 maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32950>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. Editora Saraiva. São Paulo, 2008.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Crime hediondo e indulto natalino. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/40680>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Execução penal: lições básicas. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4308, 18 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32720>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- Rousseau, Jean – Jacques. Do Contrato Social. Editora: Martin Claret. São Paulo, 2006.
- SAFRAIDER, Luís Alberto. Drogas ilícitas, direito penal e sociedade . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4469, 26 set. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33388>>. Acesso em: 6 out. 2015.
- SANCHES CUNHA, Rogério. Manual de Direito Penal - PARTE GERAL, 2º Edição - Ed. Juspodivm, 2014.
- SÁNCHEZ, Jesus-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós - industriais. Série: As ciências criminais no século XXI, Vol. 11. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.
- SCHARTH, Daniel; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal e cálculo discriminado no crime continuado. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4003, 17 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29500>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Atestado de pena a cumprir anual: direito constitucional à obtenção de certidões. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4428, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41787>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- SILVA, Bruno Joviniano de Santana. Atestado de pena a cumprir anual: direito constitucional à obtenção de certidões. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4428, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41787>>. Acesso em: 5 out. 2015.
- STREK, Lenio Luiz; CALLEGAR, André Luís. Direito penal em tempos de crise. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007.
- VASCONCELOS, Paulo Mariano Alves de. Existe direito adquirido a regime jurídico?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3581, 21 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24238>>. Acesso em: 4 jun. 2015.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. O Inimigo no Direito Pena. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico Nº 14, 2º edição. Editora: Revan. Rio de Janeiro, 2007.

A PARADIPLOMACIA, A GOVERNANÇA GLOBAL E O PAPEL DA COOPERAÇÃO PARA OS ESTADOS SUBNACIONAIS

Paradiplomacy, global governance and the role of cooperation to the united subnational

CRISTIANE ELIAS DE CAMPOS PINTO¹
Universidade Católica de Santos

Sumário: 1. Introdução. 2. Da paradiplomacia e o Direito Internacional do Meio Ambiente. 3. A Paradiplomacia e a Governança Global. 4. A Paradiplomacia e a Soberania dos Estados no contexto das políticas públicas frente o ordenamento jurídico brasileiro.

Resumo: O presente trabalho abordou importantes questões do Direito Ambiental Internacional, relacionadas com a Paradiplomacia, visando traçar uma análise inicial da relação da Paradiplomacia Ambiental, da Governança Global, e da Soberania dos Estados. Identificou o tema proposto, levando em consideração a premissa de que os problemas ambientais não estão adstritos a barreiras territoriais, e, dessa forma, mostra-se absolutamente necessária a adoção de mecanismos de cooperação internacional para o enfrentamento dessa problemática que é global. Assim foi possível identificar a importância do aprofundamento dos temas para a perspectiva de análise das ações que podem ser obtidas no combate de problemas ambientais globais. Ademais, a participação dos estados subnacionais poderá ampliar o atual modelo de construção de políticas públicas para cidades sustentáveis e a contribuição desses estados em cooperação com outros, em projetos bem sucedidos sob o ponto de vista do desenvolvimento de cidades sustentáveis que, historicamente, tenham exercido paradiplomacia com boa governança global.

Palavras chave: paradiplomacia; governança; soberania

Abstract: This paper addresses important issues of international environmental law related to the Paradiplomacy, aiming to draw an initial analysis of the Environmental Paradiplomacy of Global Governance and State Sovereignty. Has identified the theme, taking into account the assumption that environmental problems are not assigned to territorial barriers, and thus proves to be absolutely necessary to adopt international cooperation mechanisms for addressing this problem that is global. Thus it was possible to identify the importance of deepening the themes for analysis perspective of actions that can be taken to combat global environmental problems. Moreover, the share of sub-national states may expand the current model of development of public policies for sustainable cities and the contribution of these states in cooperation with others, in successful projects from the point of view of

¹ Advogada. Professora Universitária. Mestra em Direito Ambiental e Doutoranda em Direito Ambiental Internacional, pela Universidade Católica de Santos - Brasil. e.mail: cristiane.e.c.pinto@gmail.com

the development of sustainable cities that historically have exercised paradiplomacy with good global governance.

Keywords: Paradiplomacy ; governance ; sovereignty

1. Introdução

O presente trabalho aborda assuntos relevantes do Direito Ambiental Internacional, relacionados com a Paradiplomacia, com o objetivo de traçar uma análise bastante inicial da relação da Paradiplomacia Ambiental, da Governança Global, e da Soberania dos Estados, para instigar uma provocação mais aprofundada dos temas em um trabalho futuro.

Sendo assim, e em se tratando de uma abordagem doutrinária, passa a identificar o tema proposto, levando em consideração a premissa de que os problemas ambientais não estão adstritos a barreiras territoriais, e, dessa forma, mostra-se absolutamente necessária a adoção de mecanismos de cooperação internacional para o enfrentamento dessa problemática que é global.

2. Da paradiplomacia e o Direito Internacional do Meio Ambiente.

O conceito de paradiplomacia ambiental está inserido na temática do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e ganhou destaque segundo REI, SETZER e CUNHA²

Em primeiro lugar, porque os problemas que afetam o mundo hoje exigem uma resposta de múltiplos atores, em múltiplas escalas, cabendo aos governos subnacionais o papel crucial de desenvolver e implementar as políticas necessárias à promoção do paradigma da sustentabilidade mais próximos do cidadão.

Desta afirmação, já podemos pensar que faz parte do estudo do Direito Internacional do Meio Ambiente, a preocupação com o papel dos governos subnacionais na condução de políticas públicas diversas, bem como, da capacidade destes Estados de efetiva implementação de tais políticas.

Assim, podemos afirmar, que o instituto da paradiplomacia pode ser um exemplo eficaz de cooperação internacional entre municípios com diversas vocações, especialmente para traçar perspectivas de desenvolvimento sustentável.

² REI, F. C. F.; CUNHA, K. **Paradiplomacia ambiental e o papel do Estado de São Paulo na agenda climática.** In: Maria Luiza Machado Granziera; Alcindo Gonçalves. (Org.). Os problemas da zona costeira no Brasil e no mundo. Santos: Ed. Univ. Leopoldianum, 2012

Entendemos que a paradiplomacia é uma maneira de se atingir a boa governança ambiental global, para o alcance do desenvolvimento sustentável, esta entendida como meio, ou meios de solucionar problemas e de atingir bons resultados não excluindo a posição do Estado tampouco do setor privado.

Nesse sentido, o Direito Internacional do Meio Ambiente, assume um protagonismo já que reúne um conjunto de direitos que, se bem articulados, podem garantir ou ao menos desenhar valiosos instrumentos de cooperação entre Estados em matérias ou assuntos que até pouco tempo, encontravam barreiras na soberania dos Estados.

Desse modo, e como bem sublinham (REI, SETZER e CUNHA)

Na verdade, o Direito Internacional do Meio ambiente assume um papel funcional nessa nova ordem, já que se fundamenta em um mix de direitos que nele convivem, reclamando reformas com peculiar equilíbrio e contínuo exercício. Ao mesmo tempo em que é um produto dos estados, é cada vez mais impulsionado pelos trabalhos das organizações Internacionais (oIs), das Redes de Governos Regionais e Locais e também de outros atores da sociedade internacional, como as organizações não Governamentais (onGs). Aliado a isso, tem-se a contribuição do conhecimento científico e da sua evolução, reforçando o papel da *softlaw* como a grande ferramenta a serviço da adaptação do Direito Internacional aos novos desafios da sociedade contemporânea, como a agenda ambiental, na impossibilidade de se avançar com regras impositivas em determinados campos

Ademais, e asseverando o papel do Direito Internacional na atualidade, podemos dizer que as questões ambientais globais ensejam a necessidade de visão mais ampliada sobre a implementação ou aplicação das normas de Direito Internacional.

Nesse raciocínio, enuncia KISS³

Another aspect of the function of international law, on which global change certainly has an impact, is the implementation and the enforcement of international legal rules. Indeed, the new requirements modify the tasks of states, they make it necessary to use or to create new international mechanisms for the surveillance of the implementation of such rules and they change our approach to international liability.

³ KISS, Alexandre Charles. ***The implications of global change for the international legal system. Environmental change and international law: New challenges and dimensions***. UNITED NATIONS UNIVERSITY PRESS, 2005, p. 325.

Assim, podemos afirmar de antemão, que o instituto da paradiplomacia pode ser um exemplo eficaz de cooperação internacional entre municípios com as mais diversas vocações, especialmente para traçar perspectivas de desenvolvimento sustentável.

É ainda, importante destacar a visão de KEATING⁴

la paradiplomacia es um fenómeno bastante reciente y sujeto en gran medida a la prueba u error en la medida en que las regiones experimentan lo que funciona y lo que resulta rentable en la relación costo y resultados. Algunas regiones, tras realizar este balance de costos y resultados, comienzan a darse cuenta de que gran parte de lo que han estado haciendo tiene pocos efectos prácticos y, como consecuencia de ello, se replantean su actividad

Por outro lado, não há o que se olvidar, segundo mesmo o que preleciona Saskia Sassen⁵ que,

as cidades assumiram um papel estratégico na nova geografia do poder. Pois "(...) com suas complexas redes de empresas, que oferecem serviços altamente especializados e talento profissional, são lugares estratégicos para a produção destas funções especializadas" necessárias às grandes corporações.

É, portanto, inegável, a inserção internacional das cidades, bem como a necessidade de instrumentos efetivos de cooperação para o desenvolvimento de cidades eficientes, ambientalmente equilibradas e com governos locais minimamente empoderados.

Nessa esteira, sustenta Pietro apud Rodrigues⁶, 2004, 443)

(...) o envolvimento de governos não centrais nas relações internacionais, mediante o estabelecimento de contatos permanentes e *ad hoc*, com entidades públicas ou privadas estrangeiras, com o objetivo de promoção socioeconômica e cultural, bem como de qualquer outra dimensão exterior nos limites de sua competência constitucional

⁴ KEATING, M. 2000. **Regiones y asuntos internacionales: motivos, oportunidades y estrategias**. In: M. KEATING; F. ALDECOA, Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones. Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 70

⁵ SASSEN, Saskia. **El Estado y la nueva geografía del poder**. In: VIGEVANI, Tullo, et al. (org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC; Ed. Unesp; Bauru, EDUSC, 2004, p. 375.

⁶ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIDADES: PARADIPLOMACIA SUI GENERIS?** Paper aprovado para a 36º ANPOCS, GT28 – Política Internacional, 21-25 de outubro de 2012.

3. A Paradiplomacia e a Governança Global

Entendemos que a paradiplomacia é a maneira de se atingir a boa governança ambiental global, para o alcance do desenvolvimento sustentável, que segundo GONÇALVES⁷, o tema de governança pode ser definido como:

meio e processo capaz de produzir resultados eficazes, sem necessariamente a utilização expressa da coerção. Mas a governança não exclui a dimensão estatal: ao contrário, acaba por envolvê-la. Governança diz respeito, como já ressaltado (...) à "totalidade das diversas maneiras" para administrar problemas, com a participação e ação do Estado e dos setores privados. É evidente, porém, que a dimensão não-estatal é o traço proeminente e de certa forma inédito trazido pela governança ao debate e à formulação de políticas e de ações nos planos nacional e internacional.

É criterioso asseverar, que as cidades historicamente assumem posição de destaque nas relações internacionais especialmente para participar de blocos regionais e locais que tratam dos mais diversos interesses, como portos e questões urbanas.

Assim destaca RODRIGUES⁸

Embora não se possa falar genericamente em direitos históricos das cidades como atores internacionais (apenas excepcionalmente, recorde-se a Cidade de Trieste), a história das relações internacionais, principalmente européia, mostra que muitas cidades mantiveram práticas reconhecidas, e não contestadas, de relações internacionais em forma paradiplomática. Essa experiência histórica, incorporada na própria identidade das cidades, age como um vetor de legitimidade para o exercício de uma paradiplomacia contemporânea, à luz da globalização e da governança global.

Outro aspecto que compõe a presente hipótese é o lugar que a cidade ocupa na ordem político-jurídica do Estado nacional. Na medida em que existam e se consolidem estruturas e políticas de descentralização política e/ou administrativa, as cidades assumem competências e atribuições que as aproximam das relações internacionais, seja como cooperantes, seja como atores em processos de construção coletiva, multilateral e regional. Pense-se nos temas de competência das cidades – em geral comum aos outros entes – para a criação e execução de políticas públicas: planejamento urbano, meio ambiente, proteção a bens culturais, educação, saúde e transporte municipal

⁷ GONÇALVES, Alcindo. **"Rio+20 e a Governança Ambiental Global"**. In: Revista Política Externa, vol. 21, nº 2, (set/out/nov, 2012)

⁸ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIDADES: PARADIPLOMACIA SUI GENERIS?** Paper aprovado para a 36º ANPOCS, GT28 – Política Internacional, 21-25 de outubro de 2012

Vemos a paradiplomacia como um valioso instrumento do Direito Internacional, para o auxílio de problemas globais, como perspectiva moderna de governança, a garantir efetividade de projetos cooperados para o desenvolvimento sustentável de Estados Subnacionais.

Ademais, é importante destacar o papel da paradiplomacia na posição das cidades na ONU, a participação e a inclusão dos municípios no documento final da Rio +20 (*Zero Draft*), na Rede de Governos Regionais para o Desenvolvimento Sustentável (nrg4SD), assim como o papel da Rede Mercocidades.

4. A Paradiplomacia e a Soberania dos Estados no contexto das políticas públicas frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

A ideia de Soberania dos Estados é tema de extrema relevância para o Direito Internacional e ganha destaque nas questões de Direito Ambiental, dada a notável complexidade de solução destas problemáticas.

Na área ambiental, agrava-se essa missão ou tarefa, na medida em que se constata que os problemas ambientais são, notadamente, globais e por essa perspectiva, é que deve nortear-se o Direito Internacional.

Sendo assim, interessante o pensamento de FERRAJOLI⁹

Fora do horizonte do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado: não apenas a paz, mas tampouco a igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente concebido como patrimônio da humanidade, conceito que também inclui as gerações futuras.

E ainda, considerando que a soberania pode ter seus limites ultrapassados pelo Estado Moderno e pela compreensão de que determinados problemas ensejam a superação de conceitos, e de limites territoriais, podemos conceber a paradiplomacia como instrumento que justifica a soberania dos estados subnacionais para enfrentamento e cooperação em matéria ambiental.

Ainda nessa linha fala FERRAJOLI,

Naturalmente, essa crise do Estado é uma crise de época, com conseqüências imprevisíveis. Mas acreditamos que cabe à cultura jurídica e política apoiar-se naquela "razão artificial" que é o direito, e que já no passado moldou o Estado em suas relações internas, para indicar as formas e os percursos: os quais passam, evidentemente, através da superação da própria forma do Estado nacional e através da reconstrução do direito internacional, fundamentado não mais na soberania dos Estados, mas desta vez, sobre as autonomias dos povos.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Martins Fontes: 2002, p. 62

Nos limites da soberania dos Estados Subnacionais e na esfera de competência legislativa brasileira, cabe aos municípios brasileiros, segundo o artigo 30 da Carta Constitucional de 1988 legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual e promover adequado ordenamento territorial, *"mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano"*.

A regra constitucional define claramente o papel dos municípios na política urbana atribuindo a estes a competência legislativa aos interesses locais, neste entendido como aquele que compatibiliza as atividades econômicas e sociais a garantir o pleno desenvolvimento das funções das cidades.

Ainda sobre a questão do que se entende por interesse local, Freitas¹⁰ entende que o texto constitucional *"não confere aos Municípios competência para legislar sobre tudo o que reputarem importante"*. É necessário que cada caso seja analisado, observando-se as legislações federal e estadual e também a importância do interesse local.

Do mesmo modo, caberá aos Municípios promover o planejamento urbano adequado, através dos instrumentos jurídicos dispostos pela política urbana nacional, de sorte que nos parece necessário identificar o embasamento legal da política urbana.

Sendo assim, cabe mencionar neste momento e apenas para contextualizar o tema deste trabalho, que o município é ente federativo com competência para legislar sobre diversos instrumentos de política urbana estabelecidos pelo Estatuto da Cidade – Lei Federal 11.057/2011.

Ainda, e segundo Nelson Saule Junior, a Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor pela primeira vez um capítulo específico destinado à política urbana, contendo princípios, responsabilidades e instrumentos jurídicos e urbanísticos com o fito de alterar o quadro de degradação ambiental e desequilíbrio social nas cidades.

Do mesmo modo, revela-se um grande marco regulatório para a política urbana a criação do Ministério das Cidades em 1º de janeiro de 2003, através da Medida Provisória nº. 103, depois convertida na Lei nº. 10.683, de 28 de maio do mesmo ano. O Decreto nº. 4665, de 3 de abril de 2003, aprovou a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão do Ministério das Cidades

O Ministério das Cidades como órgão da Administração Federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

I - política de desenvolvimento urbano;

¹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61-63

- II - políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito;
- III - promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;
- IV - política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano;
- V - planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; e
- VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem assim para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento

Os órgãos municipais de Meio Ambiente e Planejamento Urbano também desempenham importante função nos municípios, inclusive de cooperação entre os demais órgãos municipais, bem como, podem atuar nas Redes de Cidades que primam por objetivos comuns de sustentabilidade.

Outrossim, e ainda tratando da política urbana nacional, o artigo 182 da Constituição Federal estabelece que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, e que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Vale mencionar, apenas a guisa de informação que, por disposição do artigo 41 do Estatuto da Cidade, o plano diretor não é obrigatório para todos os municípios brasileiros, notadamente para aqueles com menos de 20 mil habitantes.

Sendo assim, para os municípios obrigados afigura-se medida cautelosa e indutora de eficácia do próprio plano diretor a aprovação conjunta de outras normas de caráter ambiental e urbanística, sem as quais provavelmente o referido plano não terá a efetividade desejada.

A Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade, por sua vez, regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabeleceu regras gerais para a gestão dos Municípios, deixando para estes a definição de sua própria política urbana.

Dentre as regras gerais estabelecidas pela lei em comento destacaremos em linhas gerais a seguir as diretrizes, os objetivos, assim como os vários instrumentos da política urbana.

De acordo com a Lei 10.257/01 são consideradas as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade as abaixo elencadas, que serão reproduzidas pela sua importância especialmente para o tema que estamos delimitando:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres naturais;

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar

os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

As diretrizes do Estatuto atuam como princípios e nessa qualidade devem servir como orientação aos Municípios quando da elaboração das políticas de desenvolvimento urbano que devem ser executadas pelos instrumentos previstos na lei, que serão mencionados após tratarmos do objetivo da política urbana e das funções sociais da cidade.

Destarte, podemos antecipar nesse momento, e até mesmo para justificar por que mencionamos com o devido destaque tais diretrizes, que os instrumentos previstos no Estatuto, servem como útil ferramenta de planejamento das cidades, como ferramenta de controle urbano, a garantir o crescimento sustentável, a oferta adequada de equipamentos urbanos e a qualidade de vida das pessoas.

Vale mencionar, outrossim, que a imposição de diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, segundo Padilha¹¹ (2010, p. 414), *"não exclui a possibilidade do Plano Diretor, para alcançar o seu cumprimento, estabelecer diretrizes específicas"*

¹¹ PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos do Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 414

Mormente, estabelecer diretrizes específicas é demasiadamente importante para qualquer plano, já que dessa forma, poderá contemplar as reais necessidades dos municípios.

Ademais e pela análise das diretrizes, podemos entender que os instrumentos de política urbana estatuídos pela mesma norma guardam estreita relação com a ideia de que as cidades devem garantir efetividade na utilização de políticas de planejamento urbano.

Para atingir tal desiderato, devem aprovar as normas específicas de planejamento e que tal atitude deverá ser adequada quanto ao tempo de sua edição, visto que a inércia ou a demora do Poder Público no exercício dessa função favorecem constantemente o crescimento e expansão urbana desordenada, e atende em muitos casos aos interesses de grandes grupos econômicos que não tem verdadeiramente compromisso com os interesses sociais, com os interesses da cidade e com a qualidade de vida das pessoas.

Dessa forma, analisar as diretrizes do Estatuto afigura-se tarefa importante na medida em que a política urbana atingirá seus objetivos, desde que se utilize dos instrumentos nela previstos inspirados nessas diretrizes.

O objetivo da política urbana foi disciplinado no art. 2.o do Estatuto que visa ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante as diretrizes estabelecidas no mesmo artigo.

Para Canepa¹², as funções sociais da cidade são funções urbanísticas que o Poder Público deve atender, sendo elas: habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e circulação humana.

Ainda na opinião de SILVA¹³,

A cidade é fruto da organização e da sociabilidade humana, possuindo atualmente estruturas e formas políticas legítimas para a sua organização e desenvolvimento de seus habitantes. Por ser uma construção artificial, deve a cidade possuir uma relação dinâmica com aqueles que nela habitam. Apesar de desaconselhável, a sociedade por ter uma relação predatória com a natureza. Uma relação desse tipo é impossível na cidade, pois tudo o que é feito, processado, construído ou aproveitado nesse espaço é fruto das relações humanas; por isso, as cidades devem estar em constantes modificações, para atender às novas ou crescentes necessidades humanas.

Enfim, e utilizando o entendimento do mesmo autor, *"a cidade deve ser um bom lugar para viver, esta e as futuras gerações"*.

¹² CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis**. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 112

¹³ SILVA, Carlos Henrique Dantas da. **Plano Diretor. Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.74

Essas funções têm notadamente tratamento constitucional, e inspiração de tratados internacionais que veremos adiante. O direito a habitação está previsto no artigo 6.o da Constituição Federal, além de estar previsto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a função trabalhar segundo José Afonso da Silva¹⁴ "*realiza-se nas indústrias, no comércio e nos estabelecimentos governamentais e prestadores de serviço*" e para que se garantam condições dignas de trabalho o zoneamento irá estabelecer as regras para o pleno exercício dessa função.

A função recreação do mesmo modo também é garantida constitucionalmente posto que está prevista no rol dos direitos sociais do artigo 6.o da carta constitucional

Já a função de circulação humana se manifesta pelo direito de locomoção também previsto constitucionalmente nos incisos XV e LXVIII do artigo 5.o que se refere à implementação de um sistema viário sobre o qual falaremos quando tratarmos dos requisitos dos planejamentos urbanos.

Por derradeiro, vale mencionar a opinião de SIRVINSKAS¹⁵ sobre o que representa a função social das cidades:

As funções sociais da cidade serão estabelecidas pelos municípios, partindo das normas gerais fixadas por lei. Essa lei é a própria Constituição Federal, que, em diversos dispositivos, fixa regras para o bem-estar da comunidade. Tais critérios estão estabelecidos no art. 225, caput. da CF, ao dizer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrados. Para que isso seja possível, há a necessidade de uma política de habitação adequada, saneamento básico amplo, distribuição de água a todos os habitantes, hospitais suficientes, trabalho para todos, salário digno, possibilidade de respirar ar adequado.

Para garantir que as funções sociais sejam cumpridas, o Estatuto da Cidade prevê instrumentos de política urbana, igualmente definidos pela lei no artigo 4.o, sendo eles:

I - planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II- planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) o plano diretor;

b) a disciplina sobre o parcelamento do uso e da ocupação do solo;

c) o zoneamento ambiental;

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 234

¹⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: SARAIVA, 2013, p. 717

- d) o plano plurianual;
- e) as diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
- f) gestão orçamentária participativa
- g) os planos de desenvolvimento econômico e social

Os instrumentos previstos na lei visam à organização do espaço urbano para garantir as funções sociais da cidade anteriormente mencionadas.

Sendo assim, e diante desse panorama legal, o grande questionamento que se faz é a respeito da efetividade das normas tendentes ao equacionamento das questões ambientais, estas vistas, como dito outrora, questões globais, posto que não se encerram em barreiras geográficas.

Indubitavelmente, e pela experiência brasileira, ainda que este trabalho não traga qualquer estudo de caso, tampouco se proponha a isso, a resposta ao questionamento feito no parágrafo anterior é de que pouca efetividade é garantida sob a égide da Lei, ou seja, o elemento normativo, não é capaz, ao menos isoladamente, de garantir concretude, efeitos práticos ao que a sociedade espera e deseja, tampouco ao que a comunidade internacional aspira em questões ambientais de todos os gêneros.

E é justamente essa a razão, pela qual defendemos que a paradiplomacia, vista como uma perspectiva moderna de governança, pode promover positivos resultados na solução de problemas ambientais, na cooperação em políticas públicas, no auxílio ao estabelecimento de medidas e acordos internacionais entre municípios participantes de redes de cooperação, considerando que as tradições formas de solução de problemas não resultam, na atualidade, na produção de resultados mais efetivos na escala e na dimensão de problemas que a humanidade se depara e em relação aos quais, os Estados não podem se esquivar.

Considerações finais

Com base na sucinta análise dos institutos da Paradiplomacia, da Governança e Soberania é possível identificar a importância do aprofundamento dos temas para a perspectiva de análise das ações que podem ser obtidas no combate de problemas ambientais globais, especialmente no contexto legal que se apresenta para implementação de políticas públicas.

Ademais, a participação dos estados subnacionais poderá ampliar o atual modelo de construção de políticas públicas para cidades sustentáveis e a contribuição desses estados em cooperação com outros, em projetos bem sucedidos sob o ponto de vista do desenvolvimento de cidades sustentáveis.

Por fim, e como bem assevera RODRIGUES há reconhecimento histórico das cidades em relações internacionais como modelos reconhecidos de paradiplomacia exercida com boa governança global, o que só reforça a relevância desse instrumento no Direito Internacional do Meio Ambiente.

Ademais, o reconhecimento histórico advém, não só da prática dos institutos mencionados acima, mas também da necessidade de se adotar outras e novas

fórmulas para solução de problemas tão complexos como são os problemas ambientais na escala em que se apresentam nos dias atuais.

Referências bibliográficas

- CANEPA, Carla. **Cidades Sustentáveis**. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Martins Fontes: 2002
- FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- GONÇALVES, Alcindo. **"Rio+20 e a Governança Ambiental Global"**. In: Revista Política Externa, vol. 21, nº 2, (set/out/nov, 2012)
- KEATING, M. 2000. **Regiones y asuntos internacionales: motivos, oportunidades y estratégias**. In: M. KEATING; F. ALDECOA, Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones. Barcelona, Marcial Pons.
- KISS, Alexandre Charles. **The implications of global change for the international legal system. Environmental change and international law: New challenges and dimensions**. UNITED NATIONS UNIVERSITY PRESS.
- PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos do Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Elsevier, 2010
- REI, F. C. F.; CUNHA, K. **Paradiplomacia ambiental e o papel do Estado de São Paulo na agenda climática**. In: Maria Luiza Machado Granziera; Alcindo Gonçalves. (Org.). Os problemas da zona costeira no Brasil e no mundo. Santos: Ed. Univ. Leopoldianum, 2012.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE CIDADES: PARADIPLOMACIA SUI GENERIS?** Paper aprovado para a 36º ANPOCS, GT28 – Política Internacional, 21-25 de outubro de 2012. Disponível em
:<http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8168&Itemid=217
- SASSEN, Saskia. **El Estado y la nueva geografía del poder**. In. VIGEVANI, Tullo, et al. (org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC; Ed. Unesp; Bauru, EDUSC, 2004.
- SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade** – trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999
- SILVA, Carlos Henrique Dantas da. **Plano Diretor. Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2008
- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: SARAIVA, 2013

ASPECTOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS DA CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Procedure and procedural the Hague Convention on civil aspects of international abduction of children

ÉRICA GUERRA DA SILVA

FÁBIO DA SILVA VEIGA

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Universidade de Vigo

Sumário: Introdução. 1. As Convenções da Haia. 2. Membros da Conferência da Haia e os Estados contratantes não membros da Conferência da Haia. 3. As Convenções: Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores. 4. Legislação. 5. Requisitos de procedibilidade. 6. Sequestro Internacional. 7. Autoridade Central. 7.1. Comissão Permanente. 7.2. Juízes de enlace (cooperação) no Brasil para a Convenção da Haia de 1980. 7.3. Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção da Haia de 1980 no Supremo Tribunal Federal. 8. Direito de Retorno. 9. Direitos de Guarda e Visitação. 9.1. Cláusula "*ne exeat*". 9.2. Ausência de previsão, na legislação brasileira, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho parte do problema caracterizado pela inexistência de um documento que disponha de forma pragmática sobre a aplicabilidade da Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, no ordenamento jurídico brasileiro. Na persecução da essencialidade de se atentar para as complexidades deste problema, o trabalho tem como objetivo geral a análise no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da doutrina e legislação, dos mecanismos de efetividade da Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, tanto na cooperação ativa (quando a Autoridade Central brasileira solicita à Autoridade Central de outro Estado Parte a realização de procedimento civil, para o retorno de criança retirada ou retida ilicitamente) como na cooperação passiva (demonstra-se através da realização de atos públicos pela Autoridade Central brasileira, a pedido da Autoridade Central de outro Estado Parte, para a efetivação do retorno de criança vítima de sequestro internacional mantida no território nacional). Ademais, analisa-se o ordenamento jurídico espanhol à luz da legislação, dos mecanismos de efetividade da Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980.

Palavras chave: Convenção da Haia, Sequestro Internacional de Crianças e aplicabilidade.

Abstract: This study of the problem characterized by the absence of a document available pragmatically on the applicability of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction, 1980, the Brazilian legal system. In pursuit of essentiality to pay attention to the complexities of this issue, work has as main objective to analyze the Brazilian legal system, in the light of doctrine and law, the effectiveness of the mechanisms of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction, 1980, both in active cooperation (when the Brazilian Central Authority asks the central authority of another Member State to carry out civil procedure for the child's return removed or retained illegally) and in passive cooperation (it is shown by performing acts public by the Brazilian Central Authority, at the request of the Central Authority of another State Party to the realization of the international abduction of a child victim of return held in the country). Furthermore, we analyze the Spanish legal system in the light of the legislation, mechanisms of effectiveness of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction, 1980.

Keywords: Hague Convention, International Child Abduction and applicability

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal realizar uma análise acerca dos aspectos processuais e procedimentais da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980.

Como é sabido, o Brasil aderiu a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, vinte anos após a sua entrada em vigor, em 2000, sendo que só retornou à condição de membro da Conferência da Haia em 2001.

O presente trabalho, parte do problema caracterizado pela inexistência de um documento que disponha de forma pragmática sobre a aplicabilidade da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, no ordenamento jurídico brasileiro.

Na persecução da essencialidade de se atentar para as complexidades deste problema, o trabalho tem como objetivo geral a análise no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da doutrina e legislação, dos mecanismos de efetividade da Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, tanto na cooperação ativa (quando a Autoridade Central brasileira solicita à Autoridade Central de outro Estado Parte a realização de procedimento civil, para o retorno de criança retirada ou retida ilicitamente) como na cooperação passiva (demonstra-se através da realização de atos públicos pela Autoridade Central brasileira, a pedido da Autoridade Central de outro Estado Parte, para a efetivação do retorno de criança vítima de sequestro internacional mantida no território nacional).

A pesquisa realizada foi dividida em nove itens, sendo que o primeiro deles trata da estrutura da Haia, como organismo internacional privado e a repercussão da sua atuação no âmbito mundial.

Nos segundo item, o estudo é voltado para uma análise dos Estados membros e não membros da Conferência da Haia.

No terceiro item, é tratada a aplicabilidade da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores.

O quarto item descreve as legislações sobre a matéria de Sequestro Internacional de Crianças no ordenamento jurídico brasileiro.

No quinto item, são estabelecidos os requisitos preliminares para que se possa requerer à Autoridade Central o pedido de retorno da criança.

O sexto item trata da concepção de sequestro internacional de criança para aplicabilidade da Convenção da Haia, de 1980. Considerando-se que o termo sequestro é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, posto que a Convenção da Haia usa a expressão abdução.

O sétimo item trata aborda-se sobre a Autoridade Central, suas competências e os princípios que regem suas atividades. Ademais, estuda-se sobre a Comissão Permanente e os Juízes de Enlace que atuam no sistema de cooperação no Brasil para a Convenção da Haia de 1980. Estuda-se, ainda, o Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção da Haia de 1980, no Supremo Tribunal Federal.

No oitavo item, aborda-se o tema central da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, ou seja, a célere restituição de criança ilicitamente transferida ou retida em um Estado Parte diverso da sua residência habitual.

O item nono estudam-se os direitos de guarda e visitação e, ainda, sobre a ausência de previsão, na legislação brasileira, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção.

Por fim, com relação à sistemática da investigação, trata-se de pesquisa do tipo bibliográfico documental qualitativa, orientada pelo modelo crítico dialético, tendo como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a legislação brasileira; a doutrina nacional e estrangeira e a jurisprudência nacional e estrangeira.

1. As Convenções da Haia¹

A Haia, sede das Conferências de Paz, da Corte Internacional de Arbitragem, da Corte Internacional de Justiça e da Academia de Direito Internacional, tem sido nos últimos cem anos o principal centro de estudos, elaboração e aplicação de normas de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado.

¹DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – parte Geral**. 6ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 81-84.

Em 1951 foi assinado, tendo entrado em vigor em 1955, o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que lhe deu foros de organização internacional de caráter permanente, com sede na Haia, composta de Estados membros que aceitem o Estatuto e participem do orçamento do *Bureau* permanente e das comissões especiais, cabendo à Comissão de Estado holandesa, conselheira do governo deste país, zelar pelo bom funcionamento da Conferência e preparar a ordem do dia das conferências, após consultar os países membros.

Nas sessões quadrienais as delegações dos países membros da Conferência debatem projetos sobre vários tópicos de Direito Internacional Privado.

O Brasil ratificou o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em 1971 e sem ter ratificado qualquer uma das Convenções da Conferência, dela se retirou em 1977 mediante denúncia do Estatuto.

Pelo decreto legislativo nº 41, de 14/5/1998, o Brasil reaprova o Estatuto da Conferência, visando voltar a ser membro da entidade. O regresso efetivo ocorreu em 23 de novembro de 2001².

2. Membros da Conferência da Haia e os Estados contratantes não membros da Conferência da Haia

A Conferência da Haia de Direito Privado possui, atualmente, setenta e sete membros, sendo que se deve diferenciar membro e parte. Os Membros são os entes (Estados ou Organização) que contribuem com o *Bureau* e participam das comissões, o Brasil é país membro que ratificou a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980.

Hodiernamente, os não membros/partes são sessenta e sete Estados que, sem embargo, ratificaram ou aderiram a uma ou várias Convenções da Haia. A Colômbia, por exemplo, ratificou a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, mas não é membro.

3. As Convenções: Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores

A análise da aplicabilidade das Convenções da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e a Interamericana de Restituição Internacional de Menores é essencial para que possamos buscar o fim precípua de ambas, que é o retorno da criança retirada ou retida ilicitamente da sua residência habitual.

Constatamos, segundo o relatório da base de dados sobre a subtração internacional de menores – Seção Interamericana disponível no sítio da Conferência da Haia e os dados disponíveis no sítio da Organização dos Estados Americanos

²Dados gerais: a) Entre 1951 a 2000: I – 33 convenções sobre diversos temas foram aprovadas; II) das 33 convenções aprovadas, 24 estavam vigorando em 1º de março de 2000. b) São necessários 3 países aderirem para entrar em vigor uma Convenção.

(OEA): atualmente, 35 (trinta e cinco) países independentes das Américas ratificaram a Carta da OEA e são membros da Organização. Apenas 16 (dezesesseis) países ratificaram a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, do Uruguai/1989.

Desses 16 (dezesesseis) países apenas 03 (três) não são signatários concomitantemente das Convenções da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças e da Interamericana de Subtração Internacional de Menores. São, portanto, signatários apenas da Convenção Interamericana de Subtração Internacional de Menores: Antigua e Barbuda; Bolívia e Haiti.

Desta feita, são países signatários das Convenções da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças e da Interamericana de Subtração Internacional de Menores: Argentina, Belize, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

O restante dos países das Américas que ratificaram a Carta da OEA e são membros da Organização (19 países), nove ratificaram a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças: Bahamas; Canadá; Chile; Estados Unidos da América; El Salvador; Honduras; Panamá; Saint Kitts e Nevis e Trinidad e Tobago. Sendo certo que dez países das Américas que ratificaram a Carta da OEA e são membros da Organização não ratificaram nenhuma Convenção sobre a restituição de criança vítima de sequestro internacional, no âmbito cível, são eles: Barbados; Cuba; Grenada; Guiana; Jamaica; República Dominicana; Santa Lúcia; São Vicente; Granadinas e Suriname.

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro de Crianças, da Haia de 25 de outubro de 1980, é o principal instrumento de combate à subtração internacional de crianças e visou resolver principalmente os conflitos entre genitores³ de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal, tendo sido ratificada por 92(noventa e dois) Estados.

4. Legislação

- 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.
- Decreto nº 3.951, de 4 de outubro de 2001 - Designa a Autoridade Central para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, cria o Conselho da Autoridade Central Administrativa Federal contra o Sequestro Internacional de Crianças e institui o Programa Nacional para Cooperação no Regresso de Crianças e Adolescentes Brasileiros Sequestrados Internacionalmente.

³ O termo *genitor* (corresponde à maioria dos casos) se refere a qualquer titular de direito de guarda no Estado da residência habitual definido no artigo 3º da Convenção da Haia.

- Decreto nº 1.212 de 3 de agosto de 1994 - Promulga a Convenção Interamericana de Restituição Internacional de Menores, concluída na cidade de Montevideu, em 15 de julho de 1989.
- Portaria nº 34, de 28 de janeiro de 2014 - Cria a Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

O Brasil aderiu à reserva do art. 24HccH, permitida pelo art.42 HccH, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial.

5. Requisitos de procedibilidade

- Criança: Até atingir a idade de 16 (dezesseis) anos.⁴(art. 4º da HccH).
- Residência habitual: residência habitual a ser considerada é a da criança, e não a de seus pais. A transferência ilícita não tem o poder de mudar a residência habitual da criança. A habitualidade é avaliada à luz da sociabilidade da criança, ou seja, o lugar onde estão seus laços de amizade, rotina escolar, hábitos do cotidiano etc.
- Prazo para o pedido de retorno: A pessoa cujo direito de guarda foi violado poderá fazer o pedido de retorno da criança ao seu país de residência habitual. Este pedido deve ser realizado até um ano depois da remoção ou retenção (art. 12 da HccH), para que possa ser concedida imediatamente a tutela de urgência (menos de ano e dia). Após este prazo (mais de ano e dia), a ação visando o retorno da criança vai prosseguir sem a concessão da tutela de urgência. Há ressalva para o fato se a criança mesmo antes de ano e dia já estiver integrada ao meio. A contagem do prazo de um ano deve observar se a criança está em lugar diverso da sua residência habitual: a) na clandestinidade, sendo iniciada a contagem de prazo a partir da exteriorização da manutenção; b) por violência, a contagem se inicia no momento que a criança é retirada da residência habitual ou c) por precariedade, quando a criança sair do país de forma legal, mas o genitor decidir não regressar para o lugar da residência habitual da criança.
- Limites da aplicação da Convenção da Haia: A Convenção se aplica quando uma criança é removida ou retida ilicitamente de um país contratante para outro.
- Países não signatários: Quando uma criança é levada para um país que não é signatário da Convenção prevalecerá à lei deste país, onde a criança se encontra que deverá definir os direitos de guarda de acordo com seu melhor

⁴Artigo 4 - A Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação da Convenção cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos.

interesse da criança. Este fato impõe uma barreira muito grande de retorno da criança, principalmente nos casos que envolvem, por exemplo, países de maioria mulçumana e cultura japonesa.

6. Sequestro Internacional

O sequestro internacional de crianças (ou subtração internacional) é o ato de transferir uma criança ilicitamente de um país para outro, sem o consentimento de um dos genitores (pai ou mãe), (hipótese de remoção).

Também é considerado ilegal reter uma criança em um país sem o consentimento do outro genitor, após um período de férias, por exemplo. Isso ocorre mesmo que o pai/mãe tenha autorizado o período de férias, (hipótese de retenção).

Na situação de rompimento da vida familiar (término da relação conjugal ou união estável), é comum que um dos genitores buscar refúgio em seu país de origem, a fim de ser beneficiado pelo Judiciário local na disputa pela guarda da criança.

A norma veiculada no art.14 da Convenção da Haia permite:

“(...) para fins de configuração da ilicitude da transferência ou retenção, a possibilidade de se desconsiderar procedimentos internos no Estado requerido, tanto para comprovação do teor e vigência do direito estrangeiro, quanto para conhecer de decisões judiciais ou administrativas, proferidas na jurisdição estrangeira, permitindo-se, com isso, possam as autoridades aferir, de forma célere, se a remoção ou retenção se deram de forma ilícita, nos termos do art.3º.

Importante salientar, no ponto, que a Convenção não afasta os procedimentos previstos na legislação do Estado requerido para a aplicação do direito estrangeiro, na solução de causas; ou para conferir efeitos, no território, a decisões estrangeiras. O que estabelece a Convenção é, tão somente, e para fins de sua aplicação, a possibilidade de as autoridades do Estado requerido conhecerem o que se passou no Estado de residência habitual, para ter por configurada eventual ilicitude da transferência ou remoção.”⁵

Explica Jacob Dolinger sobre as dificuldades procedimentais para recuperar crianças sequestradas internacionalmente, antes de ser ratificada a Convenção da Haia, de 1980:

⁵TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 293.

“Até 1980, ano da aprovação da Convenção da Haia, as dificuldades para recuperar uma criança sequestrada eram praticamente intransponíveis. Primeiramente, em grande número de casos, o paradeiro da criança ignorado, o que exigia um longo processo de investigação, para o qual a parte interessada não contava com apoio das autoridades do país onde supunha encontrar-se a criança; depois que esta era localizada, havia que ingressar no juiz local, onde se iniciava um processo de averiguação do estado em que se encontrava a criança, que, arrastando-se ao longo dos anos, resultava em uma decisão nos sentido da não devolução da criança, por mais irregulares que tivessem sido as circunstâncias de seu descolamento.”⁶

As dificuldades procedimentais para recuperar crianças sequestradas internacionalmente acima citadas ainda existem, pois vários Estados não são signatários de nenhuma Convenção Internacional sobre aspectos civis da subtração internacional de crianças.

7. Autoridade Central

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República é a Autoridade Central brasileira para dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção da Haia de 1980 sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças e pela Convenção Interamericana de 1980 sobre a Restituição Internacional de Menores e pela Convenção de Haia de 1994, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

O Guia de Boas Práticas “faz referência a seis princípios que devem nortear a atuação da Autoridade Central: (i) recursos e poderes; (ii) comunicação; (iii) consistência; (iv) procedimentos céleres; (v) transparência e (vi) implementação progressiva. Todos eles estão interligados, de modo que o mau funcionamento da Autoridade Central quanto a um desses princípios afeta o desempenho dos demais.”⁷

Autoridade Central é o órgão interno responsável pela condução da cooperação jurídica entre Estados Partes, e sua constituição decorre da ratificação do tratado internacional que determinou seu estabelecimento.

A primeira atividade da Autoridade Central é prestar cooperação internacional de maneira célere e efetiva como decorrência da diminuição de etapas no processamento de demandas judiciais tramitadas entre países distintos, pela eliminação da carta rogatória (modalidade de cooperação jurídica indireta).

⁶ Jacob Dolinger *apud* TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 293.

⁷ TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 146.

Compete à Autoridade Central receber e transmitir os pedidos de cooperação jurídica internacional envolvendo seu país, após exercer sobre eles juízo de admissibilidade.

A segunda atividade da Autoridade Central é cumprir as obrigações descritas no artigo 7º da HccH⁸, exemplificativamente.

O sistema criado pelo texto convencional funciona através das Autoridades Centrais (art. 6º da HccH) que, em cada país, proporcionam assistência para a localização da criança e para alcançar, onde seja possível, a restituição voluntária da criança ou uma solução amigável para as questões de guarda e visitação.⁹

A Convenção da Haia de 1980 dispõe de forma específica sobre o Estado que possua dois ou mais sistemas de direito aplicáveis em diferentes unidades territoriais. O Canadá, por exemplo, dispõe de doze provinciais e sistemas de direito diferentes.

Mónica Herranz Ballesteros ao analisar o Estado canadense expõe:

“El éxito de la eficacia del Convenio de secuestro se debe fundamentalmente al Trabajo que realizan las Autoridades Centrales nombradas y encargadas de cumplir sus objetivos. Los redactores tuvieron en cuenta la realidad política que tenían algunos Estados, como es el caso de Canadá y por eso, incluyeron la posibilidad del nombramiento de más de una Autoridad Central para los Estados federales, así como para los Estados en los que estuviera vigente más de un sistema de Derecho o los Estados que contasen con organizaciones territoriales autónomas.
(...)”

⁸Artigo 7 - 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 retomo 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.

⁹TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 3.

Aunque em um principio la función que se le quería otorgar a la Autoridad Central federal era um papel activo (recebendo las solicitudes de retorno que privicnem de las Autoridades Centrales del extranjero, para después passar estas solicitudes a la Autoridad Central de la província correspondiente), sin embargo, la Autoridad Central federal goza unicamente em el desarrollo de sus funciones de uma autoridad de carácter <moral> más que efectiva. Son las Autoridades Centrales pronviciales las encargadas del cumplimiento de las funciones que el Convenio determina.”¹⁰

7.1. Comissão Permanente

A Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República foi criada por meio da [Portaria nº 34, de 28 de janeiro de 2014](#), tem como competência:

- Art. 2º:I - estudar e propor iniciativas de prevenção à subtração e retenção internacional de crianças e adolescentes;
- II - propor medidas de divulgação da Convenção sobre Subtração e Retenção Ilícita de Crianças e Adolescentes e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, bem como de capacitação de agentes públicos e operadores do direito envolvidos em sua aplicação;
- III - propor procedimentos administrativos conjuntos a serem adotados em casos em que houver alegação de ocorrência de violência doméstica contra a mulher, bem como contra criança e adolescente;
- IV - elaborar propostas de atos normativos com vistas ao aprimoramento da implementação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças;
- V - fomentar estudos e pesquisas sobre a implementação da Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores e da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças; e
- VI - elaborar seu regimento interno.

¹⁰ BALLESTEROS, Mónica Herranz. ***El Estado Candiense ante los convênios sobre protección de menores de la conferencia de la haya de derecho internacioal privado***. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 14,1999, p. 454-456.

Além disso, os juízes brasileiros membros da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e o Conselho Nacional de Justiça serão convidados permanentes a integrar a Comissão. A Comissão poderá convidar pessoas do setor público e privado, que atuem em atividades relacionadas à subtração internacional de crianças, quando entender necessário para o pleno alcance dos seus objetivos.”¹¹

7.2. Juízes de enlace (cooperação) no Brasil para a Convenção da Haia de 1980

Em 1998, em seminário realizado em Ruwenberg, se recomendou que as autoridades dos países membros da conferência designassem membros do Judiciário para funcionar como um canal de comunicação, designados para promover a ligação entre as Autoridades Centrais e o Judiciário, facilitando a troca de informações.

Na ocasião, recomendou-se que as autoridades competentes de cada país como, por exemplo, os presidentes das Supremas Cortes, designassem um ou mais membros do Judiciário para atuar como um canal de comunicação entre os membros da sua própria jurisdição e com juízes de outros Estados-membros, de modo a facilitar o cumprimento da Convenção da Haia de 1980.¹²

No Seminário sobre o Sequestro Internacional de Crianças, realizado no início do mês de novembro de 2014, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), a Desembargadora Mônica Sifuentes expôs:

Sequestro internacional de crianças: seminário aborda papel do juiz de enlace, dos advogados da União e dos defensores públicos

Comunicações judiciais diretas entre países

A desembargadora federal Mônica Sifuentes, do TRF da 1ª Região, com sede em Brasília, destacou em sua palestra que a grande “chave” da Convenção da Haia é examinar a convenção sob a perspectiva da criança.

A magistrada, que é, junto com o desembargador federal Jorge Antonio Maurique, do TRF4, juíza de enlace para a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, explicou o funcionamento da estrutura e como se dão as comunicações judiciais diretas entre os países. “O juiz Mathew Thorpe idealizou uma rede de magistrados, que já é comum na Inglaterra, pra que houvesse um intercâmbio de ideias de modo a facilitar e melhorar a aplicação da Convenção da Haia”,

¹¹www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional/comissao-permanente. Acesso em: 21 set. 2014.

¹² SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n 25, 2009, p.140.

contou. Segundo a desembargadora, a rede conta hoje com 82 juízes em 60 Estados. Mônica também destacou como são feitas as comunicações judiciais diretas, que tem o objetivo de favorecer o retorno imediato da criança: “nos casos concretos, o juiz de enlace faz a ponte entre o juiz no exterior e o juiz nacional que está cuidando do caso”. As comunicações iniciais, salientou, são realizadas entre dois juízes da rede da Haia, de modo a garantir a identidade dos juízes, afirmou.¹³

7.3. Grupo Permanente de Trabalho sobre a Convenção da Haia de 1980 no Supremo Tribunal Federal

Em agosto de 2006, a Presidência do Supremo Tribunal Federal do Brasil, resolveu constituir um grupo permanente de trabalho, com o objetivo de estudar formas de se aprimorar, no território brasileiro, a aplicação da Convenção da Haia de 1980.

O grupo de trabalho é atualmente composto pelos representantes dos seguintes órgãos públicos: dois Justiça Federal (dois juízes de enlace); Advocacia-Geral da União – AGU; Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Presidência da República; Ministério das Relações Exteriores; Assessor-chefe de Assuntos Internacionais, Supremo Tribunal Federal e Coordenadora da Autoridade Central brasileira para as convenções da Haia relativas ao sequestro internacional de crianças e adoção internacional.¹⁴

O Grupo Permanente tem o objetivo de divulgar este importante documento entre os operadores jurídicos, fomentar estudos e pesquisas, participar no âmbito interno e internacional de discussões a respeito, fornecendo elementos para auxiliar sua interpretação e aplicação.

¹³www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10557. Acesso em: 12 nov. 2014.

¹⁴Membros: Coordenador: Jorge Antonio Maurique, Juiz Federal da Vara de Execuções Fiscais de Florianópolis, SC, Juiz de Ligação (Enlace) Haia /Brasil para Convenção de 1980. Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros, Juíza Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Juíza de Ligação (Enlace) Haia/ Brasil para Convenção de 1980, Brasília/DF. Sérgio Ramos de Matos Brito, Diretor Substituto do Departamento Internacional, Advocacia-Geral da União - AGU. Paulo Massi Dallari, Chefe de Gabinete, Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, Presidência da República. Francisco Eduardo Novello, Primeiro Secretário, lotado na Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério das Relações Exteriores, Brasília/DF. Luis Cláudio Coni, Assessor-chefe de Assuntos Internacionais, Supremo Tribunal Federal. Colaboradora Patrícia Lamego de Teixeira Soares, Coordenadora da Autoridade Central brasileira para as convenções da Haia relativas ao sequestro internacional de crianças e adoção internacional, Brasília/DF. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/convencao-haia/cms/verTexto.asp?pagina=membro>. Acesso em: 12 nov. 2014.

8. Direito de Retorno

No caso de sequestro internacional de crianças, como disposto na Convenção da Haia, o mecanismo previsto para início do processo de retorno é o recurso à Autoridade Central no país da residência habitual, que entrará em contato com a Autoridade Central do país de refúgio para que sejam tomadas as providências administrativas/judiciais necessárias para o retorno imediato da criança. No caso do Brasil, a Autoridade Central é a Secretaria Especial de Direitos Humanos e a ação para o retorno da criança é proposta pela União perante a Justiça Federal (art. 109, III da CRFB).¹⁵

No recente Seminário sobre o Sequestro Internacional de Crianças, realizado no TRF4, a Advogada da União Nereida Del Águila explicou o papel da União como autora na Ação de Pedido de Restituição de Criança:

“Sequestro internacional de crianças: seminário aborda papel do juiz de enlace, dos advogados da União e dos defensores públicos

A advogada da União Nereida Del Águila falou sobre o papel da União como autora nas ações de restituição da criança. Ela explicou que os pedidos de cooperação chegam à Autoridade Central Brasileira, que faz uma primeira análise sobre os requisitos que permitem a aplicação da Convenção da Haia no país. Depois, a Autoridade encaminha o caso para a Advocacia-Geral da União, que fará uma segunda análise, bem detalhada. Segundo Nereida, no Departamento Internacional da AGU, responsável pela avaliação, são analisados critérios como a idade, local de residência habitual, o direito convencional de guarda – se o genitor tinha direito e se o exercia efetivamente – e o consentimento ou aquiescência prévios. “Se o genitor deu um consentimento de viagem, isso impede qualquer posterior pedido de retorno”, salientou, “assim como a aquiescência, ou seja, o genitor aceita ou pratica atos que demonstrem que autorizou a viagem”.

A advogada da União lembrou ainda que os pedidos de cooperação internacional devem ser a única forma de tentativa de retorno: “o genitor não pode vir ao Brasil e entrar com ação de guarda na Justiça Estadual e também um pedido de cooperação a ser viabilizado pela AGU”. Em última análise, afirmou, o genitor que está demandando a guarda na Justiça Estadual reconheceu a jurisdição brasileira, o que cria uma

¹⁵TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 4.

certa incompatibilidade com qualquer pedido de cooperação internacional.”¹⁶

Segue, resumidamente, o procedimento a ser adotado pelas Autoridades Centrais descrito no Guia de Boas Práticas: “Ao enviar requisições para o exterior, a Autoridade Central deverá: (i) obter informações sobre o procedimento em vigor no país requisitado; (ii) verificar se o requerimento está completo e atende às exigências do país requisitado; (iii) aferir se o pedido preenche os requisitos da Convenção; (iv) debater a operação da Convenção com o solicitante; (v) fornecer informações sobre as leis relevantes; (vi) assegurar que todos os documentos essenciais sejam incluídos; (vii) providenciar a tradução do requerimento e de todos os documentos essenciais; (viii) assegurar que o requerimento seja enviado para o endereço, fax, ou email correto da Autoridade Central requisitada; (ix) enviar o requerimento original por serviço postal de entrega rápida e antecipadamente, fax ou email com cópia do requerimento; (x) quando o requerimento for urgente, explicar as razões da urgência.

(...) Ainda quanto ao ponto, o Guia considera útil à prática consistente na elaboração da carta contendo a descrição da legislação relevante, explicação dos direitos de guarda do requisitante e síntese dos mais importantes aspectos do requerimento.

Após o envio do pedido ou diante de eventuais informações solicitadas pela Autoridade Central do país requerido, a Autoridade Central do país requerente deve: (i) atender prontamente às solicitações feitas; (ii) informar possíveis dificuldades em cumprir os prazos estabelecidos pela Autoridade Central requerida; (iii) ser comedida nas solicitações de informações sobre o andamento do requerimento; (iv) monitorar o progresso do requerimento; (v) ajudar o requerente a obter uma declaração judicial atestando a ilicitude da remoção ou retenção.

Uma vez concedida à ordem de retorno, a Autoridade Central deve: (i) observar a existência de etapas adicionais por vezes exigidas em alguns países; (ii) atentar para os recursos no país requerido; (iii) cooperar com a Autoridade Central requisitada para o fim de facilitar o retorno seguro da criança e, quando necessário, do genitor que a acompanha; (iv) confirmar o retorno da criança à Autoridade Central requerida; (v) comunicar-se com os órgãos internos de proteção e bem-estar de criança; (vi) existindo condições imposta na ordem de retorno, tomar todas as providências adequadas ao seu alcance para garantir seu cumprimento.¹⁷

Desta feita, o pedido de retorno pelo genitor abandonado é feito perante a Autoridade Central (Secretaria Especial de Direitos Humanos) do Brasil e a ação referente o retorno da criança é ajuizada pela Advocacia-Geral da União (AGU), perante a Justiça Federal.

¹⁶www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10557. Acesso em: 12 nov. 2014.

¹⁷TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 147.

No âmbito da Convenção, o fundamento normativo para a mediação é o artigo 7º, 2, c. Embora, o dispositivo não faça referência expressa à mediação, sua redação prestigia o retorno voluntário (...).¹⁸

A adoção de procedimentos alternativos à solução de conflito, como a mediação ou o retorno voluntário da criança, é considerada medida salutar para parte IV do Guia de Boas Práticas – bem como por diversos outros documentos; no entanto, aponta-se expressamente que as tentativas para o alcance dessas soluções não devem prejudicar a inafastável obrigação de demoras alargadas e injustificadas na implementação da ordem de restituição. Mencionando-se que na Suécia, o prazo máximo para alcance de solução amigável para a questão é de duas semanas, prorrogável apenas em circunstâncias absolutamente excepcionais.¹⁹

O §2º do artigo 11 da Convenção da Haia de 1980 procura concitar as autoridades internas a conferir a máxima prioridade possível aos problemas relacionados à subtração internacional ilícita de crianças. Para tanto, teria sido estabelecido um prazo não vinculante de seis semanas findo o qual o demandante (em geral, o genitor abandonado) ou a Autoridade Central do Estado Requerido podem solicitar uma declaração sobre as razões da demora na solução da questão. Além disso, quando esta última tiver recebido uma resposta, terá o dever de transmiti-la à Autoridade Central do Estado Requerente ou diretamente ao demandante – nos casos em que este último tenha provocado diretamente a solicitação.²⁰

Pelo disposto no artigo 20 da HcCH: “O retorno da criança de acordo com as disposições contidas no artigo 12 poderá ser recusado quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.”

Sendo a dispensa da caução para garantir o pagamento de custos e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos, “objetivo fulcral de tornar plenamente viável a garantia dos legítimos interesses da criança são destacados quanto ao artigo 22, no relatório de Elisa Pérez-Vera, ressaltando seguir-se aqui uma tendência de eliminação de medidas processuais que discriminem estrangeiros em que se dá o procedimento, seja no âmbito administrativo ou no judicial.²¹

Augusto Guilherme Diefenthaler e Bruno Rodrigues de Almeida expõem sobre as despesas com custas nos procedimentos administrativos e judiciais:

“E em face dos termos do artigo 835 do CPC²², a exceção prevista no artigo 22 da Convenção deve ser aplicada tanto

¹⁸TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 154.

¹⁹TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 203.

²⁰TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 198.

²¹TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 420.

²²**Art. 835 do CPC** - O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às

com relação ao indivíduo estrangeiro, como também nacional que não residam no Brasil ou dele se ausentem na pendência da demanda, se não tiverem no país bens imóveis que assegurem o pagamento de custas e honorários advocatícios. Consideração importante destacada no relatório de Elisa Pérez-Vera, é que as disposições do artigo 22 estão adstritas ao âmbito do escopo da Convenção, não abrangendo procedimentos administrativos ou judiciais de outra ordem, como as concernentes ao direito de visitação que não envolvam retenção ilícita da criança ou outras em que possa se desdobrar a questão.”²³

9. Direitos de Guarda e Visitação

A Convenção da Haia parte da premissa de que disputas judiciais envolvendo direitos de guarda e visitação sobre as crianças ilicitamente retiradas ou retidas devem ser decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local.

(...) é que a Convenção não regula qual genitor que deve ter a guarda das crianças, mas sim o juízo competente para decidir tais questões – competência essa que, nos termos da Convenção é do juízo da residência habitual da criança antes da sua remoção ilícita (art.16).²⁴

(...) A afirmação de que as autoridades do local de residência habitual da criança são as mais aptas a decidir questões a ele relacionadas é bastante intuitiva: trata-se do juízo mais próximo de eventuais provas a serem produzidas e também mais familiarizado com as práticas sociais do local da residência habitual, bem como com a legislação aplicável. Esse é o juiz natural para a causa.²⁵

Segundo o relatório elaborado por Elisa Pérez-Vera: “o artigo 16 tem como objetivo prevenir que uma decisão sobre a guarda da criança seja obtida no Estado de refúgio, ou seja, o local para o qual o subtrator levou a criança ou a retém. Para esse fim, as autoridades competentes no Estado requerido estão proibidas de processar e julgar os pedidos de guarda quando tiverem ciência de que a criança foi vítima de remoção ou retenção ilícitas, nos termos da Convenção de 1980. A proibição apenas cessará em duas hipóteses: (1) quando se demonstrar que, de acordo com a Convenção, estejam presentes as exceções admitidas ao retorno ou (2) quando tiver havido transcurso de tempo hábil a caracterizar a omissão daquele que deveria ingressar com o pedido.”²⁶(grifamos)

custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

²³TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 428.

²⁴TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 4.

²⁵*Idem*

²⁶TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). *op. cit.*, p. 311.

O artigo 12 da HccH estabelece o tempo hábil para caracterizar a omissão e o artigo 13 da HccH descreve as exceções admitidas ao retorno da criança:

Artigo 12HccH

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retomo imediato da criança.

A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio.

Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retomo da criança.

Artigo 13 da HccH

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retomo da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retomo provar:

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda 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 retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecidas pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança.

A transferência ilícita não tem o poder de mudar a residência habitual da criança. Há uma situação em que criança altera sua residência habitual, por exemplo: uma família que vive no Estado A e planeja se mudar para o Estado B, contudo, antes da mudança o pai remove ou retém ilicitamente a criança para o Estado C. Caso a mãe efetivamente se mude para o Estado B poderá solicitar o retorno da criança, ainda que a criança não tenha a residência habitual no Estado B, pois é no Estado B onde, em tese, seria a residência habitual da criança que só não se concretizou pela remoção ou retenção ilícita.

9.1. Cláusula "ne exeat" (para conter uma pessoa de retirar a criança da jurisdição da sua residência habitual)

A cláusula "ne exeat" impede que a criança seja transferida do local da sua residência habitual, mesmo temporariamente, sem a autorização do genitor que possui o direito de acesso.

Há países, como Estados Unidos e Canadá, que os direitos de acesso podem ser acompanhados da cláusula "ne exeat".

A Convenção, em seu artigo 5º, parte final prevê que "o "direito de guarda" compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência", o que levou a maioria dos tribunais a considerar a cláusula "ne exeat" como um direito de guarda sob a visão da Convenção, mesmo que o direito do país que a proferiu não a considere, pois ela dá ao genitor com direito de acesso o poder de decidir sobre o local de residência da criança."²⁷

9.2. Ausência de previsão, na legislação brasileira, de um procedimento judicial específico para atender à celeridade prevista na Convenção

A maioria dos operadores do direito que atuam diretamente com a matéria sobre a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, defende a regulamentação de procedimento judicial específico para efetivação do retorno de criança vítima de sequestro internacional mantida no território nacional, ou seja, na hipótese de cooperação passiva. Recentemente, no seminário realizado pelo TRF4, a Ministra Maria Lilián Bendahan Silveira, da 1ª Seção do Tribunal de Apelações de Família de Montevidéu, Uruguai, destacou que o seu país aprovou em 2012 a Lei 18.895, que prevê um procedimento sumário de conhecimento para matéria:

²⁷BARBOZA, Júlia Zomignani. **A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CÍVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS.** Disponível em: www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=7492. Acesso em: 01 nov. 2014.

“Sequestro internacional de crianças: seminário aborda papel do juiz de enlace, dos advogados da União e dos defensores públicosComunicações judiciais diretas entre países

A ministra Maria Lilián Bendahan Silveira, da 1ª Seção do Tribunal de Apelações de Família de Montevideu, Uruguai, contou como o país passou a julgar os casos relativos ao sequestro internacional de crianças. A magistrada lembrou que o Uruguai aprovou em 2012 a Lei 18.895, “que, em síntese, prevê um procedimento sumário de conhecimento, bilateral, com a participação de todos os atores envolvidos”.

Segundo a magistrada, o processo começa com uma solicitação de restituição internacional. Ela ressaltou que, antes dessa solicitação, deve haver uma sentença judicial. Para o Uruguai, a restituição é um princípio. “A noção do interesse superior da criança que assumimos com princípio nos leva à pronta restituição porque o interesse superior da criança deve entender-se como a soma e a satisfação plena de todos seus direitos”, afirmou.

Aplicação da Convenção: formas de agilizar os processos

Encerrando o seminário, a desembargadora federal do TRF3 Marli Ferreira Marques e a advogada Nádia de Araújo abordaram as formas de agilizar o cumprimento da Convenção de Haia, no que se refere à subtração internacional de menor.

É essencial garantir que a criança volte ao seu domicílio habitual o mais rápido possível e, para isso, precisamos garantir a razoável duração do processo”, afirmou Marli ao iniciar sua exposição.

Segundo a desembargadora, são alguns instrumentos para isso: a ação cautelar de busca e apreensão de menor, que só deve ser evitada quando pela passagem do tempo a criança já estiver adaptada ao novo ambiente; a conciliação ou mediação, que é a tentativa de acordo entre as partes; e a criação de varas especializadas no assunto, possibilitando que essas ações sejam dirigidas sempre ao mesmo grupo de juízes, já conhecedor da convenção.”²⁸

²⁸www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10557. Acesso em 12 nov. 2014.

Considerações Finais

A Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, é um instrumento importante para atender as questões familiares que são próprias da globalização. A efetividade administrativa e judicial deste instrumento poupará às crianças vítimas dos sofrimentos que os afastamentos das suas residências habituais acarretam.

A facilidade das trocas das informações é um mecanismo importante para que a agilidade no retorno da criança vítima do sequestro internacional seja possível.

O empenho dos Estados que ratificaram para que os outros Estados Partes cumpram a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças é essencial, todavia, a reciprocidade na cooperação entre as partes não pode ser atingida por medidas desproporcionais.

O fato de 92 (noventa e dois) Estados terem ratificado a Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças demonstra que o tema é reconhecidamente preocupante a nível global.

No ordenamento jurídico brasileiro, os problemas apontados pelos operadores do direito que atuam na área têm sido objeto de estudos e a busca para encontrar as melhores soluções, destacando-se, a criação da cartilha pelo Conselho Nacional de Justiça para ser distribuída aos magistrados.

Referências Bibliográficas

- BALLESTEROS, Mónica Herranz. ***El Estado Candiense ante los convênios sobre protección de menores de la conferencia de la haya de derecho internacioal privado***. Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 14, 1999.
- BARBOZA, Júlia Zomignani. A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=7492
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado – parte Geral**. 6ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SIFUENTES, Mônica. **Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980**. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n 25, 2009.
- TIBURCIO, Carmen. A “Emenda Sean” e a Justiça Federal. **Valor Econômico**: São Paulo, 10 jun. 2010. Disponível em: www.valor.com.br/arquivo/829315/emenda-sean-e-justica-federal#ixzz3JHG0KYUz . Acesso em 16 nov. 2014
- TIBURCIO, Carmen e CALMON, Guilherme (Coord.). **Sequestro Internacional de Crianças, Comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Atlas, 2014.

www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0826a0838.htm. Acesso em 16 nov. 2014

www.hcch.net Acesso em 16 nov. 2014

www.ibdfam.org.br/noticias/5464/CNJ+cria+cartilha+para+magistrados+sobre+procedimentos+em+casos+de+sequestro+internacional+de+crian%C3%A7as

Acesso em 16 nov. 2014

www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-53.html Acesso em 16 nov. 2014

www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/sequestro-internacional/comissao-permanente Acesso em 16 nov. 2014

www.stf.jus.br/convencao/haia/cms/verTexto.asp?pagina=membro Acesso em 16 nov. 2014

“LEGISLAÇÃO CONCERTADA ENTRE OS EUA E A UE: O REGULAMENTO EMIR E A DODD-FRANK ACT”

“Concerted legislation between the USA and the EU: E.M.I.R. and the Dood-Frank Act”

MARÍA EMÍLIA TEIXEIRA¹

Universidade Portucalense, Infante D. Henrique

Sumário: Introdução. 1. A crise financeira e os derivados financeiros. 2.1. O Regulamento EMIR na União Europeia. 2.2. A *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* nos EUA. 3. Pontos de contacto entre o Regulamento EMIR e a Dood- Frank Act. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

Resumo: Os Estados Unidos da América e a União Europeia adotaram determinadas medidas legislativas para fomentar a transparência nas negociações de derivados negociados ao balcão (*OTC*), os quais se estimam terem sido uma das principais causas para a disseminação dos efeitos negativos da crise financeira de 2007/2008.

Apesar de as legislações americana e europeia serem dissidentes acerca de alguns aspetos, designadamente no que se refere à não admissão como contrato de seguro de alguns contratos com a mesma causa e fim, como os *swaps*, no geral, pode concluir-se que têm finalidades idênticas.

Obviamente que não foram os derivados financeiros os principais responsáveis pela crise, todavia, a sua parca regulamentação e fiscalização contribuiu para camuflar a verdadeira dimensão do risco sistémico potencial. Desta forma, tanto os EUA como a UE se debruçaram sobre a regulamentação, fiscalização e controlo destas transações, originando a Dood-Frank Act nos EUA e o Regulamento EMIR na UE.

Palavras chave: Derivados financeiros, *Swaps*, *Dood-Frank Act*, Regulamento EMIR.

Abstract: The United States of America and the European Union have adopted certain legislative measures to promote transparency in the negotiations of derivates traded over-the-counter (*OTC*), which are estimated to have been one of the main causes for the spread of the negative effects of the financial crisis of 2007/2008.

¹ Doutora em Direito Bancário, Professora Auxiliar na Universidade Portucalense, Membro do Instituto Jurídico Portucalense e Advogada inscrita na Ordem dos Advogados Portuguesa. Email institucional: emiliat@upt.pt.

Although the American and European laws diverge about some aspects, in particular as regards the non-admission as insurance contract for some contracts with the same cause and end, such as swaps, in general, it can be concluded that the objectives are identical.

Obviously that were not financial derivatives the main responsible for the crisis, however, their meager regulation and monitoring contributed to disguise the true dimension of systemic risk potential. In this way, both the USA and the EU have focused on the regulation, supervision and monitoring of these transactions, causing the Dood-Frank Act in the USA and the E.M.I.R. in the EU.

Keywords: Financial Derivatives, *Swaps*, *Dood-Frank Act*, E.M.I.R.

1. Introdução

Não existem muitos fenómenos legislativos concertados entre a União Europeia e os Estados Unidos da América (EUA), muito se devendo não só ao facto de as atuais realidades de ambos os territórios não ditarem propriamente as mesmas necessidades, bem como devido à diferente matriz jurídica caracterizadora dos respetivos ordenamentos jurídicos.

Todavia, em cenários de crise essa aproximação tende a ser palpável, principalmente quando os efeitos da crise se espalham por todo o mundo. É consabido que não existe uma globalização jurídica como sucede com a globalização económica, já enraizada. Precisamente devido à eliminação das fronteiras que separavam os sistemas financeiros de cada território, as vicissitudes negativas sentidas num determinado local geram ondas de choque que se espalham a todos os sistemas financeiros e o exemplo mais recente deste efeito contágio centra-se na crise financeira que emergiu nos anos de 2007 e 2008 nos Estados Unidos da América, motivada pela bolha imobiliária especulativa ali gerada.

Pretendemos agora analisar não as causas dessa crise, que em grande parte reportamos ao uso abusivo dos derivados financeiros, mas mais o fenómeno legislativo que surgiu quer nos EUA e na UE após a crise e como resposta a esse advento.

1. A crise financeira e os derivados financeiros

A crise financeira que eclodiu nos Estados Unidos da América em finais de 2007 evidenciou as deficiências existentes no modo de atuação e de governo das instituições de crédito. Devido à engenharia financeira, os efeitos nefastos daquela crise, que deveria ter sido local, alastraram-se a todo o mundo, com especial incidência na Europa e, necessariamente, em Espanha e Portugal. A crise financeira demonstrou que os derivados, em períodos de *stress* dos mercados, tendem a potenciar as incertezas, conduzindo a uma instabilidade dos mercados e do sistema financeiro, impondo-se maior transparência na respetiva negociação.

Urgiu, portanto, a tomada de medidas preventivas para que tal fenómeno não voltasse a suceder e, quer nos EUA quer na União Europeia (UE), surgiram movimentos legislativos no sentido de impor regras de atuação aos intervenientes do sistema financeiro, bem como se definiram sanções para o respetivo incumprimento. Pretendeu-se estabelecer, em ambos os casos, regras potenciadoras de maior transparência nas negociações de derivados *over the counter* destinadas às entidades supervisores, sendo que nos EUA, a entidade de supervisão é a SEC/CFTC e na União Europeia a ESMA.

A União Europeia elaborou o Regulamento (UE) n.º 648/2012, Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho (Regulamento EMIR - *European Market Infrastructure Regulation*), embora já tenha sofrido algumas alterações². Por seu turno, os EUA legislaram com estes mesmos objetivos, entre outros, com a conhecida lei de Dodd-Frank (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, de 5 de Janeiro de 2010), que se ocupou, na sua Parte II, da regulação dos mercados de *swaps*.

A principal disciplina deste Regulamento e daquela Parte II da *Dodd-Frank Act* refere-se à obrigatoriedade de certos derivados, pelo seu volume e importância, terem de ser compensados por contrapartes centrais autorizadas, visando assegurar o bom funcionamento do mercado, impondo-se o dever de comunicação aos repositórios de transações, os dados referentes a todos os contratos de derivados celebrados. Pretende-se, assim, que haja uma informação completa, centralizada e atualizada, de modo a facultar uma maior transparência sobre estas operações e a facilitar a tarefa das entidades supervisoras.

Nos EUA, a *Dodd-Frank Act* pretendeu recuperar a confiança no mercado dos *swaps*, tendo implementado uma reforma a nível da indústria financeira, na perspetiva de defesa e proteção do consumidor contribuinte, sujeitando as instituições de crédito à regulamentação e às vicissitudes que uma empresa em crise se submete, designadamente, a falência. Neste aspeto, quer os EUA quer a União Europeia, desenvolveram esforços paralelos e simultâneos para controlar o modo de realização de certas operações financeiras, tentando evitar a ocorrência de outro abalo no sistema financeiro, o qual, fruto da globalização económica atual, acarretará consequências negativas para todo o mundo, independentemente do local do *epicentro*.

2.1 O Regulamento EMIR na União Europeia

Na realidade, como refere Paulo Câmara³, "a crise financeira iniciada em 2008

² Pelo Regulamento (UE) 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho, Pelo Regulamento Delegado (UE) 1002/2013 da Comissão Europeia de 12 de Julho, Pela Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Maio e pela Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio.

³ Cfr. CÂMARA, P., «Supervisão bancária: recentes e próximos desenvolvimentos», *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2015, pp. 284 e 285.

expôs as deficiências na estrutura de capital, no cumprimento dos deveres de conduta e no governo societário de múltiplas instituições de crédito” o que suscitou “discussões amplas sobre a eficácia das autoridades de supervisão bancárias”.

Antes de avançarmos para as inovações trazidas pelo Regulamento EMIR, salientamos que a reforma das regras de supervisão baseou-se no risco e no perfil de risco das instituições de crédito⁴.

Com base neste pressuposto, foram delineadas e aprimoradas técnicas de mensuração dos riscos a que cada instituição se encontra em dado momento exposta, efetuando-se *stress tests*, ou testes de resistência, e análises aprofundadas da estrutura organizacional de cada instituição, para melhor se perceber (e controlar) o governo das mesmas.

Os testes de resistências tiveram a sua origem nos Estados Unidos da América, delineados por Timothy Franz Geithner, nomeado em 2009 por Barack Obama, Secretário do Tesouro dos Estados Unidos.

O objetivo destes testes é a certificação de que as instituições possuem um nível bom de resiliência face a cenários de crise económica ou situações de emergência, ou seja, testar se são capazes de superar e recuperar em circunstâncias de dificuldades económicas extremas. Funcionam assim como um importante método de supervisão⁵.

Um outro método de supervisão são os *living wills* que consistem na obrigação de apresentação de planos de recuperação e de resolução em caso de insolvência da instituição financeira.

Estes *living wills* são obrigatórios para toda e qualquer instituição que esteja legalmente habilitada a rececionar depósitos, já nos Estados Unidos da América só são aplicáveis para aquelas instituições que sejam classificadas como sistemicamente relevantes. Cremos que a primeira política se afigura melhor, em termos preventivos.

Isto posto, a União Europeia elaborou o Regulamento (UE) n.º 648/2012, Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações, a estabelecer o respetivo regime sancionatório, que designaremos por Regulamento

⁴ CÂMARA, P., «Supervisão bancária: recentes e próximos desenvolvimentos», *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2015, p. 288, refere que: “O perfil de risco de cada instituição contribui para definir as prioridades de supervisão por parte de cada autoridade e para determinar o programa de supervisão (*off-site* e *on-site*) a aplicar”.

⁵ No último exercício, efetuado pelo Banco Central Europeu e pela European Banking Authority - EBA, a cento e vinte e três bancos da zona Euro, e que tiveram em consideração os resultados de Dezembro de 2013, existiram vinte e cinco bancos que chumbaram, sendo que o Banco Comercial Português fora um deles. Os outros dois bancos portugueses sujeitos a estes testes, Caixa Geral de Depósitos e o Banco Português de Investimento, passaram. Os resultados dos testes referentes a todos os bancos submetidos aos mesmos podem ser consultados em <https://www.eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/eu-wide-stress-testing/2014/results>.

EMIR, por se dedicar à regulamentação sobre o *European Market Infrastructure Regulation*⁶.

O Regulamento EMIR deve ser interpretado em conjunto com as respetivas normas técnicas de regulamentação, constantes do Regulamento Delegado n.º 148/2013, de 19 de dezembro, referente aos dados mínimos a comunicar aos repositórios de transações, Regulamento Delegado n.º 149/2013, de 19 de dezembro⁷, sobre os acordos de compensação indireta, a obrigação de compensação, o registo público, o acesso a um espaço ou organização de negociação, as contrapartes não financeiras e as técnicas de atenuação dos riscos para os contratos de derivados *over-the-counter* não compensados através de uma contraparte central, do Regulamento Delegado n.º 150/2013, de 19 de dezembro, relativo aos pormenores dos pedidos de registo como repositório de transações, do Regulamento Delegado n.º 151/2013, de 19 de dezembro, do Regulamento Delegado n.º 152/2013, de 19 de dezembro, do Regulamento Delegado n.º 153/2013, de 19 de dezembro e do Regulamento Delegado n.º 876/2013, de 28 de maio e com as normas técnicas de execução constantes do Regulamento de Execução n.º 1247/2012, de 19 de dezembro, do Regulamento de Execução n.º 1248/2012, de 19 de dezembro e do Regulamento de Execução n.º 1249/2012, de 19 de dezembro.

A principal disciplina que este Regulamento trouxe refere-se à obrigatoriedade de certos derivados, pelo seu volume e importância, terem de ser compensados por contrapartes centrais autorizadas, visando assegurar o bom funcionamento do mercado.

⁶ As atribuições do EMIR foram consultadas em http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/derivatives/emir-faqs_en.pdf (acedido em 02 de fevereiro de 2015).

⁷ Destacamos, com relevância para o nosso trabalho, o art. 12.º alíneas a) e b) que referem que “um contrato de derivados OTC celebrado entre contrapartes financeiras ou não financeiras referidas no artigo 10.º do Regulamento EMIR e que não seja compensado através de uma CCP, deve ser confirmado, sempre que possível por via eletrónica, logo que possível e o mais tardar: a) Para os *swaps* de risco de incumprimento de crédito e *swaps* de taxas de juro celebrados até 28 de fevereiro de 2014, inclusive, até ao final do segundo dia útil seguinte à data de execução do contrato de derivados OTC; b) Para os *swaps* de risco de incumprimento de crédito e *swaps* de taxas de juro celebrados após 28 de fevereiro de 2014, até ao final do dia útil seguinte à data de execução do contrato de derivados OTC”, e o art. 10.º, que estipula os critérios para determinar que contratos de derivados OTC reduzem objetivamente os riscos, sendo que no n.º 1, al. b) diz que “um contrato de derivados OTC será considerado como um contrato que reduz de forma objetivamente mensurável os riscos diretamente relacionados com a atividade comercial ou com as atividades de gestão de tesouraria das contrapartes não financeiras ou dos grupos envolvidos quando, quer por si só quer em combinação com outros contratos de derivados, quer diretamente quer mediante instrumentos estreitamente correlacionados, preencher uma das seguintes condições: b) Cobrir os riscos decorrentes do potencial impacto indireto sobre o valor dos ativos, serviços, fatores de produção, produtos, mercadorias ou passivos referidos na alínea a) em resultado de flutuações das taxas de juro, das taxas de inflação, das taxas de câmbio ou do risco de crédito.

Entre outras medidas, o Regulamento trouxe ainda a imposição do dever de comunicação aos repositórios de transações, dos dados referentes a todos os contratos de derivados celebrados. Este dever impende sobre as contrapartes financeiras e não financeiras e sobre as contrapartes centrais, para que haja uma informação completa centralizada e atualizada, de modo a facultar uma maior transparência sobre estas operações e a facilitar a tarefa da entidade supervisora.

Foi designada como autoridade portuguesa competente para a supervisão das supervisão das contrapartes financeiras o Banco de Portugal, juntamente com a Comissão de Mercados de Valores Mobiliários e o Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões⁸, estas últimas nos sectores de supervisão a que estão obrigadas por força dos seus estatutos. A supervisão das contrapartes não financeiras fica a cargo da Comissão de Mercados de Valores Mobiliários, bem como a autorização e supervisão das contrapartes centrais, controlando ainda a autenticidade das decisões da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dois Mercados⁹.

Esta autoridade europeia tem o dever de seguir a atividade dos derivados do derivados do mercado de balcão, sinalizando os derivados desta categoria que são que são suscetíveis de propiciar risco sistémico e agir no sentido de salvaguardar a salvaguardar a estabilidade dos mercados financeiros em situações de emergência, emergência, garantindo uma aplicação coerente das regras da União por parte das parte das autoridades nacionais de supervisão e resolvendo diferendos entre as diversas autoridades¹⁰.

As câmaras de compensação mantêm-se com este regulamento, todavia, as suas entidades gestoras não podem continuar a funcionar como contrapartes centrais. Só às contrapartes centrais compete a função de o ser.

Este Regulamento visou, portanto, atingir uma maior transparência nos derivados de mercado de balcão, atendendo à sua forma de negociação, que é privada e produz efeitos *inter partes*. Mas a rede que criam, dificulta a perceção dos níveis de risco que os mesmos encerram. Aliás, esta necessidade de controlo e maior transparência relativamente à negociação dos derivados OTC levou a que, em setembro de 2009, os líderes do G20 acordassem que os mesmos deveriam ser compensados através de contrapartes centrais e ser comunicados a repositórios de transações.

⁸ Substitui a designação ISP – Instituto de Seguros de Portugal – e continua a ser a autoridade nacional portuguesa responsável pela regulação e supervisão, quer prudencial, quer comportamental, da atividade seguradora, resseguradora, dos fundos de pensões e respetivas entidades gestoras e da mediação de seguros.

⁹ Também denominada pelo acrónimo ESMA. Esta entidade é a autoridade responsável pelo sancionamento, registo, reconhecimento e supervisão dos repositórios de transações e foi instituída pelo Regulamento Europeu n.º 1095/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁰ Cfr. Regulamento (UE) n.º 648/2012 do Parlamento e do Conselho, de 4 de julho de 2012, ponto 10.

Note-se que o Código dos Valores Mobiliários, não obstante a nova redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 40/2014, de 18 de março, com início de vigência a 17 de abril de 2014, que aprova as medidas nacionais necessárias à aplicação em Portugal do Regulamento EMIR, manteve a necessidade de as operações realizadas em mercado regulamentado e sistema de negociação multilateral sobre os instrumentos financeiros referidos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 2.º serem objeto de compensação com interposição de contraparte central¹¹.

A Lei Portuguesa n.º 6/2014, de 12 de fevereiro, autorizou o Governo a aprovar o regime que assegura a execução, na ordem jurídica interna portuguesa, das obrigações decorrentes do Regulamento EMIR. No art. 1.º, n.º 2 alínea c) da referida lei prevê-se que o Governo regulamente os limites ao exercício da atividade de contraparte central e pelo n.º 3 fica também autorizado o Governo, para assegurar a execução do referido Regulamento na ordem jurídica interna, a regular o funcionamento de câmara de compensação ou de sistema de liquidação.

Através do Decreto-Lei n.º 40/2014, de 18 de março¹², o Governo Português, na sequência da autorização legislativa concedida, aprova as medidas nacionais necessárias à aplicação em Portugal do Regulamento EMIR e no seu preâmbulo, refere-se que a crise financeira colocou a *nu* os riscos que a utilização de contratos de derivados negociados fora de mercado regulamentado acarretam, uma vez que existe uma rede complexa de interdependências que se estabelecem, o que contribui para um grau de transparência diminuto, uma vez que são negociados de forma exclusivamente bilateral.

Desta forma, o Regulamento impõe que certas categorias dos contratos de derivados sejam compensados através de contrapartes centrais, para assegurar um funcionamento regular do mercado e para evitar repetição dos efeitos que causaram um abalo sério no sistema financeiro. Relembre-se que a crise financeira demonstrou que os derivados, em períodos de *stress* dos mercados, tendem a potenciar as incertezas e conduzem, por conseguinte, a uma instabilidade dos mercados e do sistema financeiro, impondo-se, portanto, este aumento da transparência nestes contratos derivados. Visou-se, assim, implementar maior segurança e transparência na negociação destes derivados, pretendendo-se com isso evitar que haja um controlo pouco eficaz e falacioso dos riscos envolvidos nessas operações. Em suma, o que se aspirou foi a implementação de medidas para controlo dos riscos em cenários de pressão dos mercados¹³.

¹¹ Cfr. art. 258.º do Código dos Valores Mobiliários.

¹² Já alterado pelo Decreto-Lei nº 157/2014 de 24 de outubro, que transpõe para a ordem interna a Diretiva 2013/36/EU.

¹³ Refere o Regulamento EMIR, ponto 4, que “os derivados do mercado de balcão («contratos de derivados OTC») são pouco transparentes, já que são contratos negociados de forma privada relativamente aos quais, normalmente, só as partes contratantes dispõem de informações. Criam uma complexa rede de interdependências que pode dificultar a

De forma não exaustiva, referimos que o EMIR prevê várias obrigações, sendo que em derivados prevê a obrigação de compensação centralizada, isto é, junto de uma contraparte central, a mitigação de risco para derivados *over the counter* não compensados centralmente, a comunicação obrigatória das transações sobre todos os derivados a repositórios de transações. No que concerne às contrapartes centrais, prevê a autorização e supervisão, os requisitos aplicáveis e a interoperabilidade, e relativamente aos repositórios de transações¹⁴, consagra regras sobre o registo e supervisão e sobre o acesso à informação.

O principal objetivo dos repositórios de transações é a concentração de toda a informação para uma identificação mais fácil e eficaz do nível de risco sistémico, bem como quais as entidades onde o mesmo começa a sobressair e a respetiva dimensão.

Resulta dos artigos 4.º, 5.º e 6.º do Regulamento EMIR e do Regulamento Delegado n.º 149/2013 quais os derivados OTC que têm de ser compensados por contrapartes centrais.

Sobre a contraparte central, o Regulamento prevê os requisitos relativos à autorização, ao exercício da atividade e à supervisão de contrapartes centrais nos seus artigos 14.º a 54.º, quais os requisitos de capital mínimo e prudenciais, no que diz respeito à sua organização e exercício de atividade, sendo que além dos que constam do Regulamento EMIR, podem os Estados Membros exigir requisitos suplementares¹⁵.

As contrapartes centrais são pessoas coletivas que se interpõe entre as contrapartes em contratos negociados num ou mais mercados financeiros, agindo, como vimos, como comprador perante todos os vendedores e como vendedor perante todos os compradores.

Com este Regulamento, as contrapartes centrais deixam de poder acumular outras funções, nomeadamente a de entidades gestoras das câmaras de compensações, que se mantêm, consagrando-se a exclusividade do seu objeto das

identificação da natureza e do nível dos riscos envolvidos. A crise financeira veio demonstrar que essas características aumentam a incerteza em períodos de pressão sobre os mercados e, por conseguinte, provocam riscos para a estabilidade financeira. O presente regulamento estabelece condições para a limitação desses riscos e para o aumento da transparência dos contratos de derivados”.

¹⁴ Por repositório de transações entenda-se uma pessoa coletiva que recolhe e conserva centralmente os dados respeitantes a derivados. Estes repositórios de transações armazenam a informação referente aos derivados e que lhe é comunicada pelos participantes de Mercado, quer sejam ou não compensados por uma pessoa coletiva que se interpõe entre as contrapartes em contratos negociados num ou mais mercados financeiros, agindo como comprador perante todos os vendedores e como vendedor perante todos os compradores, também denominada por CCP. A informação fica acessível à ESMA, ao ESRB e aos bancos centrais relevantes.

¹⁵ Sobre as normas técnicas de regulamentação sobre os requisitos de capital das contrapartes centrais, veja-se o Regulamento Delegado (UE) n.º 152/2013 da Comissão, de 19 de dezembro de 2012.

contrapartes centrais.

Faz-se uma divisão entre contratos de derivados elegíveis e não elegíveis para compensação através de contraparte central, estipulando-se regras diferentes consoante a classe em que os derivados se insiram.

Estipulam-se e regulamentam-se as obrigações que impendem sobre as contrapartes financeiras¹⁶ nos contratos de derivados, abrangendo as entidades autorizadas a exercer atividades nos setores bancário, segurador e dos fundos de pensões e dos valores mobiliários.

As instituições que tenham celebrado um *ISDA Master Agreement* com contrapartes, ao abrigo do qual tivessem sido celebrados contratos de derivados *OTC*, deverão implementar os procedimentos e mecanismos exigidos pelo Regulamento EMIR, a fim de os adequar às novas obrigações impostas por este Regulamento.

A Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ESMA¹⁷) é a autoridade responsável pelo registo, reconhecimento, supervisão e sancionamento das entidades que funcionarão como repositórios de transações, ou seja, pessoas coletivas que recolhem e conservam centralmente os dados respeitantes a derivados.

O Regulamento procedeu ainda à alteração da Diretiva n.º 98/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio, no que concerne ao caráter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamento e de liquidação de valores mobiliários, protegendo mais os direitos dos operadores.

Desta forma, em suma, com as novas imposições trazidas com o Regulamento EMIR, passa a existir a obrigação de compensação centralizada, com imposição de intervenção de uma contraparte central. Esta câmara de compensação irá assumir a responsabilidade pela execução de todos os contratos de *swap* e assumirá o *default* de uma das partes, isto é, assume os riscos que inicialmente eram riscos bilaterais. Esta câmara de compensação tratará, portanto, do apuramento das posições e calculará as posições líquidas.

A contraparte central não será, todavia, contraparte, irá apenas fazer a compensação central, recolhendo garantias de ambas as partes (colateral), o que

¹⁶ São contrapartes financeiras as Empresas de investimento autorizadas nos termos da Diretiva nº 2004/39/CE, Instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva nº 2006/48/CE, as Empresas de seguros autorizadas nos termos das Diretivas nºs 73/239/CEE e 2002/83/CE, as Empresas de resseguros autorizadas nos termos da Diretiva nº 2005/68/CE, os Organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (e a respetiva sociedade gestora autorizada nos termos da Diretiva nº 2009/65/CE, as Instituições de realização de planos de pensões profissionais, os Fundos de investimento alternativo geridos por uma entidade responsável pela gestão autorizada ou registada nos termos da Diretiva nº 2011/61/UE.

¹⁷ Sobre esta autoridade e o seu papel na supervisão financeira europeia, veja-se MACHADO, C. D., «A ESMA e a arquitectura de Supervisão Financeira Europeia», *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 37, 2010, pp. 70 a 104.

diminui o risco, pois se uma parte não cumprir a contraparte central possui uma garantia para acionar. As garantias vão sendo exigidas e libertadas pela contraparte central à medida que se vai fazendo o apuramento das posições. A contraparte central funcionará como uma espécie de “bolsa”. Ocorre portanto uma concentração do risco na contraparte central, decorrente desta mutualização do risco.

Com esta nova regulamentação torna-se os mercados privados OTC em mercados semi-privados, na medida em que passam a obedecer agora a regras típicas dos mercados regulamentados, transformam-se em mercados formais.

A vantagem decorrente desta obrigatoriedade de compensação centralizada é que o risco, que era bilateral, que se encontrava expandido está agora concentrado numa só entidade, sendo mais fácil, em princípio, controlá-lo, através de mecanismos de mitigação de riscos.

O que acontece é que se isola cada contraparte, transferindo-se o risco para uma entidade e controla-se apenas esta entidade e, conseqüentemente, o risco sistémico.

No entanto, cremos que o propósito efetivo é aumentar a transparência e facilitar a supervisão. Não ignoramos, porém, a possibilidade de também esta contraparte central ficar descontrolada e o risco ser ainda maior em caso de *default* desta entidade. Mas a realidade é que é menos provável a ocorrência de uma insolvência de uma contraparte central do que de um Banco, o que resolve o problema de transformação de maturidade, dado que gerará uma maior liquidez no mercado. Há ainda quem defenda que este sistema só funcionaria se existisse apenas uma contraparte central para centralizar tudo, mas isso anularia o Regulamento EMIR e o *Dodd-Frank Act*.

A essência da contraparte central é proceder à comparticipação da liquidez, há uma parte dos ativos líquidos que vão ser afetados ao cumprimento dos derivados, há um ganho de liquidez.

Duas notas importantes a acrescentar acerca do Regulamento EMIR. Primeira, este Regulamento também se aplica aos derivados *Exchange Traded Derivatives (ETD's)*, também chamados de *Listed* (listados), apesar de tal não resultar do Regulamento, há instruções internacionais neste sentido. A segunda, há *OTC's* compensados e não compensados, e os compensados só têm de o ser se ultrapassarem os limiares de compensação consagrados nas normas técnicas de regulamentação do Regulamento EMIR¹⁸.

¹⁸ Não cremos que, perante a nossa realidade interna, haja lugar a compensação, pois os valores são extremamente elevados, foram calculados perante a realidade europeia.

2.2 A *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* nos EUA

Em julho de 2010, a lei de *Dodd-Frank*¹⁹ tornou-se uma lei federal dos Estados Unidos da América, tendo vindo implementar uma reforma a nível da indústria financeira e sobretudo na decorrência da crise financeira de 2008, e na perspetiva de defesa e proteção do consumidor contribuinte, obrigando os bancos a regulamentação e às vicissitudes que uma empresa em crise se submete, designadamente, a falência. Esta lei é bastante extensa²⁰ e criou o *Financial Stability Oversight Council*, o *Consumer Financial Protection Bureau*²¹, funcionam como aliados dos consumidores perante os bancos que tendo uma elevada dimensão não se encontram regulados e que, com a sua atividade, podem provocar graves prejuízos aos consumidores.

Esta lei veio conceder autorização para *Commodity Futures Trading Commission* fiscalizar os comerciantes de *swap*, elaborando uma lista de concessionárias de *swap* provisoriamente registadas. Impôs requisitos mínimos a nível de capitais e margens menores de risco para o sistema assim pretendendo de uma maneira genérica incrementar a transparência e melhorar os preços nos derivados de mercado e pugnar por uma negociação mais limpa e transparente. O propósito principal consistiu na redução do risco em que o público americano incorreria se estas operações corresse fora dos trâmites planeados, tal como sucedeu na crise financeira de 2007 e 2008.

Criou esta legislação novos departamentos dentro da já existente *Securities and Exchange Commission*, um dos quais é dedicado àquelas que são apontadas como uma das principais responsáveis pela crise financeira de 2008, as Agências de *rating*.

A *Dodd-Frank Act* dedicou-se essencialmente às instituições que assumem uma grande dimensão, pois são precisamente essas que poderão provocar efeitos mais graves e devastadores no sistema financeiro mundial se algo correr mal, estabelecendo, assim, quais as instituições sistemicamente importantes e ponderar a sua respetiva divisão, sendo que a eventualidade de resgate pela Reserva Federal da América a essas instituições está mais limitada.

Pugna ainda esta lei pela maior transparência na utilização dos derivados financeiros, e regressa novamente à política da *Glass-Steagall Act*, revogada após a criação do *Citigroup*, num sentido de tentar regressar à divisão entre banca comercial e banca de investimento e salvaguardar os contribuintes americanos de

¹⁹ Conhecida abreviadamente como *Dodd-Frank Act*, de 5 de Janeiro de 2010, disponível na sua integralidade em

http://www.cftc.gov/ucm/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_enrolledbill.pdf (acedido em 27 de Janeiro de 2015).

²⁰ Cerca de duas mil e trezentas páginas.

²¹ Contém informação mais pormenorizada disponível em: <http://www.consumerfinance.gov/> (acedido em 27 de janeiro de 2015).

suportarem com os seus impostos os resgates às empresas consideradas demasiadamente grandes para falir²², numa perspetiva inversa de que são demasiadamente grandes para salvar²³.

Finalmente, refere-se que a intenção clara desta lei é subordinar as instituições a regras e limitá-las na sua liberdade de interpretação e criação. Embora não o tenha conseguido de forma absoluta, representou um passo naquilo que cremos ser o bom caminho.

Com esta lei, conferiu-se poderes para as autoridades *Securities and Exchange Commission* – SEC – ou *Commodity Futures Trading Commission* – CFTC – pedirem as necessárias informações sobre *swaps* ou participantes no mercado financeiro, com vista à elaboração de relatório que os qualifique como perigosos para a estabilidade do sistema financeiro.

O sistema financeiro pode ser entendido em sentido objetivo ou subjetivo. O primeiro refere-se às normas e princípios que regulam a atividade financeira, o segundo reporta-se aos intervenientes do sistema financeiro, aquelas instituições e organizações que exercem a atividade financeira. Calvão da Silva expõe que “o sistema financeiro (...) deve ser suficientemente organizado e estruturado por lei, por razões de ordem pública económica, tanto de ordem pública de direção da economia como de ordem pública de proteção dos aforradores, depositantes, investidores e segurados ou beneficiários de seguros”²⁴. Assim, é indiscutível que a regulamentação do sistema financeiro deve ser completa e rigorosa, sendo necessária.

A Constituição da República Portuguesa, no art. 101.º, dispõe que a captação das poupanças e sua segurança é essencial ao desenvolvimento económico e social. Mas o nosso sistema financeiro é apenas uma peça de um quadro mais amplo, o espaço financeiro europeu, daí que não possamos individualizar a lei interna nem interpretá-la de forma isolada, mas antes integrada e em consonância com as normas europeias.

Os bancos têm interesse na falta de regulamentação e de controlo dos *swaps*.

Veja-se o facto de os bancos de Wall Street desconsiderarem uma parte da *Dodd-Frank Act*. O *JP Morgan* e o *Citigroup* conseguiram que, no orçamento americano, fosse votada uma disposição que anula a obrigação de efetuar *spin-off*²⁵ nas operações de *swaps*.

James Dimon²⁶, conjuntamente com os seus pares, conseguiram os seus desígnios, tendo aproveitado a aprovação do orçamento federal americano, na Câmara dos Representantes e no Senado, para discutirem e fazerem com que não

²² Na usual expressão “*too big too fail*”.

²³ Invertendo-se a expressão conhecida para uma outra: “*too big too save*”.

²⁴ SILVA, J.C., “*Banca, Bolsa e Seguros, Tomo I – Direito Europeu e Português*”; Almedina, 2013, pp. 14 e 15.

²⁵ Trata-se de uma operação de separação.

²⁶ CEO do JP Morgan.

fosse aprovada uma disposição da *Dodd-Frank Act*, que penalizava as atividades dos bancos de Wall Street sobre derivados.

A *Dodd-Frank Act*, aprovada em 2010, pretendia obrigar os bancos a efetuar *spin-off* das suas operações de *swap*, isto é, separar estas operações, colocando-as em filiais que não beneficiassem de garantias públicas em relação aos depósitos. A ideia subjacente a esta medida proposta pelos reguladores era proteger os contribuintes contra os efeitos nefastos que poderiam suceder no âmbito das suas atividades²⁷.

Os principais líderes bancários desta iniciativa introduziram, dias antes da aprovação da lei, uma alteração. Esta situação foi rejeitada pelos democratas e vinte e um senadores votaram contra este orçamento, argumentando com a falta de discussão da alteração que havia sido apresentada pelos lobistas do Citigroup.

Já em 2013 a administração de Obama pensou em negociar com os republicanos a eliminação da medida de *Dodd-Frank Act* sobre os *swaps*, oferecendo como contrapartida uma ajuda na reforma do financiamento do Fundo Monetário Internacional.

3. Pontos de contacto entre o Regulamento EMIR e a *Dodd-Frank Act*

É ponto não controvertido que a crise financeira determinou um abalo efetivo no sistema financeiro o que ditou alterações profundas a nível internacional e, conseqüentemente, nacional, para reforçar garantias de que outro abalo não sucedesse. É o exemplo real do velho aforismo popular “casa roubada, trancas na porta”.

A corroborar esta urgência na regulamentação, começaram as surgir os *bail outs* de países como a Grécia e Irlanda, seguidos de Portugal e a ameaçar Espanha e Itália que, a concretizar-se, poderiam determinar uma quebra na União Europeia, desde logo pelo regresso às moedas nacionais anteriores ao Euro.

Neste cenário de crise, criou-se ainda um Grupo de Alto Nível sobre a Supervisão Financeira, que aconselhou a União Europeia a desenvolver e estipular um conjunto harmonizado de medidas de regulação financeira.

Este Grupo foi mandatado pela Comissão Europeia e presidido por Jacques de Larosière, e visou estudar qual o melhor método para reforçar os mecanismos europeus de supervisão com a clara intenção de proteger os cidadãos e incutir novo espírito de confiança nestes relativamente ao sistema financeiro, o qual sem confiança não subsiste.

²⁷ Veja-se o caso da *London Whale* (Baleia de Londres, apelido de um funcionário da JP Morgan acusado de ter provocado estas perdas), em que a JP Morgan admitiu ter violado a lei de títulos federais norte-americana nesta transação, que envolveu 6,2 bilhões de dólares. Também em julho de 2010, [o Goldman Sachs pagou 550 milhões](#) de dólares para ultrapassar as acusações federais de que tinha enganado investidores num determinado produto hipotecário, numa conjuntura em que o mercado imobiliário já indiciava o seu colapso.

Do Relatório de Larosiére resultou a recomendação de reforma de um sistema de supervisão de todo o sector financeiro da União. Criou-se, nesta sequência, um Sistema Europeu de Supervisão Financeira — ESFS — e um Conselho Europeu do Risco Sistémico — ESRB.

O Conselho Europeu do Risco Sistémico surgiu em dezembro de 2010²⁸ e supervisiona todo o sistema financeiro europeu, tentando evitar a generalização e propagação dos efeitos negativos num cenário de crise financeira. Este Conselho é membro do Sistema Europeu de Supervisão Financeira, o qual compreende também três autoridades europeias de supervisão — ESAs — cada uma delas dedicada a um dos três principais sectores que compõem o sistema financeiro. A Autoridade Bancária Europeia — EBA — que veio substituir o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão Bancária, para o sector bancário²⁹. A Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma — EIOPA — que veio substituir o Comité das Autoridades Europeias de Supervisão dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, para o sector segurador³⁰. E a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados³¹ — ESMA — que substituiu o Comité das Autoridades de Regulamentação dos Mercados Europeus de Valores Mobiliários, para o sector dos valores mobiliários³².

Estas três autoridades cooperam entre si e juntas compõem o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão que visa a ligação e regulação concertada entre os três sectores. Compõem ainda este sistema europeu de supervisão as autoridades competentes ou de supervisão dos Estados-Membros.

O Conselho Europeu do Risco Sistémico é ainda composto por um Conselho Geral, um Comité Diretor, um Secretariado, um Comité Científico Consultivo e um Comité Técnico Consultivo³³.

O Regulamento EMIR surge como resposta da União Europeia aos infaustos efeitos que a crise financeira de 2007 deixou desnudados.

Com a sua disciplina pretendeu estabelecer mecanismos tendentes a controlar o risco sistémico³⁴, acompanhando a sua evolução e desejou promover a

²⁸ Regulamento (UE) nº 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010 e Regulamento (UE) nº 1096/2010 do Conselho, de 17 de novembro de 2010.

²⁹ Criada pelo Regulamento 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010.

³⁰ Criada pelo Regulamento 1094/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010.

³¹ Sobre os poderes da ESMA, poderá consultar-se Os Poderes Regulatórios da ESMA ao Abrigo do Regulamento (UE) N.º 236/2012, JusJornal, n.º 1820, 19 de dezembro de 2013, Francisco Almeida Garrett, disponível em <http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content>.

³² Criada pelo Regulamento 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010.

³³ Sobre a estrutura institucional da União Europeia a nível de supervisão financeira, veja-se SILVA, J.C., *"Banca, Bolsa e Seguros, Tomo I – Direito Europeu e Português"*; Almedina, 2013, pp. 68 a 83.

transparência no mercado dos derivados de OTC. Estipulou a não obrigatoriedade de compensação para contrapartes não financeiras dependendo dos limiares³⁵, a obrigação de comunicar todas as operações de derivados negociados fora de Mercado regulamentado e em Mercado regulamentado, entre outras regras conducentes a uma negociação mais clara. Por seu turno, também nos Estados Unidos da América legislaram com estes objetivos. Com a *Dodd-Frank Act*, visou-se igualmente reduzir o risco sistémico e recuperar a confiança no mercado dos *swaps*, estipulando a não obrigatoriedade de compensação para as contrapartes não financeiras no caso de estes instrumentos serem utilizados com finalidade de *hedging*. Existindo também a obrigatoriedade de comunicar todas as operações efetuadas fora do mercado regulamentado.

4. Conclusão

Uma vez analisadas as principais alterações legislativas ocorridas nos EUA e na UE após a crise, verificamos que o sentido que ambas pretenderam adotar se centra na implementação de medidas que, pelo menos em termos teóricos, visam maior transparência, eficácia e segurança na transação de derivados financeiros *OTC*. Só o tempo nos dirá se foram medidas suficientemente adequadas para evitar a reincidência de erros cometidos no passado.

Em todo o caso, sempre diremos que a história demonstra-nos bem a natureza cíclica das crises financeiras e outra certamente ocorrerá, faltará saber se pelas brechas deixadas em aberto por esta legislação ou se fruto de outras inovações, sempre surpreendentes e admiráveis, da engenharia financeira.

5. Bibliografia

- ALMEIDA, A.P., "Instrumentos Financeiros: os swaps", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, Almedina, 2001
- ALMEIDA, A.P., "Valores Mobiliários, instrumentos financeiros e mercados", Vol. II, Coimbra Editora, 2013

³⁴ Veja-se o art 11, nº 1 al. a) e 14 al. a) do Regulamento EMIR que estabelecem que "as contrapartes financeiras e não financeiras que celebrem contratos de derivados OTC sem compensação através de uma CCP, devem efetuar as devidas diligências para assegurar que estão estabelecidos procedimentos e mecanismos apropriados para medir, acompanhar e atenuar os riscos operacionais e o risco de crédito da contraparte, incluindo, pelo menos a confirmação atempada, sempre que possível por meios eletrónicos, dos termos dos contratos de derivados OTC em causa".

³⁵ Se uma contraparte não financeira mantiver posições numa classe de derivados, que exceda o respetivo limiar será obrigada a compensar as suas transações. Os limiares definidos, atualmente, pela ESMA são: 1.000.000 euros em Derivados de Crédito; 1.000.000 euros em Derivados de Ações; 3.000.000 euros em Derivados de Taxa de Juro; 3.000.000 euros em Derivados Cambiais; 3.000.000 euros em Outros Derivados, como por exemplo *Commodities*. Valores estes que são calculados pela média dos valores nominais brutos, por cada espécie de derivado, e face aos últimos trinta dias.

- ANTUNES, J. A. E., "Os derivados.", *in* Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 30, pp. 91-136.
- CALHEIROS, M.C., "O contrato de swap." *in* Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 51.
- CÂMARA, P., «Supervisão bancária: recentes e próximos desenvolvimentos», *I Congresso de Direito Bancário*, Almedina, 2015
- FERREIRA, D., "Swaps e derivados de crédito", Edições Sílabo, 2008
- GORIS, P., "The legal aspects of swaps", Graham & Trotmann/ Martinus Nijhoff, 1994
- MACHADO, C. D., «A ESMA e a arquitectura de Supervisão Financeira Europeia», Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 37, pp. 70 a 104
- SILVA, J.C., "Banca, Bolsa e Seguros, Tomo I – Direito Europeu e Português"; Almedina, 2013

NA BUSCA DA INCLUSÃO: O ESTATUTO DA CIDADANIA NA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

In the quest for inclusion: the Status of Citizenship in the jurisprudence of EU CJ

MARÍA DE FÁTIMA DE CASTRO TAVARES MONTEIRO PACHECO
Centro Europeu de Direito da União

Sumário: 1 – Enquadramento do tema; 2 – O sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE: breve abordagem; 3 – Os direitos dos cidadãos europeus: significado, importância e conteúdo; 3.1. A cidadania como feixe diferenciado de direitos; 4 – O caminho do Tribunal de Justiça da EU; 4.1. – O caso *Martinez Sala*; 4.2. O caso *Bickel and Franz*; 4.3. O caso *Grzelcyck*; 4.4. O caso *Zambrano*; 4.5. O caso *Murat Dereci*; 4.6. O caso *McCarthy*; 4.7. O caso *O.S.*; 5. Conclusão

Resumo: A integração europeia envolveu os indivíduos no processo de construção da ordem jurídica da União, situando-os no centro de uma estrutura normativa plural, que apresenta um sistema de protecção autónomo. Do seu núcleo de fundamentalidade fazem parte os direitos reconhecidos na CDFUE; os princípios gerais indicados no art. 6.º, n.º 3 do TUE-L; e alguns preceitos dos tratados. O presente trabalho incide sobre as consequências da adopção da CDFUE no que concerne à densificação dos direitos dos cidadãos europeus e à reconfiguração das situações puramente internas. Através de um percurso pela jurisprudência mais impactante para a evolução dos direitos fundamentais dos cidadãos a Autora pretende demonstrar que a força expansiva dos preceitos substantivos da Carta tem contribuído para a autonomização do conteúdo do estatuto da cidadania, agora desvinculado da justificação económica das liberdades e da prévia necessidade de circulação. Descortinar sobre se o TJUE tem trilhado pelos caminhos de uma cidadania inclusiva, veiculada à construção de um verdadeiro “status civitas europeu”, ou se a crise europeia o tem guiado rumo à “diferenciação” é a questão que a Autora vem aqui apresentar.

Palavras chave: cidadania europeia – direitos fundamentais – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – sistema de protecção.

Abstract: The European integration has involved individuals in the construction of the Union’s juridical order process, positioning them at the centre of a plural normative structure, which presents an autonomous protection system. The rights recognized in the CDFUE; the general principles indicated in the TUE-L art. 6.º, n.º 3; and some treaty precepts, form part of its fundamentality nucleus.

The present work focuses on the CDFUE adoption consequences in what concerns to the European citizen's rights densification and the reconfiguration of purely internal situations.

Through a greater impact journey through jurisprudence towards the evolution of citizens' fundamental rights, the Author aims to demonstrate that the growing strength of the Charter precepts has contributed towards the independence of the citizenship's status content, which is now unbound from the economic justification of liberties and from the previous circulatory necessity.

Reveal whether or not the TJUE has made its way through the path towards a more inclusive citizenship, joint to the construction of a true "European status civitas", or whether European crisis has guided it towards differentiation is the question which the Author here presents.

Keywords: European citizenship – fundamental rights – European Union's Fundamental Rights Charter – protection system.

1 – Enquadramento do tema

Foi em 1 de Novembro de 1993, com a entrada em vigor do TUE¹, que a Comunidade Europeia se viu desacompanhada do substantivo "Económica" para se apresentar como um espaço sem fronteiras internas dirigido à «criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa». Maastricht, ainda que operando uma ostensiva reforma nos Tratados fundacionais, criou uma entidade bifronte que – fazendo subsistir as Comunidades Europeias com a UE – se apresentava como uma estranha «criatura» tripolar², ora trilhando os caminhos da

¹ A partir daqui utilizaremos a abreviatura TJUE, ou a palavra "Tribunal", quando nos referirmos ao Tribunal de Justiça da UE que, nos termos do art. 19.º do TUE, «inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e os Tribunais especializados».

² Dando corpo ao então art. 1.º, par. 3 do TUE que afirmava que «a União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo presente Tratado» a União passou a ser generalizadamente apresentada como uma estrutura assente em três pilares, onde o primeiro tratava das Comunidades e os seguintes da Política Externa e de Segurança Comum (de ora em diante PESC) e da Justiça e Assuntos Internos (de ora em diante JAI), respectivamente. Como é do conhecimento geral a lógica dos pilares viria a ser ultrapassada pelo TL (TL), mediante a adopção de um tratamento uniformizador do leque de domínios de actuação da União – que agora se encontra construída sobre o Tratado da UE (TUE) e o Tratado de Funcionamento da UE (TFUE). Deixa-se aqui a ressalva que o método comunitário, apesar de fortalecido e alargado, não abrange todos os domínios da União, verificando-se ainda a existência de matérias sujeitas à intergovernamentalidade, como é o caso da política externa, da política de defesa e dos serviços de polícia. Com efeito, as matérias PESC não foram integradas no TFUE e, continuam sujeitas a regras e procedimentos de decisão próprios, inclusive ficando fora do controlo jurisdicional do TJUE - não obstante a ressalva da sua competência sobre recursos de legalidade relativos a medidas restritivas de direitos adotadas contra pessoas singulares ou coletivas, designadamente de combate ao terrorismo (art. 275.º, 2.º par.). Da mesma maneira, a matéria relativa à CJPPM continuou a conhecer regras de deliberação por

integração, ora ousando pelas matérias de natureza intergovernamental. Em jeito simbólico, a apócope do economicismo demonstrou que a União se abria a domínios políticos, em concreto, aos direitos de cidadania e aos direitos fundamentais a ela inerentes.

Com efeito, Maastricht acrescentou novos propósitos aos então indicados em 1957, ano em que a Europa, ainda de alma ferida por um holocausto indissipável e de corpo devastado pelos horrores da guerra, apontava o mercado comum³ como meta a concretizar pelas Comunidades que então vinham à luz. Doravante, a União que sucederia à Comunidade Europeia cuidaria não apenas de coligar Estados mas de unir homens – sob uma identidade comum.

Sendo certo que a Europa, ao longo de séculos, forjou o Estado-nação, não é menos verdade que em pouco mais de 50 anos a União do pós-guerra conduziu a uma nova leitura da soberania, tornando possível – por via do desenvolvimento do mercado interno – transmutar um espaço económico de livre circulação de trabalhadores (art. 45.º TFUE) num espaço de indivíduos munidos de um novo estatuto jurídico: a cidadania da União. Ora, tal estatuto não seria alcançável sem o abrigo de um sistema de protecção de direitos fundamentais. Na verdade, ao estabelecer uma relação directa com os cidadãos cuja existência transcende o vínculo da nacionalidade, a União compreendeu que se tornava premente atribuir aos indivíduos, factor humano da produção, direitos básicos que não lhes cerceassem a sua vontade de entrar, permanecer e residir noutros Estados-membros⁴. Foi, portanto, por via das liberdades fundamentais dos Tratados, que a história viu surgir na velha Europa um novo “nomadismo” onde os movimentos das pessoas abriram um espaço outrora delimitado por fronteiras.

unanimidade, sujeita a mecanismos de bloqueio de decisão. Nesse sentido, LUISA DUARTE, enfatizando a componente intergovernamental dos Tratados afirma a sobrevivência de uma «estrutura invisível dos pilares da UE». Vd. MARIA LUISA DUARTE, «A Constituição Europeia e os direitos de soberania dos Estados-membros – elementos de um aparente paradoxo», in *O Direito – Portugal e o Tratado “que estabelece uma Constituição para a Europa”*», Vol. IV-V, Ano 137, 2005, p. 853. Defendendo a expressão “Direito Comunitário” como o «direito criado e aplicado segundo o método comunitário que não só sobreviveu ao TL como nele se viu reforçado», vd. MARIA LUÍSA DUARTE, *UE – Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, 2011, pp. 19 e 82.

³ Partindo da União Aduaneira, o mercado comum apontava como prioritário a concretização da liberdade de circulação dos factores de produção (trabalho, capital e serviços) e a implementação de um conjunto de políticas sem as quais não se realizariam os objectivos comunitários, tal como a agricultura e pescas, o comércio externo e a concorrência. Não cabe aqui apresentar a diferença entre o mercado comum e o mercado interno, que, não sendo conceitos coincidentes, mereceram da doutrina e da jurisprudência diferentes abordagens, encontrando-se, todavia, no art 26.º do TFUE a opção pelo conceito de mercado interno, enquanto objectivo primordial da integração económica, proclamando a necessidade do afastamento dos obstáculos que impeçam o aproveitamento dos recursos económicos.

⁴ Conforme previsto nas Directivas do Conselho 90/364, 90/365 e 90/366 reconhecendo tais direitos, também a não titulares dos direitos de circulação de trabalhadores e serviços

Todavia, é importante salientar que não foi sem resistência que os Estados-membros assistiram àquela dissociação. Tanto por via das derrogações a esses direitos, como por via da invocação das situações puramente internas⁵, os Estados tentaram exigir a transnacionalidade para o reconhecimento dos direitos de cidadania, bem como cercear a sua capacidade expansiva.

Numa fase inicial, ainda que se reconhecesse o direito de circulação a esses novos “nómadas”, apenas podiam circular livremente os nacionais dos Estados-membros que desenvolvessem uma actividade económica no território de outros Estados-membros. Numa fase posterior, após o surgimento dos direitos de cidadania, a livre circulação apresentava-se já de cunho mais amplo, ainda que condicionada à prova da suficiência de recursos económicos e da não constituição de encargo suplementar para a assistência do Estado de acolhimento. Porém, paulatinamente, a “cidadania de mercado” foi dando passos no sentido da sua autonomia face ao mercado, na via da sua afirmação enquanto expressão de pertença e inclusão a uma entidade política. Deste modo, aos trabalhadores, aos seus familiares e a quaisquer cidadãos, ainda que economicamente inactivos, foi-lhes atribuída uma «nova qualidade subjectiva suplementar»⁶, fenómeno típico de verdadeiro espaço político comum.

Nesta senda, o TL teve o mérito de elevar a cidadania europeia a esteio da estrutura democrática da União e a símbolo da identidade europeia. O art. 10.º, n.º 2 e n.º 3 do TUE ilustra esta realidade ao asseverar que os cidadãos estão directamente representados no PE e ao consagrar o seu direito de participação na vida democrática da União. Graças àquele Tratado, a cidadania deixou de ser complementar para passar a ser adicional à dos Estados-membros.

Esta constatação foi o resultado de um longo percurso, que se tornou possível, principalmente, devido ao trabalho do TJUE. A obra deste Tribunal revelou-se mediante a afirmação de uma nova ordem jurídica, que aspirando ao seu primado, se destinava a ser integrada em vinte e oito ordens jurídicas diferentes. Este quadro jurídico, sob o qual se move o sistema europeu de protecção de direitos

⁵ Sobre o que sejam situações puramente internas, vd. ABEL LAUREANO, *Discriminação inversa na Comunidade Europeia – o desfavorecimento dos próprios nacionais na tributação indirecta*, 1997, p. 272, onde afirma: «deve assentar-se em definir, grosso modo, as situações puramente internas como sendo apenas as situações jurídicas que formalmente não têm qualquer elemento de ligação ao Direito Comunitário, desenrolando-se totalmente “no interior” do sistema jurídico do Estado-membro. O que pode ocorrer por duas vias: Na primeira delas, única e simplesmente devido à matéria em que se inserem; na segunda, dada a natureza de todos os elementos componentes (qualidade nacional e territorial), posto que a respectiva norma jurídica interna disciplinadora não estabeleça um regime diferenciado para as realidades estrangeiras (*maxime* pessoas) comunitárias»; vg ALESSANDRA SILVEIRA, «Cidadania e jusfundamentalidade na UE – do argumento de *James Madison* à jurisprudência *Zambrano*», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, Vol. III, 2012, pp. 939-973.

⁶ Conforme é proclamado no ac. de 12.5.1998, proc. C-85/96, Col. I-2725, par. 61

fundamentais, levantou o véu de uma zona de intrincados contornos cujos princípios da aplicabilidade directa e do efeito directo constituíram a sua alavanca de funcionamento. Sendo os tribunais nacionais os tribunais de direito comum da União, a Carta de Lisboa, agora com força de direito primário, funciona como um instrumento centrípeto de integração, nela residindo uma inegável dimensão constitucional que em muito contribuiu para a expansibilidade dos direitos fundamentais e para a emergência de um *demos* europeu.

Com efeito, fomos assistindo a uma empreitada judicial imbuída de um espírito dinâmico e de uma linguagem constitucional veiculada à construção de um “*status civitas*” europeu, à concreção de uma específica identidade comum e à edificação de uma Europa de cidadãos. Não se tratou de um governo de juizes, mas de direitos fundamentais por eles “devotamente” garantidos. Neste contexto, o estatuto de cidadania – agora desvinculado da justificação económica das liberdades e da prévia necessidade de circulação – revestiu uma importância fulcral para o desenvolvimento da União de direitos. Sendo um instituto de natureza jurídica derivada, a cidadania partiu da ideia de inclusão a uma nova entidade política.

Propomos, por isso, uma reflexão sobre a evolução da jurisprudência mais relevante sobre a cidadania europeia, cujos momentos mais impactantes situamos num percurso que se desenha, principalmente, desde o acórdão *Martinez Sala, Bickel and Franz, Grzelczyk*, e *Zambrano*, até aos mais recentes esclarecimentos do TJUE contidos nos acórdãos *Dereci, McCarthy*, e *O. e S.* Percorreremos tal percurso de modo breve, pois a isso nos obriga o espaço de que dispomos. Nesta tarefa, prosseguiremos o desenvolvimento daquela jurisprudência com vista a descortinar se o TJUE se mantém fiel a uma concepção expansionista e inclusiva da cidadania ou se apresenta momentos de inflexão, inspirados nas posições defensivas dos Estados-membros e numa leitura meramente literal das disposições horizontais da Carta, em especial do seu art. 51.º. Dito de outra forma: propomos trazer à liça elementos que nos permitam aferir se a aplicação da Carta implica o alargamento da vinculação dos Estados ao seu parâmetro de protecção, em especial no que concerne aos direitos dos cidadãos.

2 – O sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE: breve abordagem

Não cabe nas dimensões deste trabalho um excuro sobre o sistema de protecção de direitos fundamentais da UE. Constataremos apenas o facto, evidente, que uma entidade com atribuições tão vastas e com tão grande capacidade de penetração nos direitos internos, cujas fontes de direito se destinam também aos particulares - para além de se afastar dos parâmetros internacionais clássicos - teria de caminhar ao encontro dos direitos fundamentais.

Na verdade, se nos alvares da construção europeia na sua missão de garantir o «*respeito pelo direito na interpretação e aplicação dos Tratados*», o TJUE se encontrava desacompanhado de um catálogo de direitos fundamentais, a defesa dos

particulares conduziu-o à identificação de um corpo de direitos que se incumbiu de assegurar, mediante o recurso aos princípios gerais de direito⁷. Todavia, ainda que tais princípios enformassem e integrassem a própria “Constituição” da União não resultou assegurada a concreta identificação dos direitos a proteger, a sua posição hierárquica, o seu conteúdo e o seu alcance de protecção. Razão que justificou dotar a União de uma declaração que reunisse, reafirmasse e assimilasse o seu acervo, assim oferecendo a segurança e legitimidade de que carecia.

Neste contexto, é importante relembrar que os actuais Tratados acabaram por fazer referência explícita aos direitos fundamentais: o seu preâmbulo confirma o «*apego dos europeus por os direitos do Homem e liberdades fundamentais*»; o art. 2.º TUE-L refere-os como um dos valores em que se funda a União; o art. 3.º enuncia o objetivo de os promover; o art. 6.º, n.º 1 reconhece a existência de um catálogo de direitos, princípios e objetivos; o n.º 2 do mesmo art. menciona o compromisso da União aderir ao sistema internacional regional de protecção de direitos fundamentais; o art. 7.º consagra um processo de incumprimento especial para os Estados que violam ou ameaçam violar os valores referidos no art. 2.º. Por outro lado, os Tratados contêm várias disposições internas sobre matérias jusfundamentais e uma política externa de direitos humanos, bem como existe uma agência de direitos fundamentais para a sua verificação.

⁷ Para uma trajetória sobre o compromisso da União com os direitos fundamentais desde a década de cinquenta até aos nossos dias, vd. GRAINNE DE BURCA, «The road not taken: the EU as a Global Human Rights Actor», Straus Working Paper, 09/10, in <http://www.nyustra.org/pubs/0910/docs/deBurca.pdf>. Sobre a protecção dos direitos fundamentais da União, na doutrina portuguesa, vd. ALESSANDRA SILVEIRA, «Princípio do respeito aos direitos fundamentais», in *Princípios de DUE – Doutrina e Jurisprudência*, 2009, pp.69-94; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da UE*, 2000, pp. 136 e 225; ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A protecção dos direitos fundamentais em Portugal e na UE», in *Estudos Europeus*, Ano I, n.º 2, 2007, pp. 113-147; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, pp. 273-293; ANTÓNIO GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da UE. A protecção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário*, 2002, pp. 7-38; FAUSTO DE QUADROS, *DUE - Direito Constitucional e Administrativo da UE*, 2004, pp. 126-140; JÓNATAS MACHADO, *DUE*, 2010, pp. 256-267; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, «A evolução da protecção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário», in *Carta de Direitos Fundamentais da UE*, 2001, pp. 17 e ss; MARIA LUISA DUARTE - «A UE e os Direitos Fundamentais - Métodos de Protecção», in *Estudos de DUE e das Comunidades Europeias*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 11 ss.; MARIA LUISA DUARTE - «O modelo europeu de protecção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência», in *Estudos de DUE e das Comunidades Europeias*, vol. II, pp. 191-203; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, *Da proclamação à garantia efectiva dos Direitos Fundamentais – em busca do due process of law na UE*, 2007, pp. 15-64; RUI MOURA RAMOS - «A Carta dos Direitos Fundamentais da UE e a protecção dos Direitos Fundamentais», in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25, 2001, pp. 161 ss.; SÓNIA TEIXEIRA, *A protecção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da UE*, 1998; SOFIA OLIVEIRA PAIS - «A protecção dos Direitos Fundamentais na UE», in *Estudos de DUE*, 2012, pp. 115-130.

Assim sendo, é um dado incontroverso que o modelo organizacional da União foi dando passos com vista à sua afirmação como uma União de Direito, situando os direitos fundamentais no centro de uma estrutura normativa plural⁸, dotada de um sistema de protecção autónomo sustentado por uma pluralidade de fontes: 1) os direitos consignados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE⁹, 2) os previstos nos Tratados e os 3) princípios gerais de direito, que se revelaram de observância garantida pelo TJUE – no quadro da estrutura e objectivos da União.

De salientar que tal autonomia impôs que a vinculação ao parâmetro dos direitos fundamentais da UE se circunscrevesse às matérias que revelavam uma ligação com as competências¹⁰ da União, devendo a acção fiscalizadora do Tribunal ater-se ao princípio da competência por atribuição.

Ora, da evolução da jurisprudência da União podemos asseverar que a invocabilidade dos direitos fundamentais por ela protegidos depende: 1) de se estar a aplicar o DUE – independentemente da margem de apreciação de que goza o Estado; 2) de se estar perante uma derrogação permitida ao seu abrigo; ou ainda 3) de se estar face a uma regulamentação substantiva susceptível de ser aplicável a uma situação estadual enquadrada nos seus objectivos ou que com ele seja contactável. Identificado o factor de conexão de tal disposição, acto ou medida, numa daquelas situações, vaticina-se a sua ligação ao DUE e a sua sujeição ao seu parâmetro de fundamentalidade – onde se inclui a Carta.

Ora, ainda que delimitando o seu âmbito de protecção ao âmbito material do DUE e ainda que não transfigurando o tradicional perfil pluralista do seu bloco de jusfundamentalidade, a integração da Carta nos Tratados implicou a fixação e alargamento do conteúdo dos direitos fundamentais protegidos pela União. Pelo que se torna possível questionar se a sua aplicação poderá 1) expandir o âmbito de aplicação (pessoal e material) das suas disposições normativas para além das atribuições da União; 2) reconfigurar as situações puramente internas; e 3) densificar os direitos fundamentais da União, em especial os que decorrem da

⁸ Que dá origem ao cruzamento de três níveis diferenciados de fontes jurídicas e de esferas jurisprudenciais, cujos âmbitos de protecção se interpenetram e se aplicam de forma não hierárquica, qual sejam: o que decorre das constituições nacionais e dos tribunais nacionais; o que decorre dos Tratados (Carta incluída) e do TJUE; e a que decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, daqui para a frente sob as abreviaturas CEDH e TEDH, respectivamente.

⁹ A partir daqui utilizaremos a abreviatura CDFUE, ou a palavra “Carta”, para nos referirmos à Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

¹⁰ Afirmando que a enumeração de direitos apenas significa que a União os deve respeitar no exercício das suas competências, vd, FRANCISCO FONSECA MORILLO, «*La gestación y el contenido de la Carta*», in *La protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, 2002, pp. 87-21; OLIVIER DE SCHUTTER, *The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination*, Jean Monet Working Papers, n.º 7/04, <http://eurocenter.wisc.edu/OMC/Papers/Rights/de>. Pdf, p.4

cidadania – hipóteses que, atenta a evolução jurisprudencial neste domínio, nos parecem de evidente verificação.

Aqui chegados e com isto fechando este brevíssimo apontamento sobre o sistema de protecção dos direitos fundamentais na UE, importa ainda sublinhar que o sistema não se esgota nas dinâmicas da Carta. Vimos já que o TL, na linha de continuidade da construção europeia, contém disposições que consagram direitos e liberdades fundamentais. Pelo que pensamos que continua a residir no art. 6.º TUE-L o núcleo do seu original sistema: se a 1.ª alínea deste preceito reconhece o valor da Carta e a 2ª autoriza a adesão à CEDH, a 3ª alínea confirma a vocação para a abertura do sistema, pela via já tradicional dos princípios gerais de Direito – pelo que continuará a residir no sistema jurisdicional da União a maturação de um pluralismo europeu em sede de protecção de direitos fundamentais.

3 – Os direitos dos cidadãos europeus: significado, importância e conteúdo

Apesar dos direitos de cidadania europeia não coincidirem em absoluto com os que decorrem da cidadania nacional – pertença jurídica, política e psicológica de um indivíduo a um Estado - os cidadãos europeus gozam de um feixe de direitos que, apesar de desprovidos da dimensão de deveres, se apresentam aliados aos direitos fundamentais outorgados pelo direito primário. Estes direitos são periodicamente avaliados, podem ser aprofundados e reforçados pelo Conselho no quadro de um processo legislativo especial, sem necessidade de revisão dos Tratados, e podem ser objecto de integração diferenciada (art. 20.º e 328.º a 334.º do TFUE). Assim sendo, a par do carácter dinâmico da integração europeia, também os direitos de cidadania foram apresentando uma natureza evolutiva.

De referir, ainda, que a cidadania não surge indicada em qualquer categoria ou domínio de competência (arts. 2.º a 6.º TFUE), não integrando nem o mercado interno, nem o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Não obstante, por força do art. 4.º, n.º 1, podemos intuir que se trata de um domínio de competência partilhada com os Estados-membros.

A cidadania europeia vem conhecer no TL uma dupla formulação, encontrando-se simultaneamente prevista nos Tratados (arts. 9.º TUE e 20.º a 24.º do TFUE) e na CDFUE (arts. 39.º a 46.º), sob diferentes sistematizações. A Carta autonomiza o direito a uma boa administração, cujos titulares são todas as pessoas e refere os nacionais de Estados terceiros legalmente residentes nos Estados-membros, o que significa que o campo de aplicação de ambas as formulações se apresenta diferenciado. Neste contexto, por influência da Carta, tem-se verificado uma tendência para a ampliação da sua capacidade protectora relativamente a nacionais de terceiros Estados.

Refira-se que, por força do disposto no n.º 2 do art. 20.º do TFUE, os cidadãos europeus são também titulares de um conjunto de direitos dispersos, nomeadamente, no domínio social. Por outro lado, podem beneficiar da protecção

alargada do princípio geral da igualdade de tratamento e da não discriminação, cuja previsão, sendo prévia àqueles, revela a sua inseparabilidade da ideia da igualdade, impondo que os indivíduos não sejam objecto de tratamento diferenciado a menos que situações estritamente objectivas a isso obriguem. Assim sendo, não resultando exaustiva a lista de direitos que engloba, a qualidade jurídica de cidadão da União envolve uma leitura transversal do direito primário. Ademais, importa também salientar que, em 1990, foram adoptadas três Directivas (90/364, 90/365 e 90/366) que reconheciam aos nacionais dos Estados-membros o direito de entrada, permanência e residência no território de outros Estados-membros, entretanto substituídas pela Directiva 2004/38, hoje em vigor.¹¹

Não é despidendo sublinhar que a União não pode atribuir cidadania, pelo que é necessário ser nacional dos Estados-membros para se obter o estatuto. Ora, uma vez que a atribuição da nacionalidade continua a constituir um domínio reservado estadual, apesar do feixe de direitos que atribui ser impactante, não deixa de revestir a natureza de uma cidadania de sobreposição, ancorada na prévia nacionalidade dos Estados-membros¹². Desta forma, a cidadania tem uma dimensão excludente¹³ ao não garantir a sua protecção e a não-discriminação aos não nacionais dos Estados-membros.

De resto, um Estado-membro não pode deixar de reconhecer a nacionalidade concedida por outro a um indivíduo proveniente de um Estado-terceiro, nem condicionar o seu exercício relativamente a indivíduos que não sejam da sua

¹¹ Esta Directiva não é aplicável aos nacionais de países terceiros, cujos seus direitos estão estabelecidos na Directiva 2003/109/CE, de 25/11/2003, que contém o estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração. Esta Directiva fixa as regras para a aquisição do estatuto de residente de longa duração (suficiência de recursos; seguro de doença; não perigar a ordem ou segurança pública), as condições de residência em país diferente do que conferiu o estatuto (actividade económica ou suficiência de recursos e seguro de doença multi-riscos) e os direitos que assistem aos seus familiares. V. infra nossa nota 16

¹² Neste sentido, sublinhando que as pessoas passaram a ter duas cidadanias sem terem duas nacionalidades, v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A cidadania na UE – definição, conteúdo e contributo para a constitucionalização da UE», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo da Pitta e Cunha*, Vol. I, 2010, pp.9-20 e RUI MANUEL MOURA RAMOS, «Maastricht e os direitos do cidadão europeu», in *A UE*, 1994, pp. 93-129.

¹³ O termo é da responsabilidade da Professora ANA MARIA GUERRA MARTINS que a seu propósito afirma que a cidadania da União tem duas facetas distintas: a includente e a excludente. A primeira possibilita o gozo de direitos a determinado tipo de pessoas, ou seja, aos cidadãos. A segunda exclui os nacionais de países terceiros e os apátridas que não podem adquirir a cidadania e, por consequência, os direitos que dela derivam. Esta vicissitude belisca o carácter universal dos direitos fundamentais e comporta alguma injustiça, tanto na sua vertente de participação, como na de igualdade de tratamento, pois aos segundos não é permitido deslocarem-se para procurar emprego ou para se estabelecerem noutro Estado que não aquele onde sejam residentes legais. Circunstância que pode ser solucionada pela extensão do direito de circulação e residência aos nacionais de Estados-terceiros, pelo art. 45.º, n.º 2 da Carta. Sobre este assunto v. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de DUE*, 2012, Almedina, pp. 242-243.

nacionalidade. Esta vicissitude evidencia a falta de uniformidade no que concerne às diferentes condições de acesso à nacionalidade em cada um dos Estados-membros e, por consequência, implica uma desarmonia nesta matéria prejudicando os direitos fundamentais dos indivíduos e abrindo o flanco para situações de abuso do direito.

Por outro lado, é importante reiterar que o exercício de direitos de cidadania foi construído no pressuposto da existência de deslocação de um nacional para o território de outro Estado-membro para aí fixar a sua residência. Continua, por isso, a ser verdade que o cerne dos direitos de cidadania se encontra no direito de circular e de permanecer. Nesse quadro, poderão verificar-se – como é certo que se verificam – situações absurdas a coberto do DUE, como é o caso de um nacional de um Estado terceiro nascido num Estado-membro beneficiar de mais direitos – entre eles o de não ser discriminado em função da nacionalidade¹⁴ – do que aqueles que beneficiam os nacionais dos Estados-membros que nunca se deslocaram.

A condição da transnacionalidade desmascara contestadas situações de discriminação inversa demonstrativas de que a cidadania constitui, ainda, um domínio relativamente ao qual os Estados-membros são muito sensíveis. Na verdade, em tese, os cidadãos que tenham exercitado o seu direito à livre circulação podem beneficiar de um regime mais favorável que resulta da aplicação do DUE à sua situação. Razão pela qual continua a ser difícil uniformizar em absoluto os direitos de cidadania, vicissitude de que a possibilidade de invocação de derrogações nacionais e a invocação de situações puramente internas, ou seja, relativamente às quais não se verifica qualquer elemento de conexão ao DUE, constitui a perfeita ilustração do tipo de restrições de que podem ser alvo os cidadãos sedentários.

Neste quadro, a doutrina e a jurisprudência recente propõe a resolução desta desarmonia mediante a eliminação do elemento da deslocação transfronteiriça e da aplicação transversal do princípio da igualdade de tratamento. Sendo esta inerente à cidadania, estamos em crer que o direito a não ser discriminado permite quebrar a dependência do exercício da actividade económica e permite a afirmação de que basta ser cidadão europeu, nómada ou sedentário, para beneficiar dos direitos fundamentais previstos nos Tratados.

Nesta medida, um entendimento mais alargado e inclusivo do princípio da igualdade e da não discriminação, agora ligado e assimilado a um direito de cidadania, integrado nos objectivos da União e dotado de eficácia horizontal, vem permitir a expansividade do DUE e a densificação do conteúdo e alcance da cidadania. Se a jurisprudência sufraga ou não esta convicção é o que iremos verificar, não sem primeiro enunciar o feixe de direitos em que tal estatuto se manifesta.

¹⁴ Uma vez que este direito assiste automaticamente a qualquer pessoa que exerça o seu direito de entrada noutro Estado-membro.

3.1. A cidadania como feixe diferenciado de direitos

O estatuto da cidadania desdobra-se nos seguintes direitos:

- O direito de circular e permanecer, cuja disciplina surge ligada à residência, e cujo conteúdo se apresenta variável consoante se trate, ou não, de nacionais de Estados terceiros¹⁵ (arts. 20.º, n.º 2, al. a) e 21.º, n.º 1 do TFUE e art. 45.º da Carta).

- Os direitos de participação política no Estado-membro de residência, que se reservam a cidadãos e que se traduzem no direito de participação política eleitoral para o Parlamento Europeu e para as eleições municipais (arts. 20.º e 22.º do TFUE e arts. 39.º e 40.º da Carta) e no direito a obter protecção diplomática (arts. 23.º do TFUE e 46.º da Carta), o que é dizer que a cidadania contém também uma dimensão externa.

- Depois, já não reservado aos cidadãos e apenas dependendo da residência das pessoas, surgem o direito de queixa ao provedor de justiça (art. 24.º, par. 3.º do TFUE e 43.º da Carta); o direito de petição ao Parlamento Europeu (art. 24.º, par. 3.º do TFUE e art. 44.º da Carta); e o direito de acesso aos documentos do Parlamento, da Comissão e do Conselho (art. 15.º, n.º 3 do TFUE e art. 42.º da Carta).

- Sistemáticamente colocado em diferente localização nos Tratados surge, ainda, o direito de iniciativa popular (art. 11.º, n.º 4 TUE) que assiste aos europeus e que visa concretizar o princípio da democracia representativa.

- Da mesma forma, a Carta também autonomiza o direito a uma boa administração (art. 41.º da CDFUE), direito esse que pode ser atribuído a qualquer pessoa.

4 - O caminho do Tribunal de Justiça da UE

É uma tarefa espinhosa seleccionar os acórdãos que reflectem a vocação expansionista do Tribunal no que toca à aplicação dos direitos fundamentais da União, onde se devem incluir os direitos de cidadania conjugados com o princípio da não discriminação. Vejamos alguns dos acórdãos que nos parecem mais ilustrativos da tese que aqui defendemos:

¹⁵ Dentro desta categoria de pessoas assiste-se a dois regimes diferentes de importantes consequências: um primeiro grupo de direitos pode ser atribuído aos membros das famílias dos cidadãos em circulação ou permanência, em conexão com a liberdade de circulação de pessoas e de serviços. Ou seja, aos trabalhadores e seus familiares e aos cidadãos ainda que economicamente inactivos (ainda que dependentes da posse de recursos suficientes e de um seguro de doença); e um segundo grupo de direitos que poderá, nos termos do art. 45.º n.º 2 da CDFUE, vir a ser concedido aos nacionais de terceiros Estados que obtenham a qualidade de residentes legais.

4.1. – O caso *Martinez Sala*

Neste caso, o Tribunal apoia-se no princípio da não discriminação em função da nacionalidade para fundamentar a sua decisão de outorgar direitos a uma nacional de um Estado-membro economicamente passiva. Tratou-se de um reenvio prejudicial que afirmou que o direito de residência é atribuído directamente a uma pessoa, ainda que ex-trabalhadora, fora do campo de previsão do art. 45.º e 48.º do TFUE. Neste acórdão¹⁶, o Tribunal anuncia a sua posição futura¹⁷ no que concerne à afirmação da posição jurídica subjectiva fundamental dos cidadãos, consubstanciada na proibição geral da discriminação em função da nacionalidade e o direito de circular e de residir no espaço da União, contribuindo para o alargamento do campo de aplicação das normas dedicadas à cidadania, desligando-as da necessidade de exercício de uma actividade profissional. O Tribunal afirmou que o direito de residência se inclui no domínio de aplicação *ratione personae* do Tratado consagrado à disciplina da cidadania e o Advogado-geral reconheceu o direito de residir em qualquer Estado-membro como um direito primário reconhecido como uma liberdade fundamental dos cidadãos, obtida directamente do Tratado.

Os factos em discussão eram os seguintes: a Senhora Sala, espanhola e residente na Alemanha, trabalhara até 1986 e beneficiara, desde 1988, de assistência social. Em 1993 solicitou um subsídio para a criação de sua filha. Tal subsídio tinha-lhe sido negado com base numa exigência não por ela cumprida, qual fosse a exibição do título de residência – requisito exigido apenas para não alemães. Depois de definir o conceito de trabalhador e empreender sobre a distinção entre prestação familiar e vantagem social, o Advogado-geral afirmou que a concessão de um subsídio, cuja existência se incluía *ratione materiae* no DUE, não poderia ficar condicionada à posse de um título de residência. Na sua opinião, tal concessão seria um mero acto de confirmação, não constitutivo de direitos, apenas servindo para esclarecer a situação de uma pessoa no Estado de permanência. Após concluir que Sala já não era trabalhadora LA PERGOLA pergunta qual seria, então, o título que permitiria a uma pessoa que tinha exercido as liberdades, não ser discriminado em relação aos cidadãos alemães, entre os quais residia. Nesse quadro, o Advogado-geral proporia que o então art. 8.º-A, que consagrava a cidadania, teria de ter um conteúdo novo e mais lato do que aquele que exigiam as Directivas que asseguravam o direito de entrada, permanência e residência no território de outros Estados-membros. Tendo tal conteúdo de comportar não só uma liberdade, mas um verdadeiro direito primário de circular, e também de residir em qualquer Estado. Assim sendo, tratar-se-ia de considerar o indivíduo como sujeito de direito e a

¹⁶ Ac. de 12/5/98, *Martinez Sala*, proc. C—85/96, Col. 1998, p. I-2691.

¹⁷ Especialmente ilustrativo desta afirmação, no que concerne ao princípio da não discriminação em função da nacionalidade, ainda que sem deslocação prévia, v. ac. de 2/10/2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02, Col. 2002.

cidadania como título da sua situação jurídica de base, como qualidade subjectiva complementar à sua nacionalidade, que lhe permitiria beneficiar da não discriminação em função da nacionalidade e, com isso, aceder àquela vantagem social.

Esta jurisprudência evidenciou que os direitos de cidadania resultavam directamente do DUE, e não por concessão individual dos Estados. Perante as sugestões do Advogado-geral, o Tribunal responde que, apesar de Sala não ser já trabalhadora assalariada,¹⁸ e, por consequência, os filhos não terem direito a beneficiar de prestações sociais se maiores que 21 anos e não estiverem a cargo, uma vez autorizada a residir na Alemanha, não lhe poderia ser posteriormente exigível a posse de um título cuja emissão incumbia à administração alemã – pois, na verdade, encontrava-se na situação de qualquer alemão que, automaticamente, beneficiaria daquela prestação.¹⁹ O título de residência deveria ter um valor declarativo e a necessidade da sua exibição conduziria a uma desigualdade de tratamento, constitutiva de uma discriminação proibida pelo Tratado.

Apesar de prenunciador neste acórdão o Tribunal ainda não assume, claramente, o conteúdo autónomo da cidadania. Não obstante, esta jurisprudência ampliou o espaço de protecção conferido pelo DUE relativamente a medidas nacionais lesivas dos direitos fundamentais, transvertendo o princípio da não discriminação em verdadeiro direito fundamental dos cidadãos. Também o Tribunal fez o seu caminho caminhando.

4.2. O caso *Bickel and Franz*

Este aresto²⁰ tratava da situação de dois arguidos, cujo nexos de ligação ao DUE era a nacionalidade de ambos (austriaca e alemã) e o exercício da livre circulação. Contrastando com o caso anterior e com um nítido avanço sobre ele, o Tribunal não se centra nas decorrências da prestação de serviços que os indivíduos teriam recebido (art. 56.º TFUE) e na possibilidade de se deslocarem e circularem livremente no Estado de acolhimento – mas, essencialmente, na consequente aplicabilidade do princípio da não discriminação, dirigindo o seu raciocínio para os efeitos da consagração da cidadania e da sua ligação àquele o que torna este caso bem ilustrativo do percurso do Tribunal.

Os factos em discussão eram os seguintes: tratava-se de dois indivíduos, detidos em Bolzano, que invocavam não conhecer a língua italiana e exigiam que o processo intentado contra eles decorresse em alemão. Segundo eles, nessa localidade a minoria germanófona residente tinha esse direito relativamente à

¹⁸ Conforme dispunha o art. 7.º, n.º 2, do Reg. (CEE) n.º1612/68 do Conselho, entretanto revogado pela Directiva 2004/38.

¹⁹ Na acepção do art. 4.º, n.º1, al. h), do Reg. (CEE) n.º 2001/83 do Conselho, ou seja, prestação familiar. Já o art. 7.º, n.º 2 do então Reg. N.º 16/12/68 reconhece o direito às vantagens sociais, relacionadas ou não com um contrato de trabalho.

²⁰ Ac. de 24/11/98, *Bickel and Franz*, proc. C—274/96, Col. 1998, p. I-2691.

utilização de serviços públicos e órgãos judiciais. Por outro lado, segundo os arguidos, o direito de fazer com que o processo decorresse na sua língua deveria ser-lhes garantido. A dúvida era se uma regulamentação nacional poderia conferir àquela minoria que utilizasse uma língua não principal num processo judicial, sem conferir esse direito aos nacionais de outro Estado-membro que lá circulassem ou permanecessem. O Tribunal entendeu que o uso da língua era susceptível de facilitar a livre circulação e permanência das pessoas, o que justificava que os arguidos tivessem direito a um tratamento não discriminatório relativamente aos nacionais do Estado onde se encontravam. A não ser assim, os nacionais italianos que residissem naquela região poderiam utilizar o alemão e os nacionais de língua alemã de outros Estados-membros que lá circulassem ou permanecessem não poderiam, o que não seria objectivamente justificável.

Neste acórdão, o Tribunal desliga o gozo dos direitos de cidadania da necessidade de exercitar uma das liberdades, permitindo que através deles se possa aceder ao padrão de jusfundamentalidade europeia. Por outro lado, destaca os limites às competências dos Estados-membros.

4.3. O caso *Grzelczyk*

Neste caso o Tribunal já diz, claramente, que o facto de se ser cidadão faz recair qualquer situação no âmbito material do Tratado, ressaltando a ligação entre a situação pessoal e o exercício de um direito de livre circulação. Tratava-se de duas questões prejudiciais interpretativas que levaram o Tribunal a afirmar que o «*estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros que permite aos que entre estes se encontrem na mesma situação obter, independentemente da sua nacionalidade e sem prejuízo das excepções expressamente previstas a este respeito, o mesmo tratamento jurídico*»²¹.

Francês, Grzelcyk, estudava e residia na Bélgica. Durante os três primeiros anos custeou as suas despesas exercendo trabalhos assalariados, mas no quarto ano solicitou o «minimex». Revestindo este subsídio a natureza de uma vantagem social relativa à livre circulação dos trabalhadores, e não obstante ter-lhe sido concedido, foi-lhe entretanto revogado tal benefício devido a ser um estudante não nacional.

Apesar de se afirmar que o art. 21.º (ex 8.º-A) não gozava de efeito directo, nem apresentava um conteúdo novo, bem como que a sua aplicação deveria respeitar os limites do Tratado e os precisados no direito derivado, foi referido que os nacionais dos Estados-membros já não eram factores económicos, mas sim cidadãos com direito a não serem discriminados em razão da nacionalidade (art.

²¹ Ac. de 20/9/2001, *Grzelczyk*, proc. C—184/99, Col. 2001, p. I-2691, par. 20.

18.º TFUE), relativamente a matérias que resultassem do âmbito de aplicação *ratione materiae* do Tratado.

Quanto aos limites do direito derivado, em concreto a prova da suficiência económica e da constituição de um seguro de doença, a Directiva não exigia montantes mínimos e não permitia concluir que um estudante que recorresse à assistência social fosse automaticamente excluído da possibilidade de permanecer no Estado de acolhimento. Apenas a sobrecarga injustificada para as suas finanças viabilizaria esta posição. Assim sendo, também os estudantes teriam, doravante, direito à assistência social nas mesmas condições que os nacionais do Estado onde se encontrassem. Portanto, neste acórdão, a cidadania foi encarada como um factor de “vinculação permanente” ao Estado-membro de acolhimento.

4.4. O caso *Zambrano*

O ac. *Zambrano*²² prossegue esta tendência dinâmica. Tratava-se de uma situação de discriminação inversa²³: nacionais belgas privados do direito à reunificação familiar vêm levantar o problema do âmbito dos direitos fundamentais, e se os mesmos poderiam ser invocados sem nexo evidente com o DUE. Discutia-se se era reconhecido a cidadãos europeus, menores, invocarem um direito de residência no próprio território do Estado-membro, independente do exercício da circulação. Ou seja, independentemente de deslocação ou elemento transfronteiriço. A concessão da autorização de residência determinaria – doravante – a aplicabilidade dos direitos fundamentais não só a cidadãos dinâmicos (ativos ou inativos) mas também a estáticos, por via da proibição da discriminação em razão da nacionalidade, previsto no art. 18.º do TFUE, interpretado de modo a impedir a discriminação inversa²⁴ provocada pelo não exercício dos direitos previstos no art. 21.º do TFUE: o direito de circular e o direito de permanecer de forma a desligar o último da dependência do primeiro.

Tratava-se da regularização da família Zambrano, colombiana, portadora de um visto emitido pela embaixada Belga, em Bogotá, com sucessivos pedidos de asilo e

²² Ac. de 8/3/2011, *Ruíz Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2011, p. I-1177.

²³ Nos termos do par. 147 das Conclusões, de 30/9/2010, destaca-se uma situação integrável no art. 52.º, n.º 3 da Carta: «Quando a discriminação inversa conduziu a um resultado que fosse considerado uma violação de um direito protegido pelo Tribunal de Estrasburgo, seria, de igual modo, considerado uma violação de um direito protegido pelo nosso Tribunal de Justiça. Assim, o direito da UE assumiria a responsabilidade de remediar as consequências da discriminação inversa causada pela interacção do direito da UE com o direito nacional somente nos casos em que essas consequências fossem incoerentes com os níveis de protecção mínimos estabelecidos pela CEDH.»

²⁴ Por nos parecer um argumento convincente, vale a pena transcrever o par. 144, das mesmas Conclusões: «(...) sugiro ao TJ que o artigo 18.º TFUE seja interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interacção entre o art. 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE, quando não estiver prevista uma protecção pelo menos equivalente no direito nacional.»

de autorização de residência²⁵, recusados, com dois filhos (menores) de nacionalidade belga. Os filhos do casal nunca se tinham ausentado do país natal e apenas poderiam lá viver na companhia de seus pais. Discutia-se, portanto, a possibilidade de ser atribuído aos ascendentes de cidadãos o direito fundamental de permanência, por extensão dos direitos de seus filhos, apesar de estes não terem exercido qualquer liberdade. No fundo, estava de novo em causa determinar se o direito de cidadania – integrando uma competência material da União – poderia atribuir por si só, directa e autonomamente, direitos fundamentais (proteção da vida familiar e direitos da criança) advindos da sua dupla previsão nos tratados e na Carta, por via da conjunção dos dispositivos indicados (18.º e 20.º TFUE) com os arts. 21.º, 24.º e 34.º da Carta. A não ser assim, a expulsão dos pais privaria os filhos, cidadãos europeus, do gozo efetivo do conjunto de direitos que decorriam do seu estatuto, ligando uma situação aparentemente interna ao DUE, por via da cidadania. Nesse quadro, o Tribunal afirmaria que uma medida nacional que tivesse como efeito privar os cidadãos do gozo genuíno da substância dos direitos²⁶ decorrentes do estatuto de cidadania não poderia ser qualificada como uma situação puramente interna, alargando a aplicação do padrão de jusfundamentalidade àquelas medidas.

Esta jurisprudência estabelecia a necessidade de provar a privação do gozo efetivo do direito de circular e permanecer, para avaliar da aplicação do padrão de jusfundamentalidade da Carta. Na opinião da Advogada-geral, tratava-se, igualmente, de determinar o âmbito de protecção do direito fundamental ao respeito pela vida familiar, consagrado no art. 7.º, cuja fruição resultaria violada por uma ordem de expulsão. Desta forma, indagar-se-ia o entendimento do Tribunal sobre se tal direito poderia ser invocado directamente ou se precisaria de um nexo de ligação específico ao DUE. Numa palavra, tratava-se de aferir o alcance dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União. Contudo, uma vez resolvido positivamente o pedido de Zambrano o Tribunal acabou por não se confrontar com esta questão. Ao tempo da ocorrência dos factos a Carta não era ainda judicialmente vinculativa, assim o libertando de se pronunciar naquele sentido.

²⁵ No mesmo sentido, o direito de circular, associado ao direito de residência, tinha sido já reconhecido no ac. de 19/10/2004, *Zhu e Chen*, proc. C-200/02, Col. 2004, p. I-9925, através do reconhecimento do direito ao ascendente, nacional de Estado terceiro, que assumiu o encargo do menor, para assim assegurar o efeito útil dos seus direitos. A criança nascera no território de um Estado-Membro, e adquirira a sua nacionalidade por ter lá nascido, bem como adquirira o direito de entrar e residir noutro Estado-Membro, em virtude da sua qualidade de cidadã europeia – ainda que filha de chineses. Tal direito foi igualmente reconhecido a sua mãe. O caso prova que a situação de nacionais de Estados-membros que não fizeram uso do direito de circulação, não pode justificar que seja equiparada a uma situação puramente interna.

²⁶ *Zambrano, cit.*, par. 42: «(...) o art. 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União».

4.5. O caso *Murat Dereci*

O caso anterior daria origem a uma sequência de questões prejudiciais sobre a interpretação do art. 20.º do TFUE, a propósito de uma série de pedidos de autorização de residência e sucessivas recusas e ordens de expulsão do território austríaco. Os pedidos teriam sido formulados por membros da família de cidadãos da União que nunca haviam exercido o seu direito de livre circulação, e que solicitavam um direito de residência cuja recusa, segundo eles, ocasionaria «*uma privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União*».

Este processo *Murat Dereci*²⁷, viria estabelecer o alcance do acórdão anterior, contribuindo para a determinação do que seriam situações puramente internas. Depois de concluir que as Diretivas 2003/86 e 2004/38 - relativas ao reagrupamento familiar e ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-membros - não eram aplicáveis a nacionais de Estados terceiros que tivessem requerido a autorização de residência para se juntarem a cidadãos europeus que nunca haviam exercido o seu direito de livre circulação, o Tribunal pronunciou-se quanto à aplicabilidade das disposições da cidadania e do respeito pela vida privada e familiar. Todavia, consideraria as situações substancialmente diferentes do caso *Zambrano*.

Solicitado para avaliar sobre se a recusa de autorização de residência privaria os familiares do gozo efetivo daqueles direitos, o Tribunal, provavelmente por se tratar de uma área de grande sensibilidade política (controlo da imigração) cuja competência pertencia à esfera estadual, assumiu uma postura de autocontenção declarando que lhe incumbia interpretar o DUE à luz da Carta, no respeito pelos limites de competências, estribando-se numa interpretação restrita do art. 51.º, n.º 2. Pelo que, segundo ele, apenas a circunstância de um cidadão ser obrigado a abandonar, não só o território do Estado Membro de que seria nacional, mas a totalidade do território da União (*Zambrano*) é que justificaria a concessão da autorização de residência a familiares, nacionais de Estados terceiros, o que não era o caso.

Assim sendo, a apreciação da medida deveria resultar do nível nacional e convencional (art. 8.º da CEDH), por não estar demonstrado que a situação em apreço se integrava no âmbito de aplicação do DUE. Inexistindo dependência económica dos cidadãos europeus relativamente aos nacionais de Estados terceiros, o Tribunal, no par. 74, decidiu que «(...) o DUE, designadamente as suas disposições relativas à cidadania da União, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que um Estado Membro recuse a um nacional de um Estado terceiro a residência no seu território, quando esse nacional pretenda residir com um membro da sua família que é cidadão da União, residente neste Estado Membro, do

²⁷ Ac. de 15/12/ 2011, *Murat Dereci*, proc. C-265/11, Col. 2011, p. I-11315, par. 33.

qual tem a nacionalidade, e que nunca exerceu o seu direito de livre circulação, desde que tal recusa não comporte, para o cidadão da União em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União, o que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar».

O Advogado-Geral²⁸ salientou que o critério adotado em *Zambrano*, não incluía – ainda – o direito ao respeito pela vida familiar, tal como consagrado na Carta. Tal direito, por si só, não justificava o nexo de ligação com o âmbito de aplicação do DUE, assim se respeitando o princípio de atribuição de competências. Nesta medida, os filhos do casal *Dereci*, cidadãos europeus, em virtude da inexistência da deslocação e de privação do gozo efetivo dos seus direitos, apenas beneficiariam do direito ao reagrupamento familiar se assim o viessem a entender os órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos da sua própria legislação e dos seus vínculos internacionais. Outra seria a solução do Tribunal se a mulher de *Dereci* e seus filhos se instalassem noutro país para aí prestarem ou receberem serviços. Portanto, para esta jurisprudência, apenas o uso das liberdades determinaria a aplicação do nível de protecção assegurado pela Carta, aí não se aplicando a decorrente do nível nacional e do convencional.

Apesar de paradoxal, este pensamento é consonante com a interpretação do art. 53.º da Carta. Cremos que o Tribunal estabeleceu a dependência do gozo e fruição de um direito fundamental reconhecido pela Carta de uma deslocação, para pôr cobro a situações de incerteza jurídica. Nesse seu intuito, deixou na penumbra todas as facetas do que fosse a privação do gozo efetivo dos direitos essenciais decorrentes da cidadania, ou da verificação de entraves ao exercício da livre circulação e residência, conceitos proclamados em anterior jurisprudência.

4.6. O caso *McCarthy*

O Tribunal já havia decidido no mesmo sentido restritivo, neste caso *McCarthy*²⁹. Apreciando a situação de uma cidadã – com dupla nacionalidade inglesa e irlandesa – que nunca tinha feito uso dos seus direitos de circulação e que sempre residira no RU, o Tribunal clarificara a fórmula utilizada em *Zambrano*, esclarecendo que os efeitos da cidadania se deveriam circunscrever a situações, relativamente às quais os cidadãos tivessem de deixar o território da sua nacionalidade e de todo o espaço da União. É certo que o Tribunal afirmou que, sendo a cidadania o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-membros³⁰, o facto de não se usar o direito de livre circulação não pode ser equiparável a uma situação puramente interna. A Sra. *McCarthy* gozaria dos direitos de cidadania nos termos do art. 20.º, n.º 1, TFUE, podendo invocar os direitos daí decorrentes, mesmo relativamente ao Estado da sua nacionalidade, tal como previstos no art. 21.º do mesmo tratado. Contudo,

²⁸ Par. 40 das Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 29/9/2011.

²⁹ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, proc. C-434/09, Col.2011, p.3375.

³⁰ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, *cit.*, pars. 46 e 47.

aos olhos do Tribunal, no caso em apreço, nada indicava que a cidadã em causa não pudesse gozar da substância de tais direitos, ainda que se não reconhecesse o direito de residência do nacional de Estado terceiro com quem havia casado, jamaicano, pois ela não havia circulado.

Assim, ao contrário do caso *Zambrano*, a Sra. *McCarthy* não teria de deixar o território da União, pois gozaria do direito incondicional de residência no Estado de que era nacional. Nesse contexto, no par. 55, o Tribunal declararia que a situação da cidadã em causa não apresentava conexão com o DUE e que todos os elementos da situação se encontravam circunscritos ao interior de um Estado-membro³¹. Juízo que o levou a afirmar, no par. 56, que «o art. 21.º TFUE não é aplicável a um cidadão da União que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, que sempre tenha residido num Estado-membro do qual possua a nacionalidade e que possua, além disso, a nacionalidade de outro Estado-membro, desde que a situação desse cidadão não comporte a aplicação de medidas de um Estado-membro que tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União ou dificultar o exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos Estados-membros».

Ora, ao excluir a situação do âmbito do DUE, acatando linearmente as limitações do art. 51.º, da Carta, o Tribunal limitou o alcance do DUE não avaliando a conformidade da medida com o seu parâmetro jusfundamental, nomeadamente não observando a situação à luz do respeito pela vida privada e familiar. Com efeito, o art. 7.º da Carta não foi considerado nexó de conexão suficiente para determinar a ligação ao DUE nos casos de inexistência de liberdade de circulação. Situação tanto mais grave, quanto os direitos de cidadania são duplamente abrangidos pelos tratados e pela Carta.

Esta jurisprudência, pós-*Zambrano*, exigindo a prova de um entrave³² ao exercício da liberdade de circulação e residência, pode ser lida como uma involução³³ da tendência expansionista seguida pelo Tribunal, impedindo a afirmação da tese de que o papel dos direitos fundamentais, contidos na Carta, limita a acção dos Estados-membros nas situações que possam ter a ver com o âmbito de aplicação do DUE. Uma vez mais, o Tribunal evidenciava as duas almas da Carta: entre limites e expansão era o caminho que lhe incumbia traçar.

Ainda assim, não lemos as palavras do Tribunal como um verdadeiro recuo da tese que apontamos. Com efeito, o Tribunal, em jurisprudência sucessiva, sublinhou que os Estados-membros não poderiam aplicar medidas que tivessem por efeito

³¹ Ac. de 5/5/2011, *McCarthy*, cit., par. 55.

³² Alertando para a maior dificuldade em provar o impedimento do gozo efetivo enunciado em *Zambrano* do que o entrave enunciado em *McCarthy*, vd. par. 31, nota 21, das Conclusões do Advogado-Geral MENGIOZZI, de 29/9/2011, *Murat Dereci*, proc. C-256/11, Col. 2011, p. I-11315.

³³ Em sentido oposto, Ac. de 3/6/1974, *Casagrande*, proc. 9/74, Col. 1974, p. I-773 e Ac. de 6/9/2011, *Ivana Scattolon*, Col. C-108/2010, Col. 2011, p. I-7491.

privar os cidadãos do “gozo efetivo do essencial dos direitos” de cidadania ou dificultar gravemente o seu exercício³⁴. Com estas palavras quer parecer que o Tribunal pretende salvaguardar a “essência” ou núcleo essencial destes direitos relativamente a medidas nacionais que os violem ou dificultem, criando uma delimitação negativa transversal que deve acrescer aos critérios de “aplicação” ou “derrogação” dos tratados, por parte dos Estados.

Neste quadro, vale a pena fazer um pequeno apontamento sobre as Conclusões de POIARES MADURO³⁵, no processo *Centro Europa*, que consubstanciam uma importante tomada de posição sobre a competência do Tribunal para fiscalizar a conformidade dos actos nacionais com os direitos fundamentais da UE. O Advogado-Geral, no par. 16, recordando as conclusões de JACOBS no processo *Konstantinidis*³⁶, afirmaria que já se pode afirmar que «qualquer nacional de um Estado-membro que exerça uma atividade económica noutro Estado pode, ao abrigo do direito comunitário, invocar a proteção dos seus Direitos Fundamentais». Partindo da diferença entre o poder de fiscalização de qualquer medida nacional à luz dos direitos fundamentais e competência para verificar se os Estados-membros garantem o nível de tutela necessária àqueles direitos, o Advogado-Geral afirmaria que apenas o segundo tipo de situação seria verificável na União, pois só ela decorre da necessidade do cumprimento das suas obrigações como membros da União.

4.7. O caso O.S.

No mesmo sentido, assinalando uma maior prudência na delimitação da aplicação pessoal do DUE, o caso *O., S.c. Maahanmuuttovirasto*³⁷ cuja matéria novamente versava sobre a interpretação do art. 20.º TFUE e sobre autorizações de residência a título de reagrupamento familiar de nacionais de Estados terceiros, de novo questiona o alcance da então vanguardista decisão *Zambrano*, estreitando a expansividade de vária jurisprudência anterior. Com efeito, o Tribunal, no par. 38 afirma que «(...)O. e M. não são os pais biológicos das crianças de tenra idade, que

³⁴ Ac. McCarthy, cit., par. 56.

³⁵ Conclusões do Advogado-Geral MIGUEL POIARES MADURO apresentadas em 12/9/2007, *Centro Europa*, proc. C-380/05, Col. 2008, p. I-00349.

³⁶ Provando que o caso não trata apenas da não discriminação em razão da nacionalidade, mas de um direito fundamental à identidade pessoal, vd. Conclusões do Advogado-Geral JACOBS, de 9/12/1992, *Christos Konstantinidis*, proc. C-168/91, Col.1993, p. I-1191, par. 46: «Em minha opinião, um nacional comunitário que vai para outro EM como trabalhador assalariado ou não assalariado (...), não tem só o direito de exercer a sua actividade ou profissão e de gozar das mesmas condições de vida e de trabalho que os nacionais do Estado de acolhimento; além disso, tem o direito de presumir que, aonde quer que vá ganhar a vida na Comunidade Europeia, será tratado de acordo com um código comum de valores fundamentais, em especial os que constam da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por outras palavras, tem o direito de afirmar 'civis europeus sum' e de invocar esta condição para se opor a qualquer violação dos seus DF.» No mesmo sentido, vd. par. 83.

³⁷ Ac. de 6/12/2011, *O.S. c. Maahanmuuttovirasto*, proc. C-356/11 e C-357/11, Col. 2011, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>.

são cidadãos da União e das quais essas pessoas pretendem fazer derivar o seu direito a uma autorização de residência. Estes últimos não têm a guarda dessas crianças. Além disso, na medida em que as mães dessas crianças gozam elas próprias de uma autorização de residência permanente na Finlândia, os seus filhos, cidadãos da União, não seriam obrigados a deixar o território da União, contrariamente às crianças em causa no processo que deu origem ao ac. Ruiz Zambrano, já referido. Se as mães desses cidadãos da União decidissem deixar o território da União para preservar a unidade familiar, não se trataria de uma consequência inevitável da recusa do direito de residência oposta aos seus cônjuges».

O Tribunal recordaria que a situação de cidadãos que não fizeram uso da livre circulação não deve ser equiparada a uma situação puramente interna, pois o estatuto de que são titulares é por eles invocável, mesmo contra o Estado de que são nacionais. Todavia, sublinhando a particularidade do critério utilizado em *Zambrano*, relativo à privação do “essencial do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo estatuto da União,” de novo afirma que tal critério apenas poderia ser utilizado nos casos em que as medidas nacionais de recusa de residência frustrassem, “em absoluto”, o efeito útil das disposições da cidadania. Nessa medida, no par. 56, o Tribunal salienta que «*é a relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro a quem um direito de residência é recusado que pode pôr em causa o efeito útil da cidadania da União, dado que é essa dependência que coloca o cidadão da União na obrigação, de facto, de abandonar não só o território do Estado-membro de que é nacional mas também o de toda a União, como consequência dessa decisão de recusa*», razão pela qual se não opunha à decisão da Finlândia recusar a autorização.

Convém precisar que o Tribunal, também no último ac. referido, a propósito da apreciação da Diretiva 2003/86/CE, recorda que ela estabelece as condições do reagrupamento familiar por parte de nacionais de Estados terceiros legalmente residentes no território da União, devendo ser interpretada pelos Estados de modo a favorecer o reagrupamento e impondo-lhes, em alguns momentos, obrigações positivas correspondentes aos direitos subjetivos nela enunciados. Assim, por um lado, na medida em que autoriza o reagrupamento familiar a certos membros da família do requerente não concede margem de apreciação aos Estados-membros. Por outro lado, sublinha que nas matérias de apreciação individualizada (apreciação de recursos estáveis, regulares e suficientes), a sua interpretação não deve prejudicar o seu objetivo e efeito útil, salientando que a Directiva respeita os direitos fundamentais e cumpre os princípios tal como consagrados na Carta. Desse modo, no seguimento do art. 52.º, n.º 3, o seu art. 7.º, lido em conjugação com o art. 24.º, n.º 1, da Carta, impõe um sentido e alcance daqueles direitos correspondentes ao art. 8.º da CEDH, que reconhece o respeito pela vida privada e familiar e a consideração do interesse superior da criança, como critério que deve presidir à sua aplicação. Ora, o Tribunal, no par. 78 do ac., aproveitou para exortar que os Estados

estão vinculados a uma interpretação do seu direito interno de modo conforme aos compromissos do DUE, e salientou que a interpretação do direito derivado não deve «*entrar em conflito com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica da União*», antes se devendo fazer à luz dos preceitos da Carta. Desta forma, bem vistas as coisas, também este acórdão concretizou um momento de expansão dos direitos de cidadania, generalizando o controlo indireto do padrão de jusfundamentalidade da União.

Só esta interpretação se compagina com a dimensão humana da integração europeia. Nas palavras da Advogada-Geral SHARPSTON³⁸, «*(...)Os cidadãos não são «recursos» utilizados para produzir bens e serviços, mas pessoas vinculadas a uma comunidade política e protegidas pelos direitos fundamentais*», por isso, continuando com as palavras da Advogada-Geral, «*quando os cidadãos circulam, fazem-no como seres humanos e não como «robots». Apaixonam-se, casam e criam famílias*». Nesse sentido, a Europa da livre circulação tem de ser a Europa da Cidadania.

Aqui chegados é tempo de apresentar uma prévia conclusão sobre a evolução da jurisprudência: numa primeira fase, que se situou até ao acórdão *Martinez Sala*, o Tribunal exigia o requisito da deslocação e da transnacionalidade para proteger as liberdades fundamentais. A verificação do pressuposto pessoal de aplicação do DUE passava pela circunstância dos indivíduos serem trabalhadores e o pressuposto material implicava que a situação se inserisse no direito de livre circulação atribuída pelo Tratado. Numa segunda fase, que se esboçou depois daquele acórdão, o Tribunal recorria ao princípio da igualdade e da não discriminação em função da nacionalidade. De igual modo, passou também a exigir o direito de residência, alargando o âmbito pessoal do Tratado. Ou seja, nessa fase iniciou o processo de desvinculação do exercício de uma actividade económica, para garantir a protecção facultada pelo DUE. Numa terceira fase, que se situou depois do acórdão *Zhu e Chen*, o Tribunal desligou-se da necessidade de deslocação efectiva. Numa quarta fase, que se situou depois do *Zambrano*, o Tribunal permitiu a invocação dos direitos fundamentais pela via da cidadania europeia. A partir daqui, fixa como critério determinante o “gozo efectivo dos direitos associados ao estatuto de cidadão”. Estamos em crer que esta curta trajectória permite-nos concluir que o mercado, e a sua sinergia economicista, deixou de constituir o epicentro da integração europeia.

5. Conclusão

É nossa convicção que a protecção jurídica dos direitos fundamentais dos particulares; o respeito pelo princípio geral da igualdade; a eliminação da diferença entre cidadãos estáticos e dinâmicos; o gozo efectivo do essencial dos direitos de cidadania; e a salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais enquanto limite de todos os limites dos direitos restringíveis expandiu o parâmetro de jusfundamentalidade da União. Neste contexto o «estatuto fundamental dos

³⁸ Conclusões de 30/9/2010, *Zambrano*, proc. C-34/09, Col. 2009, p. I-1177.

nacionais dos Estados-membros», ancorado na ideia de uma cidadania de inclusão, relativamente à qual o nexo da nacionalidade cede agora a vez ao nexo da residência, permitirá – não obstante o horizonte de crise e de falta de solidariedade que trespassa a Europa - a construção de um verdadeiro “espaço político comum.” Só este percurso se compagina com a dimensão humana da integração.

TRÁFICO DE DROGAS: ENFRENTAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS – UM PANORAMA DE RONDÔNIA

Drug trafficking: coping and public policy - an overview Rondônia

ARLEN JOSÉ SILVA DE SOUZA¹
Universidade Federal de Rondônia

Sumário: Introdução; 1. As políticas públicas brasileiras para o enfrentamento do tráfico de drogas; 2. O dogmatismo penal – Direito Penal do Inimigo – Como vertente das políticas públicas contra as drogas; 3. O Narcotráfico e seu alcance globalizado; 4. Região Amazônica – Narcotráfico; 5. Rondônia: um panorama das drogas; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apresentar as políticas públicas voltadas ao enfrentamento do narcotráfico, particularmente, no Estado de Rondônia, localizado na Amazônia Ocidental, região Norte do Brasil. Pelos vieses sociopolítico e jurídico, o problema da pesquisa visa entender como a intervenção estatal, por meio das políticas públicas, pode conferir ações concretas e positivas para o combate do alto consumo de substâncias entorpecentes, realidade que afeta, sobremaneira, a estabilidade social, econômica e política dos Estados brasileiros. No entanto, o lócus de análises recai na região amazônica brasileira, tendo em vista que por trás do tráfico de drogas nesse lugar, há forças e ações complexas de várias ordens, como, por exemplo, geopolítica e cultural.

Nesse aporte merece destacar que o Brasil ao longo de sua história já elaborou várias legislações sobre a matéria, como, por exemplo, a - Lei 11.343/2006 que cria o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Por isso, é importante estender os estudos para a normatização da intervenção do Estado no contexto do problema, haja vista atingir toda a sociedade, em seus níveis mais sensíveis.

Nesse sentido, os estudos se direcionam na tentativa de demonstrar que o conjunto de ações governamentais, ou ditas políticas públicas para o enfrentamento do uso e do tráfico de drogas, quando realizadas e/ou efetivadas com responsabilidade, no sentido de atendimento às prerrogativas constantes nos Direitos Humanos e na reintegração do sujeito na sociedade, tende a diminuir a

¹ Doutorando em Ciências Políticas pelo Programa DINTER/CAPES/FCR/UFRGS, Mestrado Profissionalizante pela Fundação Getúlio Vargas (2008), Especialização em Direito Penal, pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais (1999) e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (1997). Atualmente é Juiz de Direito de 3ª Entrância do Estado de Rondônia. Professor da Universidade Federal de Rondônia - UNIR e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Atua nas seguintes disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral e Métodos Alternativos de Solução de Conflito. E-mail: arlen0402@hotmail.com

atuação do aparelho estatal nas áreas do sistema prisional e da atividade policial. Assim posto, a legislação e os princípios os quais discorrem sobre as políticas de recuperação para usuários e dependentes de drogas lícitas e ilícitas, em face do abuso das primeiras, como ferramenta viável de enfrentamento do tráfico ilícito de entorpecentes, com a respectiva criminalização da conduta, só é possível quando tomadas no âmbito das políticas públicas.

Palavras chave: Políticas Públicas. Direitos Humanos. Narcotráfico. Ações Afirmativas.

Abstract: This study aims to present the public policies aimed at tackling drug trafficking, particularly, in the State of Rondonia, located in the Western Amazon, northern Brazil. By sociological-political and legal biases, the problem of research aims to understand how state interventio, by means of, can give concrete and positive action to combat the high consumption of narcotic substances, a reality that affects greatly, social stability, economic and political Brazilian states . However, the analysis of locus lies in the Brazilian Amazon, considering that behind the drug trafficking that place, there are forces and complex actions of various orders, for example, geopolitical and cultural.

In this contribution deserves to say that Brazil throughout its history has made a number of laws on the matter, by example, as - Law 11.343 / 2006 creating a SISNAD - National System of Public Policies on Drugs. So it is important to extend the study to state intervention in the regulation problem context in view of reaching the whole society, in its most sensitive levels.

In this sense, the studies are directed in an attempt to demonstrate that the set of government actions or said public policies to confront the use and drug trafficking, when realized and / or effect responsibly, to care for constant prerogatives in Human rights and reintegration of the individual in society, tends to diminish the role of the state apparatus in the areas of the prison system and police activity. So put, the rules and principles which discourse on recovery policies for users and addicts of legal and illegal drugs in the face of abuse of the first, as a viable tool for tackling the illicit trafficking of narcotics with its criminalization of conduct, It is only possible when taken in the context of public policy.

Keywords: Public Policy. Human rights. Drug trafficking. Affirmative Action.

Introdução

Um dos grandes dilemas da atualidade é o enfrentamento, com eficiência, do tráfico de drogas por meio de políticas públicas que sejam significativas a fim de fazer frente ao problema que desestabiliza a sociedade e as instituições.

Talvez um dos grandes dilemas atuais seja o enfrentamento, com eficiência e eficácia, do tráfico de drogas, por meio de políticas públicas que possam de fato amenizar esse tipo de problema considerado desestabilizador da sociedade e das instituições, em todo mundo.

No Brasil, ao longo da história, várias legislações já foram elaboradas sobre a matéria. Atualmente, consta em vigor a Lei 11.343/2006 que cria o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O passo dado na época foi importante para a normatização da intervenção do Estado no tratamento ao assunto, de modo a atingir os aspectos mais sensíveis inerentes ao tráfico e ao uso de drogas.

No entanto, muito embora as tentativas tenham sido colocadas em prática visando atingir o mérito da legislação, o problema ainda recai sobre a *(in)eficiência das políticas para enfrentamento de tráficos de drogas*. Essa afirmação em destaque é o ponto de vista defendido pelo esse autor (grifo nosso).

Visando apresentar a legislação pertinente ao caso, este artigo trata de alguns dos princípios que prezam pelas políticas de recuperação para usuários e dependentes de drogas lícitas e ilícitas, com ênfase do abuso das primeiras, como ferramenta viável a amenizar o tráfico ilícito de entorpecentes com a respectiva criminalização da conduta.

A dogmática penal que norteia a política de drogas tem por vertente o denominado *direito penal do inimigo*, este trabalho trará uma vista d'olhos sobre a esta teoria e sua concepção quanto a chamada guerra contra as drogas.

Na segunda seção discorre sobre a globalização do narcotráfico, enfatizada nos valores estratosféricos auferidos a esse tipo de comércio ilegal, sua influência na sociedade liberal, especialmente, no que tange as políticas públicas utilizadas e o enfoque que gravita entre o fármaco-dependência e a criminalização da conduta, como discorrida na seção anterior.

Prossegue na discussão sobre o aparelhamento estatal do SIPAM – Sistema de Proteção da Amazônia, através do SIVAM – Sistema de Vigilância da Amazônia, para o combate ao narcotráfico, em virtude dos grandes vazios demográficos e da posição estratégica da região, com sua floresta tropical, e, como porta de entrada para a distribuição de drogas, em sua maioria, para a África e a Europa.

Por fim, resta um olhar sobre a influência do narcotráfico no Estado de Rondônia, em especial, a indicação dos chamados *corredores da droga* que possibilitam o transporte de entorpecente em direção à região sul do país, tendo em vista os entes federados, desse lócus regional, ter certo mercado de consumo passível de reflexões, por isso, discutido em consonância com a coleta de dados.

1. As políticas públicas brasileiras para o enfrentamento do tráfico de drogas

É razoável apresentar a legislação brasileira sobre o tráfico e uso de drogas, considerando que, historicamente, a legislação sempre foi empregada como instrumento jurídico-legal para o enfrentamento das drogas no Brasil. É sabido que desde 1890, cita no Código Penal, artigo 159, a criminalização ao uso de drogas.

Em 1936, com o Decreto 780 criou-se a Comissão Permanente de Fiscalização de drogas; dois anos depois, com o Decreto 2.953, foi possível a criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Neste mesmo ano o Decreto-Lei 891 regulamentou e descreveu o que eram e/ou são tóxicos.

O Decreto-Lei 2.848, de 1940, em seu artigo 281, passou a regulamentar a produção, tráfico e consumo de entorpecentes. Após vinte e quatro anos, o Decreto 54.216 instaurou a convenção única sobre entorpecentes.

A equiparação de substâncias capazes de determinar dependência química ou psíquica enquanto entorpecentes ocorreu através do Decreto-Lei 159 de 1967. No ano seguinte, o Decreto-Lei 385, por sua vez, regulamentou o comércio, posse ou facilitação destinada aos entorpecentes.

No ano de 1971, o Brasil recepcionou a Lei 5.726 sobre as orientações internacionais quanto às políticas pertinentes às drogas. A Lei 6.368/76 que cria os tipos penais define em seu texto, o uso e o tráfico de drogas. No ano seguinte, com o Decreto 79.388 instaura-se a convenção sobre as substâncias psicotrópicas.

O Fundo de Prevenção, Recuperação e Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB), veio para o mundo jurídico pela Lei 7.560 em 1986. A Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 5º e 144 normatiza os crimes que envolvem entorpecentes. Em 1990 a Lei 8.072 equipara o tráfico de drogas aos crimes hediondos.

No ano de 1991, o Decreto 154 cria a convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias entorpecentes. O Decreto 154/91 instaurou a convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas. Em 1993, através da Lei 8.764, é instituída a Secretaria Nacional de Entorpecentes.

A Lei 9.017, de 1995, dispõe sobre o controle e fiscalização sobre produtos e insumos químicos que possam ser usados na elaboração da cocaína e seus derivados. A Portaria 344, de 1998, traz o Regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

O Decreto-Lei 3.696/00 versa sobre o Regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. No mesmo ano, 2000, o Decreto-Lei 3.696 dispõe sobre o Sistema Nacional Antidrogas. No ano seguinte, o Decreto-Lei 3.887 afirma que o Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem.

A prevenção, fiscalização, tratamento, controle e repressão à produção, uso e tráfico de substâncias entorpecentes são norteados pela Lei 10.409/02. No ano seguinte, a Resolução nº1 CONAD versa sobre orientações estratégicas e diretrizes para o Sistema Nacional Antidrogas.

Decreto 5.144, de 2004, Lei do Abate. Esse decreto permite a destruição de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Com a Resolução nº3 CONAD, de 2005, instaurou-se a Política Nacional sobre Drogas – PNAD.

A Lei 11.343 de 2006 institui a nova legislação sobre as drogas, com políticas públicas e sanções quanto ao uso e ao tráfico. O Decreto-Lei 5.912, do mesmo ano, regulamentou a Lei 11.343/06 e as questões pertinentes ao CONAD, Conselho Nacional de Drogas, e SISNAD, Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Em 2011, o Decreto 7.496 instaura o Plano Estratégico de Fronteira.

O SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas foi instituído pela Lei 11.343/06 com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar com medidas preventivas e de reinserção social os usuários e dependentes de drogas. Visa, ainda, a repressão da produção e do tráfico ilícito de entorpecentes. Esta Lei descreve os tipos penais que são específicos à matéria.

O Sistema interioriza os princípios inerentes aos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados na Carta Política de 1988, com ênfase na autonomia e na liberdade da pessoa humana; promover valores éticos, culturais e de cidadania,

no contexto de respeito à diversidade e as especificidades populacionais, art. 14 e incisos da Lei 11.343/06.

A fim de promover consensos nacionais, com ampla participação social para a construção das estratégias do Sisnad, de sorte a compartilhar responsabilidade entre o Estado e a sociedade, e, reconhecendo a intersectorialidade de vertentes que se relacionam com a produção, o tráfico e uso indevido de drogas, tem-se o art. 14 e incisos da Lei 11.343/2006.

As estratégias têm por objetivo a integração, com condão nacional e internacional, com vistas à prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção de usuários e dependentes de drogas e de repressão à produção e ao comércio ilícito. Tais estratégias devem seguir a abordagem multidisciplinar que reconhecem a interação entre a produção, o tráfico e o uso de drogas ilícitas, com o fito de garantir a estabilidade e o bem estar-sociais; observando as normas emanadas do Conselho Nacional de Drogas – CONAD, art. 4º e incisos da Lei 11.343/06.

Os objetivos do Sisnad têm por foco contribuir, promover e assegurar à inclusão social, a socialização, a integração das políticas de prevenção e do uso indevido de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito, com atividades coordenadas e integradas, art. 5º da Lei 11.343/06.

Insta apreciar os eixos que norteiam o Sistema. A prevenção tem por vertente a *responsabilidade compartilhada*, com a finalidade cristalina de envolver a sociedade e as iniciativas do Estado, na concepção das chamadas *redes sociais* para o incremento da melhoria da condição de vida e a promoção social, ferramentas éticas, que respeitem a multidiversidade cultural, nos diversos modelos de família, os aspectos físicos e mentais da saúde do indivíduo, com o fito da integração socioeconômico. (grifos nossos).

Não se perdem de vista o desenvolvimento humano, a educação, a cultura o lazer e o esporte. Para tanto é mister que se conheça os malefícios das drogas e que essas redes sociais incluam, jovens, famílias, escolas e a sociedade como um todo. Enfatizando-se as vulnerabilidades advindas das questões de gênero, raça e étnicas, SOUZA *et al* KANTORSKI (2007, p. 8):

Observa-se que o norte da atual Política Nacional de Drogas consiste na redução da demanda, redução da oferta e redução de danos. Porém acredita-se questionável a associação entre essas três, tendo em vista que a redução da demanda e redução da oferta se pautam principalmente em abordagens repressivas, enquanto as estratégias na perspectivas de redução dos danos se pautam na liberdade de escolha do indivíduo e no não julgamento moral do mesmo.

Para a efetividade da prevenção é imperativo o olhar sobre as vulnerabilidades sociais mais acentuadas: abandono escolar; exploração sexual; inexistência de projeto de vida; violência familiar; falta de acesso a bens econômicos; baixa autoestima; falta de acesso a bens culturais; uso de drogas; trabalho infantil; desemprego; saúde precária. A procura incessante para mitigar cada vulnerabilidade indica uma ampliação das ações próprias do Sistema, DALBOSCO (2011).

A redução da oferta de drogas, como um dos eixos do Sistema, busca assegurar que crimes decorrentes do tráfico ilícito de entorpecentes possam ser tratados repressivamente com ações que inibam as organizações criminosas, de

modo a dar segurança para a sociedade. Busca-se a erradicação das drogas produzidas no Brasil e a interceptação das que são introduzidas do exterior.

Desse modo, infere-se que a política nacional de drogas separa o *usuário*, o *dependente* e o *traficante*. Os dois primeiros devem receber atenção da saúde pública com isonomia e sem qualquer discriminação. Não se descarta que a igualdade no tratamento deve respeitar também a relação estabelecida pelo indivíduo com os diversos tipos de drogas (grifos nossos).

A cooperação para a resolução das questões pertinentes às drogas visa à formação de programas, projetos e ações para a prevenção, o tratamento, a reinserção psicossocial, diminuição de demanda e oferta, uma vez que, já são tidos e/ou contidos no experimento científico com resultados comprovados, SOUZA *et al* KANTORSKI (2007, p. 9).

No tocante ao trabalho interdisciplinar e multiprofissional que congrega, através da capacitação, diversas lideranças oriundas das comunidades, formais e informais, administrativas, entre outras, foca no indivíduo e o seu contexto social de inserção, com vistas a desestimular o uso das drogas, a redução do consumo e os riscos de danos à saúde, mediante a ampliação, articulação e fortalecimento das redes sociais, RIBEIRO (2013, p. 42).

As ações centradas na reinserção social e ocupacional possuem suporte técnico e financeiro descentralizadas, a cargo da União, Estados e Municípios, com o objetivo claro de diversificar os modelos de tratamento em face do uso indevido de drogas, com efetivação de parcerias públicas e privadas para promover ações que abarquem a recuperação, reinserção social e ocupacional dos usuários e dependentes de drogas.

O Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas – OBID se encarrega das pesquisas, armazenamento de dados e desenvolvimento de programas para mitigação das demandas, diminuição dos danos e da oferta de drogas. Este suporte técnico implica em lastrear as políticas públicas com fundamento científico para adequar as medidas a serem tomadas no contexto do Sistema, SOUZA *et al* KANTORSKI (2007, p. 10).

No entanto, fica evidente a impossibilidade de se estabelecer dados reais em virtude da dificuldade de ser mapeado o comércio e o uso das substâncias entorpecentes proscritas, uma vez que a criminalização da conduta não favorece o controle pelo Estado destes dados, consoante RIBEIRO (2013, p. 42):

Por outro lado, a ilegalidade imposta pela criminalização do uso e comércio de algumas dessas substâncias etiquetadas como ilícitas adiciona novos fatores que potencializam as incertezas, especialmente se considerarmos a impossibilidade de realização de pesquisas num contexto de clandestinidade e ilicitude.

A formação de uma rede interativa integrada pelas áreas da saúde, educação, justiça e social, espelha-se na intersetoriedade prevista no Sisnad, uma vez quem deve envolver a sociedade civil, sindicatos, associações, organizações, comunidades, universidades, ou seja, a articulação com a sociedade organizada. De modo, a sintetizar as diretrizes propostas: intersetorialidade, atenção integral, prevenção e proteção da saúde, SOUZA *et al* KANTORSKI (2007, p.2).

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas tem a concepção neurobiológica e a segurança como norte, com forte ênfase na proteção ao uso de drogas ilícitas e a utilização indevida das drogas lícitas. Tal proteção tem por escopo

um ideal social, a erradicação do uso das drogas, SOUZA *et all* KANTORSKI (2007, p. 15).

Contudo, a atuação estatal, que, através do Sisnad, fomenta a *responsabilidade compartilhada* com a sociedade, impõe a esta um “caso de polícia”, haja vista que classifica drogas lícitas e ilícitas com paternalismo e superproteção, uma vez que não discute tal normatização, com amplitude, com esta mesma sociedade que deseja ter como colaboradora atuante no combate a ilicitude da produção, da venda e do consumo de psicotrópicos ilegais e/ou dos abusos cometidos com o uso indevido das drogas legais, SOUZA *et all* KANTORSKI (2007, p. 15) (grifos nossos).

Nesta esteira, com oportunidades claras e perspectivas de vida definida, com seus direitos de escolha protegidos legalmente, participação política ativa e solidária, permite a inversão do comportamento dos indivíduos, tornando-os aptos a fazer suas opções inerentes ao seu modo, protegendo-os do uso ou do abuso de drogas lícitas ou ilícitas, SOUZA *et all* KANTORSKI (2007, p. 15).

A alteridade pressupõe o direito de escolha dos indivíduos que precisa se compatibilizar com o sistema democrático, não é sequer razoável que no Estado de Direito este, o Estado, intervenha em decisões que dizem respeito somente ao cidadão, sob pena de excluir sua capacidade de escolha, neste sentido KARAM (2013, p.38).

Não há dúvida de que a realização dos direitos fundamentais não se compatibiliza com a obstrução e impedimentos a desejos e direitos dos próprios titulares dos bens para os quais se volta a tutela jurídica. A racionalidade indispensável aos atos de governo, em um Estado democrático, evidentemente, não convive com a contrariedade aos anseios e aos direitos dos próprios titulares dos bens destinatários da tutela jurídica.

Destarte, a política para redução dos danos tem fulcro na educação básica de qualidade, nas ações de prevenção, abertura do mercado de trabalho para os que estão em comunidades deficitárias, especialmente, os jovens, conjugados com o fortalecimento familiar através do diálogo, MINAYO & DESLANDES *apud* RIBEIRO (2013, p. 43).

2. O dogmatismo penal – Direito Penal do Inimigo – Como vertente das políticas públicas contra as drogas

O Direito Penal inserido na sistemática do ordenamento jurídico possui polos que se contrapõem, ou seja, faces que devem ser vistas para aquilatar o alcance dos tentáculos estatais. Estes vértices são o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do Inimigo, de sorte que um pode se sobrepor a outro por força do tratamento que será dispensado ao agente enquanto cidadão e ao agente na condição de inimigo do Estado e dos integrantes deste, JAKOBS (2013, p. 1).

O fato típico denota uma desobediência à norma penal posta, por via de consequência possui ligação umbilical com a sanção, pois, não há sobrevivência deste sem aquele. Assim, resta analisar a pena enquanto sanção de dois modos: a desautorização da norma; a norma penal fica inalterada em face da conduta típica do agente, JAKOBS (2013, p. 2).

Infere-se que a coação produz um efeito assegurador, por isso, não é aplicada a um sujeito de direito, mas, a um indivíduo que traz perigo para a sociedade. Vislumbra-se o futuro e não somente o presente, pois, é de salvaguarda dos efeitos da conduta que age a sanção, JAKOBS (2013, p. 2).

Nesta esfera, pontua-se que quando identificadas organizações criminosas no âmbito doméstico ou transnacionais, especialmente, as que se utilizam de métodos terroristas, são inseridas no contexto do direito penal de emergência.

Ora, esta construção encontra amparo nos teóricos penais que interpretam a norma penal valendo-se três teorias: teoria e interpretação da lei penal, teoria do delito e teoria da pena. Escorados, ainda, pela teoria do direito penal do inimigo que sustenta que as garantias penais devem ser concedidas àqueles que cometeram ilícitos ocasionalmente ou de modo accidental, ou seja, a estes e reservado os postulados intrínsecos da legalidade e da jurisdição, CARVALHO (2014, P. 125)

Na mesma vertente, a moldura teórica dogmática impõe o reconhecimento, pelo direito penal do inimigo, de que todo indivíduo que tem reiteradas condutas criminosas é perigoso, de modo a ter afastado de si as garantias jurídico-penais e processuais pertinentes aos demais cidadãos. Assim, a formulação de Jakobs não se restringe aos grupos terroristas, mas, a todos aqueles ditos reincidentes. Ensina MELIA *apud* CARVALHO (2014, p. 127):

(...)a) *el derecho penal del enenmigo no estabiliza normas sino demoniza determinados grupos infractores; b) en consecuencia, el derecho penal del enemigo no es um derecho penal del hecho, sino de autor.*

Resta claro que a adoção deste modelo rompe com as garantias constitucionais, pois busca não a compensação do delito em face do dano, mas o afastamento do perigo, por isso, a possibilidade de punição mesmo que o *iter criminis* não tenha sido percorrido em sua totalidade.

Neste contexto surge o chamado *direito penal subterrâneo*, em razão da emergente afronta a legalidade penal exercida pelos órgãos de repressão estatais, pois sob a ótica do direito penal do inimigo as ações são legítimas, apesar dos direitos individuais serem preteridos. Destarte, tais ações permitem eclodir o denominado *direito penal do terror*, em face da atuação estatal, CARVALHO (2014, p. 129).

Os Estados contemporâneos se tornaram repressivos, em razão de mitigar os direitos e garantias individuais, escapando do espaço de garantia para a beligerância, por isso, a denominação de *Estado Penal*. O rompimento com o direito e as garantias individuais fortalece o caráter punitivo estatal que se afasta da possibilidade de estabelecer um anteparo contra a violência sem razão. Insta apreciar TOBIAS BARRETO *apud* CARVALHO (2015, p. 133): "*quem procura fundamento jurídico na pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico na guerra*".

O modelo tripartite do Estado indica que, no *Estado Penal*, o Legislativo tende a produzir leis repressivas que são efetivadas pelo Executivo. Contudo, o Judiciário que deve zelar pelos direitos e garantias individuais compõe a amálgama repressora legitimando a ilegalidade estatal.

O enfrentamento ao narcotráfico adotou contornos pertinentes ao direito penal do inimigo. Os cárceres lotados com internos condenados por esses delitos, o que denota uma triste realidade: a seletividade que há na criminalização das

condutas pertinentes ao tráfico de drogas. Nas prisões encontram-se os *fogueteiros*, *endoladores* e *esticas*, poucos ditos *chefões* do tráfico conhecem os cárceres medievais brasileiros, D'ELIA FILHO (2007, p.12).

Infere-se que os que são presos pelo cometimento do tráfico de drogas são os que se expõem nas ruas, nos becos e nas vielas, em suma, na atividade varejista. O tratamento estatal é a escolha da conduta ilícita e posteriormente a eleição de quem serão os culpados, ensejando a clara seletividade, haja vista que os grandes produtores, os empresários que financiam a produção e o comércio de entorpecentes não estão expostos ao braço estatal, D'ELIA FILHO (2007, p.12).

A teoria da reação social, ou *labelling approach*, descreve que uma etiqueta é impressa em determinadas pessoas que são observadas através de interação social complexa, concluindo-se que a criminalidade somente é revelada pela apreciação do sistema penal, BARATA *apud* D'ELIA FILHO (2007, p.42), ensina:

(...) o status social de delinquente pressupõe necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social de delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado como delinquente.

Neste sentido, a teoria da reação social se presta a designar quais condutas são ilícitas, selecionar e estigmatizar os criminosos, afastando-se vez por todas dos paradigmas da etiologia positivista. Esta teoria foca suas atenções na criminalidade e não no crime, já que a primeira passa a ser vista como o produto da reação social, D'ELIA FILHO (2007, p.43).

Os órgãos estatais adotam políticas públicas que se baseiam nos efeitos que as drogas impõem, sem discutir com a sociedade abertamente e sem hipocrisia como deve ser a postura estatal frente a um problema tão relevante socialmente, daí nasce a solução menos adequada para o problema, o encarceramento em massa.

É óbvio que o narcotráfico é uma empresa com seus mais variados apêndices, empresa esta de lucro exacerbado, que não pode ser vista apenas como um comércio ilícito em que se seus proprietários e funcionários forem presos o problema estará resolvido, a prática já demonstrou que isso não se acomoda a realidade.

Não resta qualquer dúvida que aspectos autoritários estatais acrescidos da ânsia de punir são nascedouros da emergência penal, que tem por escopo regular a normalidade, o que indica a denominada *Democracia de superfície*, CARVALHO (2014, p. 139), *verbis*:

(...) O desejo generalizado de punição realiza o velamento da percepção de que o processo de construção da Democracia é lento e sutil, instaurando, na realidade dura da programação repressiva, Democracia de superfície capturada pela densidade punitiva.

A ciência penal hodierna adota a postura, pretensiosa, do impacto punitivo como ferramenta para solucionar as mazelas advindas do tráfico de drogas, mas na verdade apenas intensifica o caráter repressor estatal sem resultados efetivos.

3. O Narcotráfico e seu alcance globalizado

A influência do narcotráfico, assim como transcende as fronteiras dos Estados soberanos, corta o tecido social e a rotina das comunidades. As discussões e os problemas que decorrem desta atividade ilícita se embrenham nas universidades, nos poderes do Estado, na economia, seja macro, seja de subsistência. No campo acadêmico abre-se o debate nos aspectos psicológicos e criminológicos. Entretanto, sabe-se que em alguns aspectos o caso invade os direitos e as liberdades fundamentais, especialmente, no que tange a fruição destes. Na seara legislativa cria grandes embaraços, em face das opiniões divergentes, para as formas de controle normativo dessa atividade, em todas as suas fases: produção, venda, consumo e lavagem de capitais, SANTANA (1999).

A complexidade do fenômeno narcotráfico impossibilita a quantificação de sua influência no mundo globalizado. As tentativas de exprimir em números esse comércio ilícito mostram dados gigantescos, que tendem a aumentar, em razão da atividade econômica informal representada pelo tráfico, espelhando uma das mais rentáveis atividades mundo globalizado. No final do século XX a ONU estimou que a indústria das drogas movimentou 400 bilhões de dólares, o dobro da indústria farmacêutica mundial, SANTANA (1999).

Os estudiosos optam por dois enfoques que norteiam o estudo das drogas: o primeiro se funda nos chamados fármaco-dependentes e o segundo entendendo o narcotráfico como delinquência. Na primeira vertente há a ideia preconcebida que o consumidor divide-se entre usuário de drogas prescritas por profissionais de saúde e o abuso desta prescrição, inclusive a automedicação; no segundo que este uso e abuso são enfermidades.

A visão acima diminui o alcance do tráfico somente aos quesitos legais, o que não parece ser razoável, pois se afasta da chamada cultura da droga como mecanismo de controle social. O filão econômico que a agroindústria-comercial e financeira do narcotráfico se apodera, sem perder de vista a integração no pressuposto da oferta e procura, responde aos estímulos mercadológicos. Nota-se que a sua estrutura complexa está inserida em espaços transnacionais e globalizada com lastro nas peculiaridades, socioeconômica, política e cultural, internas dos países produtores e consumidores. Por esses motivos é a maior expressão do neoliberalismo, em razão dos seus ganhos, tendo em vista o não pagamento de impostos e os enormes lucros, SANTANA (1999).

As últimas décadas do século passado indicaram o protagonismo dos países da latino-américa na produção e fornecimento de drogas para os Estados desenvolvidos do hemisfério norte e do velho continente. Não obstante, na Ásia, mais precisamente no Afeganistão, houve um aumento significativo do cultivo da opíáceos e *cannabis*, SANTANA (1999).

O Brasil, por sua vez, é uma rota importante para as drogas produzidas por seus vizinhos produtores, Colômbia, Peru e Bolívia, quando do envio para os países consumidores, Estados Unidos e Europa Ocidental. Algumas cifras do narcotráfico são assustadoras como se observa na capacidade de exportação de cocaína colombiana por ano, no final do século passado, VARGAS *apud* SANTANA (1999):

- a) Os Estados Unidos receberam 300 toneladas de cocaína, ao preço de US\$ 20.000,00 o quilo, o que rendeu 6 bilhões de dólares;
- b) A Europa recebeu 100 toneladas de cocaína, ao preço de US\$ 50.000 o quilo, o que rendeu 5 bilhões de dólares;

c) A África/Ásia receberam 50 toneladas de cocaína, ao preço de US\$ 35.000,00 o quilo, o que rende 1,75 bilhões de dólares.

A movimentação anual chega a 12.750 bilhões de dólares, sem que se compute o varejo, em face da oscilação decorrente da oferta e demanda, o que, por óbvio aumenta esses números em dólares que se refere apenas a cocaína. Note-se que esses bilhões de dólares não retornam na integralidade para economia colombiana, que recebe entre 2,5 e 4 bilhões anuais, uma vez que quem auferir mais vantagens são os países onde é praticado o varejo, ensina SANTANA (1999):

Para Washington, o problema, à margem de seus pronunciamentos, é o crescimento de uma indústria que é economicamente alentada pelo desenvolvimento de seu próprio mercado. Podemos identificar que, na concepção norte-americana, sua fronteira sul figura como a principal porta do tráfico das drogas. Um elemento central na estratégia da guerra dos Estados Unidos contra as drogas tem sido fortalecer sua fronteira com o México. Este é um discurso que, finalmente, apela ao crescimento do consumo norte-americano fora de suas fronteiras.

Ora, a estrutura de produção, venda, consumo e lavagem de dinheiro vinda do narcotráfico precisa se sofisticar. Vários países caribenhos e do Golfo Pérsico transformaram-se em paraísos fiscais para lavagem de dinheiro, além de serem corredores de acesso aos maiores mercados consumidores, Estados Unidos e Europa, SANTANA (1999).

Ao se apreciar a estrutura social posta, verifica-se que a identidade da sociedade não se prende somente aos elementos de influência interna, recebendo informações e signos de todas as culturas do globo, o que ingere diretamente no comportamento econômico, social, cultural e político das pessoas. Não se perde de vista que assim como integra a globalização também marginaliza aqueles que aderem suas influências. Tais preceitos, especialmente nos países que privilegiam a economia de mercado, constroem hábitos de consumo que se hegemonizam, o que inclui a cultura do consumo da droga, SANTANA (1999).

O narcotráfico ameaça a estrutura dos Estados produtores e consumidores, em virtude da informalidade econômica e das sequelas que cria para a saúde e segurança dos cidadãos. Assim, as políticas públicas foram adotadas para erradicá-lo. O modelo americano, com início significativo na era Nixon, *guerra contra as drogas*, trata o consumo doméstico como um problema externo, que se origina nos países produtores, sem discutir se esta questão tem origem na própria economia de mercado (grifo nosso).

O endurecimento militarizado do combate às drogas, construído pelo governo americano aliado a adoção de alternativas políticas para de reduzir a oferta, provocar um aumento de preços, em virtude da diminuição das disponibilidades da droga. Além disso, adota-se uma estratégia de tentar diminuir a pureza da droga. No sentido teórico a estratégia estadunidense tinha grande chance de ser frutífera.

Todavia, a economia de mercado provou que a política americana estava na contramão do consumo. Havia estabilidade e maturidade no comércio de entorpecentes global, como ocorrem em geral com as *commodities*, os custos de produção e comercialização se mantêm estável. No aspecto criminal a resposta esperada não veio, o uso da violência como ferramenta do narcotráfico continua sendo acentuado, com a companhia da corrupção dos agentes públicos e dos artifícios legais em virtude das lacunas normativas, SANTANA (1999).

Desde logo o fracasso da política americana contra as drogas torna-se evidente, uma vez que umas das veias dessa política é ter os Estados Unidos como dirigente e que as fronteiras fossem flexibilizadas para que se superassem as ações dos narcotraficantes, especialmente nas Américas. A opinião pública americana, no final do século passado, a despeito da retomada da *guerra contra as drogas*, proclamada por Reagan em 1981, indica que tal política é ineficaz, de acordo com a expressiva manifestação percentual de 78% dos entrevistados, o que foi corroborado com a afirmação de apenas 28% destes, quando dizem que a responsabilidade pelo alto consumo de entorpecente na sociedade ianque era dos países produtores, SANTANA (1999).

Apreciando a questão, HUNTINGTON *apud* SANTANA (1999), declara que, em face do exacerbado consumismo, a *civilização passa da fase do Estado universal à fase da decadência*. Neste norte, SZASZ *apud* SANTANA (1999), indaga os motivos de a declarada guerra contra as drogas ser mais longa que a primeira e a segunda grande guerra e guerras da Coreia e do Vietnã, sem perspectiva de final. Por isso, afirma o estudioso, que esta guerra é contra o desejo humano.

Observa-se que faticamente à repressão ao tráfico de drogas não logrou derrubar o preço de modo significativo para reduzir o vício, por via de consequência o consumo. A assertiva que a legalização faria a queda e o controle do consumo também esbarra na economia de mercado. Se assim fosse haveria intervenção estatal no valor de uma *commoditie*, o que contraria a liberdade de mercado, pois é imperativo a incidência da equação desejo de consumo maior produção, SANTANA (1999).

Com efeito, os países consumidores passaram a produzir drogas internamente para atender seu mercado. Na Europa há grande produção de ecstasy, droga sintética para uso doméstico e, nos Estados Unidos, que é o maior consumidor de maconha do mundo, produz 50% da sua demanda internamente, com plantações nos estados do Tennessee, Kentucky, Havaí, Califórnia e Nova Iorque, segundo AALD - Associação para uma América Livre de Drogas. A produção da maconha no final do século XX oscilava em torno de 20 a 30 bilhões de dólares, ano, com a maconha *sem sementeira*, a mais potente, avaliada em US\$ 2.000,00 a libra, segundo o informe do Comitê sobre o Consumo Nacional de Narcóticos – NNICC, SANTANA (1999).

Infere-se que não se pode fechar os olhos para a globalização do narcotráfico, haja vista ser um tipo de agroindústria altamente rentável, bem como que a toxicomania é representativa de um *modus vivendi* que combina com a alienação que é efeito daquela, e, como já houve na história da humanidade, eleva-se o nível de mal-estar e de controle social. O narcotráfico gera suporte para economias e sistemas financeiros combatidos, em virtude de ajustes macroeconômicos, o que, também, retroalimenta a cadeia de produção de drogas, SANTANA (1999).

4. Região Amazônica – Narcotráfico

O Brasil, inserido no contexto latino-americano como elemento integrante da cadeia produtiva da cocaína, no beneficiamento e distribuição, adota políticas para repressão ao narcotráfico, em especial, com a criação do *Sistema de Proteção da Amazônia* – SIPAM, em 1990, atendendo a política de segurança nacional no pertinente a defesa do patrimônio biológico. A concentração de dados oriundos de

imagens captadas por satélite, coloca o SIPAM como coordenador dessa estrutura de vigilância, RODRIGUES (2002).

O Sistema é munido de uma rede de satélites e radares, que se integram com computadores de tecnologia avançada para preencher um hiato de abandono do espaço físico amazônico pelo Estado brasileiro e passa a ser denominado de SIVAM – *Sistema de Vigilância da Amazônia*. A região é contemplada com uma forma novel de monitoramento, a *teledetecção*, RODRIGUES (2002).

Destarte, inicialmente, o SIVAM se prestaria para monitoramento das questões ligadas aos aspectos de devastação da biodiversidade da Amazônia, desmatamento ilegal, garimpo clandestino, biopirataria, entre outros, e suas complexidades climáticas e do *tráfico de drogas*. O Sistema consolida a vigilância da região, no momento, final do século passado, em que se discutia a internacionalização da floresta tropical, por via de consequência uma intervenção americana na soberania brasileira, com o argumento da *guerra contra as drogas*.

Historicamente políticas foram adotadas para a ocupação da Amazônia, dentre elas se sobressaem às expedições de Rondon, a criação da Zona Franca de Manaus nos anos 60, a Transamazônica nos anos 70, o projeto Calha Norte nos anos 80, no mesmo eixo o SIVAM se mostra como ferramenta de ocupação regional observadas as necessidades de controle dos ilícitos na esfera ambiental e do narcotráfico. O Sistema é militarizado pela Aeronáutica, em 1995, RODRIGUES (2002).

As ramificações do narcotráfico tornam imprescindível a construção de aparatos para intensificar a sua cadeia produtiva, ou seja, a produção, distribuição e consumo de drogas. A Amazônia possui posição geográfica estratégica para o tráfico internacional de cocaína dos países andinos, Peru, Bolívia e Colômbia. No período compreendido entre 2006 e 2008, houve um crescente quanto a produção de cocaína nesses países vizinhos, que, segundo a ONU, possuem 99% de laboratórios para fabrico da cocaína do mundo, COUTO (2011).

A ONU também afirma que, em 2007, as maiores apreensões de cocaína do mundo foram efetivadas nas Américas correspondendo a um total de 88%, contra 11% da Europa. Na América do Sul foram apreendidas 45% do total mundial, 323 toneladas. Deste total, 60% foi apreendido na Colômbia, COUTO (2011).

O Brasil não exerce o protagonismo como produtor da droga, mas como rota para esta seja colocada à venda na Europa e na África, em face da constatação que a cocaína encontrada nesses continentes tinham origem na Colômbia e no Peru, **United Nations Office on Drugs and Crime – UNODOC** *apud* COUTO (2011). Apesar disso crescente foram as apreensões no Cone Sul, Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai, haja vista que em 2000 foram 10 toneladas e, em 2007, 38 toneladas de cocaína apreendidas, COUTO (2011).

5. Rondônia: um panorama das drogas

O grande vazio demográfico da Amazônia, em especial nas fronteiras, possibilita o uso da população ribeirinha como “mulas” para o narcotráfico. Observa-se que essas pessoas passam a ter papel na teia do negócio ilegal, pois a mobilidade na região importa em sedimentar a distribuição da droga com o uso das veias fluviais. Por óbvio não se despreza a utilização das estradas e dos aviões que se valem de pistas clandestinas no meio da floresta. Todos esses modelos são dinâmicos para escapar da repressão estatal, COUTO (2011).

A baixa densidade demográfica e a vasta extensão territorial possibilita que a Amazônia seja um excelente território para acobertar as atividades ilegais decorrente do tráfico de drogas. As implicações do tráfico impactam a economia interna e externa, a política, a segurança, pois o compartilhamento das atividades econômicas não tem fronteiras e alcança toda a sociedade, COUTO (2011).

O narcotráfico possui uma visão do todo social, em virtude da exposição e do risco que se sujeita. O uso articulado de sistema de informações e das redes locais indica a dependência do negócio ilícito ao ambiente em que a droga se subordinará aos fatores de produção, produção, venda e consumo. Assim, é necessário que atraia para as suas engrenagens trabalhadores da informalidade, que ambicionam a ascensão social repentina, com acesso rápido as variedades do consumo, COUTO (2011).

São criados *canais de comunicação* para se ligarem a diversidade organizacional, como modo de proteção dos carregamentos de droga, na busca de mitigar as perdas decorrentes de apreensões. Esses canais de comunicação integram a rede do tráfico de drogas. Possuem componentes providos de aliança com outros níveis organizacionais de poder, com relevância para a estratégia de produção, circulação e consumo, aproveitando-se da vastidão territorial da Amazônia para utilizá-la como porta de entrada para o envio da droga ao destino final, o mercado interno brasileiro, a Europa e a África, COUTO (2011).

Na Amazônia os corredores de tráfico de drogas mais importantes são, NEVES (2013):

- a) Rota Colômbia-Venezuela-Brasil: A droga, proveniente da Colômbia, atravessa a Venezuela, passa pelo estado de Roraima e chega ao Amazonas para, em seguida, alcançar os Estados Unidos e a Europa (STEIMAN, 1995);
- b) Rota Colômbia-Brasil: A droga proveniente da Colômbia destina-se para o estado do Amazonas e, então, é redistribuída para o restante do país (STEIMAN, 1995);
- c) Rota Peru-Colômbia-Brasil: O tráfico é proveniente do Peru e Colômbia, entrando no Brasil através dos estados do Amazonas e do Acre e seguindo para o restante o país;
- d) Rota Peru-Brasil: A droga entra no território brasileiro pelo Acre, segue pela BR-364, passando por Porto Velho (RO) e alcançando o restante do país;
- e) Rota Bolívia-Brasil: a droga boliviana entra principalmente no Brasil pelas cidades de Guajará-mirim e Abunã (RO), seguindo pela BR-364, atravessando Porto Velho e seguindo para o restante do país.

Infere-se que Rondônia é passagem de duas rotas de cocaína, corredores Peru-Brasil e Bolívia-Brasil, ora a capital do Estado, Porto Velho, teve um crescimento populacional em dez anos de cerca de 100 mil habitantes, segundo o IBGE *apud* NEVES (2013), de sorte que tal fenômeno demográfico criou dificuldades sociais importantes, por isso identifica-se na cidade regiões das chamadas *cracolândias*, GONÇALVES *apud* NEVES (2013), o que evidencia que a droga que vem por esses dois corredores também é consumida na área urbana.

A assertiva é corroborada a partir da visão da quantidade de droga apreendida, do número de ocorrências policiais relacionadas com o tráfico, e com o número de presos em razão do tráfico, na cidade de Porto Velho, NEVES (2013).

Insta apreciar os delitos de tráfico de drogas e sua relação com os ilícitos mais comuns, segundo a Secretaria de Segurança e Defesa da Cidadania do Estado de Rondônia – SESDEC/RO, no período de 2001 a 2010:

a) O aumento do número de apreensões e de ocorrências policiais é compatível com a afirmação que a capital de Rondônia, Porto Velho, é uma cidade que em dez anos, 2001 a 2010, acelerou seu envolvimento com o narcotráfico. O número de apreensões de cocaína sobe a incríveis 2.452,88% em 2009 e 1.228,01% no ano seguinte, que apesar da diminuição é um número preocupante.

b) O mesmo ocorre com as ocorrências policiais que envolvem o tráfico de drogas. No período descrito no parágrafo acima, 2001 a 2010, os valores se exacerbam vertiginosamente no percentual para 423, 13% em 2009, e 474,37% no ano de 2010.

c) Nesta esteira, o tráfico de drogas passa a ser uma preocupação expressiva para as questões inerentes à segurança pública. O aparelho estatal aumenta seus esforços para fazer frente a demanda oriunda da mercancia ilícita.

De posse destes dados, torna-se razoável a indagação quanto ao aumento da população carcerária, pois houve um esforço maior dos órgãos repressivos, de sorte que a atuação estatal redundou em aumento do encarceramento, pelo menos em tese. O Ministério da Justiça, através do INFOPEN, demonstra o cenário da população carcerária no período de 2006 a 2010:

- a) O tráfico de supera, em encarceramento no estado de Rondônia, os dois delitos patrimoniais mais usuais, roubo e furto, bem como é superior ao crime contra vida, também mais comum, o homicídio.
- b) Ora, em nenhuma das comparações apresentadas o tráfico de drogas fica atrás dos ilícitos já citados. De sorte que se deduz ser o comércio ilegal de entorpecentes o crime de maior incidência nesta capital, Porto Velho.

A atuação do aparato estatal para reprimir o ilícito, apesar de crescente, não está mitigando o problema, pois o aumento da atividade voltada ao tráfico é cristalina, ou seja, é chegada a hora de se fazer questionamentos sobre o *modus operandi* que o Estado e a sociedade está lidando com o problema, haja vista que o encarceramento por si só, não logrou êxito, em Porto Velho, de vencer a peleja contra o narcotráfico.

Considerações Finais

O esforço dos Estados soberanos em debelar o tráfico de drogas tem se iniciado, como não podia deixar de ser, por uma legislação repressora. O Brasil trata a matéria no modelo e/ou no tratamento da delinquência, seja quanto ao uso, seja quanto a comércio ilegal. Não se descarta que a legislação pátria representa um significativo avanço quanto a prevenção do uso e abuso de drogas lícitas e ilícitas, pelo menos na seara acadêmica.

A globalização do narcotráfico impõe às economias dos Estados forte pressão, em virtude da informalidade e dos milhares de pessoas que estão ligadas a

este crime e não se submetem, economicamente, ao controle estatal. A problemática introdutória faz uma afirmação que a hegemonia dos hábitos de consumo no Estado liberal incentiva a dependência das drogas, o que se confirma na fundamentação teórica como uma das causas da demanda. Não obstante, este estudo, por sua singeleza, não tem a pretensão de descortinar todos os fatores que levaram a explosão da demanda por entorpecentes.

Este estudo deixa evidente que o narcotráfico não respeita as fronteiras postas, age de sorte a endemizar o seu *modus operandi*, especificamente, com o uso de métodos violentos para assegurar a produção, distribuição e consumo de drogas.

Este diálogo implica em reconhecer que não há Estado incólume a influência do tráfico de drogas, seja pela imensa capacidade econômica da rede criminosa, seja pela fragilidade das políticas para vencerem a disputa contra esta ilegalidade.

Os corredores da droga existentes na Amazônia demonstram que a fronteira brasileira não impede que seus vizinhos e maiores produtores de cocaína do mundo, Bolívia, Colômbia e Peru, escoem sua produção pelo território nacional, confirmando o rompimento dos limites soberanos de cada pelos narcotraficantes.

O encarceramento maciço também não tem tido a resposta esperada, como se vê no exemplo de Rondônia, pois apesar do evidente esforço estatal em prender os envolvidos com o tráfico este não diminui, sendo o crime que mais encarcera, afastando o dogma penal do direito penal como vertente necessária para o combate ao *inimigo* traficante.

Em Rondônia há um acentuado aumento dos ilícitos relacionados ao tráfico e este é crime que prepondera nos presídios locais. Podem ser discutidos vários fatores que originam tal fato: a proximidade com a fronteira; o lucro fácil; a ausência de vigilância das fronteiras e das estradas que levam para o sul do país, entre outras. Contudo, ainda não qualquer certeza quanto ao aumento do tráfico e do consumo que esteja ligado a apenas um fator, pois a atividade da narcotraficância é sistemática e seus tentáculos são inúmeros.

Quando se toma a liberação das drogas como panaceia para o problema esquece-se, sem maiores digressões, que haveria, venda no *mercado negro* de drogas que ficariam fora do alcance do braço estatal, por isso mais baratas, por ausência de tributação. Do mesmo modo, haveria a criminalização do fato pela sonegação fiscal. O que, dependendo da ânsia estatal, teria a pena tão elevada quanto é hoje a do tráfico de drogas.

Portanto, este trabalho nos indica que o enfrentamento do narcotráfico, enquanto política pública, não pode estar circunscrito às decisões unilaterais, devendo ter maior abrangência possível para que a efetiva participação da sociedade indique caminhos que erradiquem, não as drogas, mais o desejo de consumi-las.

Referências Bibliográficas

- CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COUTO, Aiala C. de O. **Um problema de fronteiras: a Amazônia no contexto das redes ilegais do narcotráfico**. Revista Perspectiva Geográfica. Vol 6.nº 7. 2011. UNIOESTE. Mar. Cândido Rondon/PR. <http://e->

- revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/9165. Acesso 07 ago 2015.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionista do nada: quem são os traficantes de droga**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- DALBOSCO, Carla. **A Assistência Social no Plano Nacional de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas: um debate necessário**. Brasília. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. 2011.www.obid.senad.gov.br. Acesso 07 ago 2015.
- JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Organizado por MOREIRA, Luiz. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- KARAM, Maria Lúcia. **Direitos Humanos, Laço Social e Drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia - CFP Drogas, Direitos Humanos e Laço Social. 2013.160p. ISBN: 978-85-89208-52-9.
- NEVES, Gustavo de O. **Caracterização de amostras da cocaína apreendida pela Polícia Civil do Estado de Rondônia**. Dissertação de Mestrado. Unir. Porto Velho/RO. 2013.
- PROCÓPIO FILHO, Argemiro. VAZ, Alcides C. **O Brasil no Contexto do Narcotráfico Internacional**. Revista Brasileira de Política Internacional. 40 (1): 75-122. UNB. Brasília. 1997 <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a04.pdf>>. Acesso 07 ago 2015.
- RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução dos danos: o direito das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RODRIGUES, Thiago M.S. **A infundável guerra americana. Brasil, EUA e o narcotráfico no continente**. São Paulo em Perspectiva. Ano 16 (2). 2002. São Paulo.http://www.academia.edu/4572430/Infund%C3%A1vel_guerra_americana_na_Brasil_EUA_e_o_narcotr%C3%A1fico_no_continente. Acesso em 07 ago 2015.
- SANTANA, Adalberto. **A globalização do narcotráfico**. Revista Brasileira de Política Internacional. p99-116. 18p. UNB. Brasília. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003473291999000200006&script=sci_arttext. Acesso 07 ago 2015.
- SANTOS, Fernando C. **O Narcotráfico na região amazônica e as implicações para a segurança internacional**. Conjuntura Internacional. Ano 7 nº9. PUC-MINAS.2010.http://www.pucminas.br/imagedb/conjuntura/CNO_ARQ_NOTIC20100701152914.pdf. Acesso 07 ago 2015.
- SOUZA, Jaqueline de, KANTORSKI, Luciane P. **O embasamento político das concepções práticas referentes às drogas no Brasil**. São Carlos/SP: SMAD - Revista Eletrônica Saúde Mental e Álcool – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto – USP. 2007. <http://www2.eerp.usp.br/resmad/artigos.asp>. Acesso 07 ago 2015.

A PARTICIPAÇÃO DOS ENTES SUBNACIONAIS NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL URBANO

Participation of entities subnational in right of urban environmental construction

DOUGLAS PREDO MATEUS¹
Universidade Católica de Santos

Sumário: 1. Introdução histórica. 2. Novos Atores e Governança. 3. Conferências Habitat. 4. Participação do Município. 5. Conclusões.

Resumo: Este artigo pretende discutir a importância dos Governos Subnacionais na promoção de políticas públicas adequadas as recomendações das Convenções, analisando historicamente a evolução da participação dos Municípios na construção do meio ambiente urbano.

Justifica-se a criação de mecanismos institucionalizados de cooperação permanente e voluntária, dando vida a entes dotados de vontade própria destinados a alcançar objetivos coletivos e que se interrelacionam de maneira transfronteiriça.

É preocupação do estudo o crescimento da população mundial, a crescente urbanização e a conseqüente degradação da qualidade de vida que obriga a ONU a convocar uma série de conferencias sobre “problemas mundiais emergentes”, abrindo espaço para o reconhecimento da participação direta da sociedade organizada na definição e elaboração de políticas e programas dirigidos ao planejamento, produção e melhoramento de seus assentamentos urbanos.

Palavras chave: Meio ambiente – assentamentos urbanos - organização não governamentais – Agenda Habitat – Governos Subnacionais

Abstract: This article discusses the importance of subnational governments in promoting adequate public policies the recommendations of the Convention, historically analyzing the evolution of the participation of municipalities in the construction of the urban environment.

Justified the creation of institutionalized mechanisms of permanent and voluntary cooperation, giving life to beings endowed with free will aimed at achieving collective goals that are interrelated and cross-border manner.

It is the study concern the growing world population, increasing urbanization and the consequent deterioration in the quality of life that compels the

¹ Doutorando em Direito Ambiental Internacional na Universidade Católica de Santos, Mestre em Direito pela mesma instituição, Procurador Legislativo no Município de Cubatão, Professor Universitário na Unibr – Faculdade de São Vicente.

United Nations to convene a series of conferences on "emerging global problems", making room for the recognition of the direct participation of organized citizens in definition and development of policies and programs aimed at planning, production and improvement of its urban settlements.

Keywords: Key words: Environment - urban settlements - non-governmental organization - Habitat Agenda - Sub-national Governments

Introdução histórica

Historicamente o direito internacional clássico somente reconhece como atores os Estados Nacionais e Organizações Internacionais², e como fontes os Tratados e Convenções, os Costumes Internacionais, os Princípios Gerais de Direito e os Princípios Gerais de Direito Internacional público.

Os Estados Nacionais e as Organizações Internacionais vão compor os "tipos normais" de pessoas jurídicas no plano internacional, segundo BROWNLIE³. O autor reconhece, contudo, que "as realidades das relações internacionais não são redutíveis a uma simples formula" por ser o cenário complexo.

Os Tratados e Convenções, os Costumes Internacionais, os Princípios Gerais de Direito e os Princípios Gerais de Direito Internacional Público como fontes vieram a ser reconhecidos no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Ao longo do tempo a necessidade humana de apoio, associação ou cooperação para o atingimento de objetivos específicos foi uma constante. Tal situação se reproduz na esfera internacional, entre os Estados.

A fim de realizar esta cooperação, frente à inexistência de instituições pertencentes à sociedade internacional, os Estados, num primeiro momento utilizaram-se dos recursos próprios de uma sociedade de justaposição de sujeitos soberanos, ou seja, celebração de conferências internacionais e adoção de tratados multilaterais. Mas logo ficaram conscientes da insuficiência destas práticas para coordenar e gerir uma cooperação que se fazia cada vez mais necessária. Esta necessidade levou os Estados à criação de mecanismos institucionalizados de cooperação permanente e voluntária, dando vida assim a entes dotados de vontade própria destinados a alcançar objetivos coletivos.

Surgem desse modo na cena internacional as primeiras Organizações Internacionais, cuja existência e atual proliferação constituem uma das

² Sujeito de Direito Internacional é uma entidade com capacidade para possuir direitos e deveres internacionais e com capacidade para defender os seus direitos através de reclamações internacionais. BROWNLIE, Ian. Princípios de direito internacional público. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 71.

³ BROWNLIE, Ian. Princípios de direito internacional público. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 72

características mais marcantes da vida internacional contemporânea⁴. Para o enfrentamento de assuntos comuns que exijam atuação em peculiares e específicos interesses, que ultrapassem os limites dos Estados, bem como viabilizar a cooperação internacional, os Estados começaram a associar-se em Organizações Internacionais.

Nos dias atuais, com o estágio de desenvolvimento atingido pelo processo de integração financeira e comercial global, impulsionado pelo desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, é quase impossível atuar ou desenvolver qualquer atividade, empresarial ou não, sem interrelacionar-se de maneira transfronteiriça.

Tal mutação, que segundo alguns veio a “diminuir” as dimensões do mundo, levou ao incremento da necessidade de “harmonização e unificação do direito”, de uma reforma financeira internacional e da “regulação dos principais sujeitos do Direito Internacional”.⁵

Visando esta atuação em peculiares e específicos interesses que ultrapassam os limites dos Estados, bem como viabilizar a cooperação internacional, os Estados começaram a associar-se em Organizações Internacionais.

Neste contexto, o Direito Ambiental Internacional inaugura na segunda metade do século XX uma nova arquitetura, marcando um novo paradigma no Direito Internacional e nas relações internacionais, notadamente nas questões atinentes ao meio ambiente. Tal se dá em virtude de algumas modificações identificadas ao longo do tempo.

As normas de direito dos tratados apresentam viés marcadamente contratual, sendo caracterizadas pela aceitação de compromissos recíprocos e imputação de penalidades na hipótese de não cumprimento, o que caracteriza sua cogência. Essa situação, ao longo do tempo, acabou por dificultar a adoção de muitos Estados, principalmente nas hipóteses nas quais a participação pudesse ameaçar a questão econômica.

Talvez o exemplo mais conhecido seja o dos Estados Unidos, que tradicionalmente, apesar de participar com comitivas imensas, com ampla equipe de técnicos e especialistas nas mais variadas temáticas e expertises, de todas as Convenções Internacionais, adota a postura de não referendar a assinatura dos documentos.

Essa situação, em relações internacionais causa significativo desconforto, pois induz à opinião pública e população em geral, a idéia de insucesso ou fracasso das medidas adotadas, mesmo que o tema em questão não saia da pauta de discussões.

⁴ VELASCO, Manuel Díez de. *Las Organizaciones Internacionales*. Undécima edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999. p. 38/40.

⁵ BIOCCA, Stella Maris. *Derecho internacional privado*. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane, 2004. p. 26.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial ocorre uma mudança de estratégia (ou uma mutação) para formalização dos ajustes. Troca-se a obrigatoriedade do comprimento em virtude das imposições assumidas, sempre discutida e polêmica em virtude da tradicional soberania, pela cooperação ou compromisso. Os tradicionais Tratados de observância obrigatória aos signatários, por exigirem consenso e implicarem responsabilização, muitas vezes inviabilizam sua adoção.

Assim, especificamente nas Convenções convocadas para discutir as questões ambientais, passa-se a optar pela elaboração de outros documentos ou recomendações, nos quais os signatários comprometem-se a, mediante seu ordenamento interno, observar os objetivos de tais instrumentos em assunção de clara postura utilitarista. Ao fim e ao cabo, o que importa é que os objetivos sejam atingidos.

Troca-se a cogência pelo envolvimento. Tal se dá em virtude de algumas modificações identificadas ao longo do tempo.

Uma delas é o fortalecimento do chamado "*soft Law*"⁶, alterando significativamente a forma como passam a se dar os ajustes internacionais, a formalização dos regimes. Outra modificação significativa é a ampliação dos Atores⁷. Estados e Organizações Internacionais continuam sendo os atores principais, mas cada vez mais são "aceitos" novos atores que, de acordo com suas especificidades, desempenham autoridade fora de estruturas formais⁸.

Os Tratados de Direito Ambiental Internacional, na medida em que não existe, até o momento, uma Organização Internacional Ambiental⁹, adotaram esta estratégia ou foram sendo moldados sob esta forma. Utilizam-se das estruturas das Conferencias Internacionais para a institucionalização da cooperação¹⁰, apresentando verdadeiramente "estruturas híbridas entre tratados internacionais tradicionais e organizações internacionais"¹¹.

⁶ KISS, Alexandre. The implications of global change for the international legal system. In: WEISS, Edith Brown (ed.) Environmental change and international law: new challenges and dimensions. United Nations University Press.

⁷ SERAGELDIN, Ismail. O patrimônio cultural como um bem público. Análise econômica aplicada a cidades históricas. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (Ed.). Bens públicos globais: cooperação internacional no século XXI. Rio de Janeiro: Record, 2012.

⁸ BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. International environmental Law. Hart Publishing, 2011.

⁹ Atualmente existem propostas para a criação de uma Organização Internacional Ambiental, mas ainda estão muito divergentes o que dificulta o avanço. Enquanto alguns defendem a transformação do PNUMA em uma agência nos moldes da OMS ou da OIT, outros, mais arrojados, entendem que deveria ser adotada uma sistemática similar a da OMC para a integração dos vários regimes ambientais e um terceiro grupo, mais cético teme que essa discussão tire a atenção de problemas ambientais urgentes

¹⁰ BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. Op.cit. p. 254.

¹¹ GEHRING apud BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. Op. cit. p. 255.

No tocante aos Atores, há um deslocamento sob a ótica do entendimento acerca da participação. Afasta-se o conceito de soberania, cunhado na Westfália no século XVII, segundo o qual o soberano somente reconhece o direito do qual participou da elaboração, para reconhecer outros que não Estados soberanos como Atores com direito a participar ativamente das Convenções, negociações e implantação.

As convenções da ONU para o clima convocam a participação de atores “não oficiais”, porém de grande participação e mobilização, induzindo o arejamento da discussão. E essa participação culmina com a elaboração de documentos (convenções) que inicialmente não vinculam, mas acabam por atingir os objetivos finais (em muitas das vezes) com mais sucesso.

Tais atores, ao retornarem para sua atuação diária, em suas esferas de influência, acabam por incutir em suas respectivas áreas de atuação, as idéias e parâmetros discutidos e acolhidos nos documentos finais, causando uma construção do Direito Internacional “de dentro para fora”.

Novos Atores e Governança

Na Constituição da República do Brasil, a atuação internacional¹² é conferida para a União, com a participação conjunta do Executivo e do Legislativo. Compete ao Presidente da República¹³ manter relações com Estados estrangeiros, celebrar tratados, convenções e atos internacionais, declarar guerra e celebrar a paz, sempre sob referendo do Congresso Nacional¹⁴, que detém competência exclusiva

¹² Art. 21. Compete à União:

- I- manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
- II- declarar a guerra e celebrar a paz;
- (...)

¹³ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII- manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

(...)

XIX- declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX- celebrar a paz, autorizado ou com referendo do Congresso Nacional;

(...)

¹⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

- I- resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
- II- autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais”, além de autorizar o Presidente a declarar guerra e celebrar a paz.

Estados e Municípios ficam “oficialmente” afastados desse tipo de atuação e/ou discussão. Não existe previsão de atuação internacional.

Ocorre que vários Estados e Municípios participam de Conferências Internacionais sob a convocação da Organização das Nações Unidas que fomenta essa participação ampliada, de atores subnacionais, organizações não governamentais e grupos da sociedade civil junto aos Estados Nacionais.

Essa “participação ampliada”, chamada de governança, identificada já há algum tempo, fez com que organismos internacionais¹⁵ se debruçassem sobre o fenômeno e inicialmente reconhecessem governança como “exercício de autoridade, controle, administração, poder de governo”.

A Comissão sobre Governança Global da Organização das Nações Unidas¹⁶ identificou como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns”.

Autores entendem governança como sendo padrão de articulação e cooperação entre setores sociais e políticos, arranjo institucional¹⁷ e ainda como atividades firmadas em objetivos comuns, derivados ou não de responsabilidades legais e que não dependem de cogência legal para serem aceitos¹⁸.

O fato é que o termo “governança” vem sendo cada vez mais utilizado, transformando-se numa daquelas palavras ou expressões que todos utilizam, mas não têm muita certeza do que se trata, ou têm uma idéia vaga. Tal utilização “desenfreada” acaba, com o tempo, por “esvaziar” a expressão, deixando-a sem conteúdo específico.

A origem do termo se relaciona diretamente ao debate sobre o “*novo institucionalismo*” nas relações internacionais que se inicia no final dos anos oitenta do século passado¹⁹.

Segundo BEYERLIN e MARAUHN²⁰

(...)

¹⁵ BANCO MUNDIAL, Governance and development, 1992, apud. GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança*. Texto apresentado no XIV Encontro do Compedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2005.

¹⁶ Apud. GONÇALVES. Idem.

¹⁷ SANTOS apud. GONÇALVES, Alcindo. Op. cit.

¹⁸ ROSENAU, James N. “Governança, ordem e transformação na política mundial”. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernest-Otto (eds.). *Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: EdUnB, 2000, p. 15-16

¹⁹ BEYERLIN; MARAUHN (opus cit. P. 243) Tradução livre. No original: The rise of the term is closely related to the debate about the ‘new institucionalism’ in international relations which was first heard in the late 1980s

²⁰ Opus cit. p. 244. Tradução livre. Do original: global environmental governance as a multi-actor governance system which extends beyond traditional actors (such as states and international organisations) and includes non-governmental organizations, in particular, activist groups, networks of scientists, business associations and policy research institutions.

Governança global ambiental como um sistema de governança multiatores que se estende para além dos atores tradicionais (como os Estados e organizações internacionais) e inclui organizações não governamentais, em particular, grupos de ativistas, redes de cientistas, associações empresariais e instituições de pesquisa política. Enquanto os Estados, pelo menos formalmente, ainda são os principais atores dentro desta estrutura, há um número crescente de organizações não governamentais (ONGs), movimentos sociais e outros atores privados que estão transformando o caráter de todo o sistema.

Entre nós, GONÇALVES²¹ define governança como:

meio e processo capaz de produzir resultados eficazes, sem necessariamente a utilização expressa da coerção. Mas a governança não exclui a dimensão estatal: ao contrário, acaba por envolvê-la. Governança diz respeito, como já ressaltado (...) à "totalidade das diversas maneiras" para administrar problemas, com a participação e ação do Estado e dos setores privados. É evidente, porém, que a dimensão não-estatal é o traço proeminente e de certa forma inédito trazido pela governança ao debate e à formulação de políticas e de ações nos planos nacional e internacional.

Pode-se dizer que a governança seria um avanço, uma mutação, a evolução da governabilidade, considerando-se que esta, historicamente foi baseada na negociação e compensação entre os interesses dos principais atores políticos e sua capacidade de criar coalizões estáveis de governos²², e atualmente não se basta por si mesma, sendo necessária a evolução no sentido de trazer para a negociação atores não-governamentais, como forma de legitimar as ações e políticas a serem implantadas. Seria a construção do "ajuste do possível", visando ampliar a participação e garantir a continuidade do avanço na busca do "acerto ideal" levando em consideração tanto o esforço para essa construção, quanto o resultado obtido ao final.

Conferências Habitat

A partir da década de sessenta do século XX o crescimento da população mundial, a crescente urbanização e a conseqüente degradação da qualidade de vida começam a preocupar parcela significativa da população a ponto da ONU convocar

While states, at least formally, are still the primary actors within this framework, there is a growing number of non-governmental organizations (NGOs), societal movements and other private actors which are transforming the character of the whole system.

²¹ Op. cit..

²² Idem, p. 49.

uma série de conferências²³ sobre “problemas mundiais emergentes”²⁴. Neste contexto ocorre a Conferencia de Vancouver de 1976, que origina o Programa Habitat.

O discurso de abertura enfatizou o crescimento da urbanização como um dilema: poderia ser um processo caótico e desordenado ou um processo planejado. Os documentos produzidos, “Declaração de Vancouver” e “Plano de Ação Vancouver”, valorizaram o planejamento nas instâncias nacionais e um Estado regulador. Autores entendem que a Conferência abriu espaço para o reconhecimento da participação direta da sociedade organizada na definição e elaboração de políticas e programas dirigidos ao planejamento, produção e melhoramento de seus assentamentos urbanos²⁵.

Em 1996, é realizada em Istambul, a Conferencia Habitat II – Cúpula das Cidades. Evento com repercussão imensa, contou com a participação de aproximadamente 30.000 pessoas²⁶ e seguiu a sistemática adotada na Segunda Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - ECO 92, de ampliação do espectro de participantes, agregando setores não-governamentais aos tradicionais setores de representação política, técnico e acadêmico, consagrando a descentralização e o poder local²⁷.

Esta Conferência destacou a importância da participação dos novos atores políticos, no sentido da construção da esfera política não estatal, antecedendo a tendência mundial de restrição à atuação do Estado.

No processo preparatório houve a constituição de comitês em cada país, com objetivo de integrar os diferentes setores comprometidos na construção das cidades na preparação de planos nacionais, elaboração de indicadores e avaliação, e estabelecimento de melhores práticas. Desse modo representantes de Organizações Não Governamentais e de comunidades de base puderam apresentar emendas e proposições sobre os documentos oficiais sem a intermediação de um País, como normalmente ocorre.

Visando consolidar a descentralização e a atuação do poder local foram constituídos diversos fóruns, dentre eles o dos parceiros formado por governos locais, organizações não governamentais, movimentos populares, sindicatos, parlamentares e acadêmicos. Também ocorreu a Assembléia Mundial das Cidades e Autoridades locais. Essa sistemática permitiu que essas organizações pudessem

²³ Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), Conferencia Mundial de População (Bucareste, 1974) e Conferencia Mundial de Alimentação (Roma, 1974)

²⁴ ANTONUCCI, Denise, KATO, Volia Regina C., ZIONI, Silvana, ALVIM, Angélica B. UM-Habitat: 3 décadas de atuação.

²⁵ SEAFORTH apud ANTONUCCI, Denise, KATO, Volia Regina C., ZIONI, Silvana, ALVIM, Angélica B. UM-Habitat: 3 décadas de atuação.

²⁶ www.onuportugal.pt.

²⁷ ANTONUCCI, Denise, KATO, Volia Regina C., ZIONI, Silvana, ALVIM, Angélica B. UM-Habitat: 3 décadas de atuação.

atuar diretamente, colaborando na definição e elaboração de políticas e programas dirigidos ao planejamento, produção e melhoramento dos assentamentos urbanos

A Agenda Habitat foi o documento aprovado por consenso pelos países participantes. É uma plataforma de princípios que deve ser traduzida em práticas e que reconhece que para o futuro das cidades é imprescindível: a participação do Estado para a garantia da cidadania, do direito a moradia e à cidade, democratização e descentralização do Estado; o papel dos poderes locais na promoção de políticas públicas e do desenvolvimento econômico; a significativa importância das parcerias entre o Poder Público, os setores privados e as diversas organizações da sociedade.

Existem inúmeras organizações não governamentais envolvidas, militando e atuando nesta área de assentamentos humanos urbanos. Por exemplo citamos o ICLEI e a plataforma "righttothecities".

O "ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade" é uma associação mundial de governos locais dedicados ao desenvolvimento sustentável. Promove ações locais para a sustentabilidade global e apoia cidades a se tornarem sustentáveis, resilientes, eficientes no uso de recursos, de baixo carbono, a construir infraestrutura inteligente e a desenvolverem economia verde e inclusiva²⁸. Foi fundado em 1990, por 200 governos locais de 43 países, no Primeiro Congresso Mundial de Governos Locais por um Futuro Sustentável, na sede das Nações Unidas. Seus primeiros programas globais foram a Agenda 21 Local, com ênfase na promoção da governança participativa e planejamento do desenvolvimento sustentável local e o "Cidades pela Proteção do Clima". Atua desenvolvendo práticas e assessorando os organismos subestatais na implementação de políticas sustentáveis.

A plataforma Right to the Cities (<http://www.righttothecityplatform.org.br>), por sua vez, é a associação de organizações que se reuniram em São Paulo em 2014, no "Encontro Internacional sobre o Direito à Cidade", que visa contribuir para a adoção de compromissos, políticas públicas, projetos e ações voltadas ao desenvolvimento de cidades justas, democráticas, sustentáveis e inclusivas pelas instancias das Nações Unidas e pelos governos nacional e locais. Participam organizações não governamentais, redes e fóruns, instituições acadêmicas, setor público, movimentos populares, fundações e organizações internacionais, somando 104 instituições de caráter internacional, regional e local²⁹.

Esse é um pequeno exemplo de organizações não governamentais que participam ativamente nas reuniões preparatórias para as Convenções, atuando e influenciando na formação da pauta. Conseqüentemente essa participação no dia a dia induz os organismos subestatais nos quais se situam e/ ou atuam a instituir políticas adequadas às recomendações das Convenções.

²⁸ <http://sams.iclei.org/quem-somos/o-iclei.html>. Acesso em 14.09.2015.

²⁹ <http://www.righttothecityplatform.org.br/sobre-o-direito-a-cidade/?lang=pt>. Acesso em 14.09.2015.

A atuação dessas organizações frente aos governos locais é significativamente importante no sentido de exercício de pressão política, fazendo a interface entre o governo instituído e a população, detentores do poder e destinatários finais das políticas públicas.

Ainda é possível a atuação dos entes subestatais em rede, como, por exemplo, o Grupo "C40".

"C40" (<http://www.c40.org>) é uma rede global de megacidades comprometidas com o combate às alterações climáticas. Engloba mais de 75 das maiores cidades do mundo, mais de 550 milhões de pessoas e um quarto da economia global. Criado e liderado por cidades, é uma rede focada no combate às alterações climáticas e na condução de ações urbanas que reduzam as emissões de gases de efeito de estufa e os riscos climáticos, colaborando para o aumento da saúde, bem-estar e as oportunidades econômicas dos cidadãos.

É uma rede de cidades envolvidas com medidas para o combate às alterações climáticas através do desenvolvimento e implementação de políticas e programas que gerem reduções mensuráveis nos níveis de emissões de gases de efeito estufa e riscos climáticos.

Em 2005 dezoito mega cidades se reuniram com o objetivo de cooperar para a redução das emissões climáticas através de ações efetivas para acelerar a adoção de tecnologias favoráveis ao clima e influenciar o mercado nesse sentido. Em 2006, já composto por quarenta países, o grupo adotou o nome de "C40" e iniciou-se a sistemática de realização de oficinas para divulgação das melhores práticas.

Em 2011 formalizou parcerias com o Banco Mundial e o "ICLEI – Governos Locais pela Sustentabilidade" para acelerar a ação climática nas cidades por meio de financiamentos simplificados, e uniformização de notificações.

A rede formada pelo C40 facilita o diálogo entre as autoridades das cidades, construindo relacionamentos de confiança e assegurando que as ideias, soluções e licções fluam livremente criando uma competição saudável entre as cidades. O debate no âmbito da rede permite que as cidades adequem as ações a suas realidades e acessem parcerias estratégicas que garantem fontes e apoio técnico e financeiro. O resultado são ações mais ousadas, impactantes e implantadas rapidamente a custo menor do que se fossem implementadas de maneira isolada pelos municípios.

"C40" estabeleceu uma abordagem orientada por dados para identificar as áreas com maior potencial de impacto e riscos ambientais para garantir que os recursos sejam estrategicamente alocados às prioridades da cidade. Com base nessa análise, os esforços são focados em sete áreas: Adaptação e Água, Energia, Finanças e Desenvolvimento Econômico, Medição e Planejamento, Gestão de Resíduos Sólidos, Comunidades Sustentáveis e Transporte.

Participação do Município

Por fim, alguns governos locais podem atuar diretamente no sentido de adequar suas políticas públicas aos documentos internacionais, por opção política. Trazemos o exemplo do Município de Santos, no estado de São Paulo.

Na década de noventa do século passado, o governo municipal implementou políticas públicas habitacionais pró ativas de maneira independente. Inicialmente encaminhou as bases legais para que o poder público local pudesse enfrentar a situação e intervir na questão da falta de moradia.

A Lei Complementar nº 53, de maio de 1992, criou as “Zonas Especiais de Interesse Social” e desenvolveu critérios para o uso e ocupação do solo, “rompendo uma série de limites que dificultavam a iniciativa de famílias, comunidades e empresários no tocante à produção de habitações regulares a um custo menor”³⁰.

As Zonas Especiais de Interesse Social dividiam-se em três modalidades: ZEIS 1, composta de áreas ocupadas por população de baixa renda, onde houvesse interesse e condições para a promoção da regularização fundiária e melhorias urbanas, e construção de habitação e equipamentos sociais; ZEIS 2, composta por áreas delimitadas onde não existisse ocupação ou fossem subutilizadas, sem cumprimento da função social da propriedade urbana e que apresentassem condições para a implantação de empreendimentos habitacionais de interesse social. Havia a previsão da aplicação de imposto progressivo sobre a propriedade urbana e incentivos para a construção de moradias populares; ZEIS 3, composta por áreas deterioradas formadas por edifícios urbanos de ocupação multifamiliar, onde existisse condições favoráveis e interesse social na promoção de projetos habitacionais, com prioridade para os habitantes que já vivessem no local. A locação social era a principal forma de acesso à moradia prevista nas ZEIS 3.

Também foram criadas instâncias para garantir a participação popular, ampliando a atuação participativa e a governança, tais como as conferências municipais de habitação, o Conselho Municipal de Habitação e as Comissões de Urbanização e Legalização (COMULS), das ZEIS 1.

As COMULS, disciplinadas em lei até o presente, devem ser compostas por representantes do Executivo, Legislativo e de entidades civis, com o objetivo de acompanhar e fiscalizar a elaboração e implantação do Plano de Urbanização e Regularização Jurídica da respectiva área.

O Conselho Municipal de Habitação, formado por representantes da sociedade civil e do Poder Público, tem por objetivo aprovar, supervisionar e gerir normas e diretrizes para a aplicação dos programas habitacionais do Município, assim como fiscalizar a aplicação dos recursos do Fundo de Incentivo à Construção de Habitação Popular (FINCOHAP).

A cada dois anos acontece a Conferência Municipal de Habitação.

³⁰ CAPISTRANO, David. O poder local e a habitação popular. [HTTP://habitat.aq.upm.es/iah/ponenc/a002.html](http://habitat.aq.upm.es/iah/ponenc/a002.html). acesso em 04.10.2015.

Também houve a previsão no orçamento municipal de destinação para compor um “Fundo de Incentivo à Construção de Habitação Popular”, disciplinado pela Lei nº 1.519, de outubro de 1996, a ser constituído com recursos do orçamento municipal mas com possibilidade de receber verbas das outras esferas de poder. A idéia era que o Fundo promovesse programas habitacionais de interesse social e atuasse de forma rotativa, de sorte que financiasse projetos e também recebesse recursos daqueles que já tivessem sido beneficiados por seus recursos.

Após o fim desse governo, com a alternância de poder característica dos regimes democráticos, algumas dessas políticas foram abandonadas.

Conclusões

O direito internacional vem sofrendo uma mutação ao longo do tempo. Antes reconhecia somente os compromissos assumidos por Estados Nacionais, com obrigações recíprocas. Atualmente vem acolhendo a participação de entes subnacionais nos Tratados Internacionais, especificamente nos Tratados que versam sobre matéria ambiental, com recomendações, sem obrigações específicas. Essa mudança de postura vem atingindo resultados eficientes que talvez não fossem atingidos sob a perspectiva tradicional.

Essa participação ampliada, caracterizadora de governança, cresce na segunda metade do século passado e tem a Organização das Nações Unidas como indutora, na medida que convoca as Conferências e abre espaço para a participação de entes subnacionais e organismos da sociedade civil global.

As conferências ONU-Habitat, convocadas para discutir os problemas surgidos da extrema urbanização e conseqüente degradação da qualidade de vida global, caracterizaram-se pelo reconhecimento da importância da participação dos novos atores políticos.

As mega cidades associaram-se em rede na busca de troca de informações e experiências, bem como de facilidades no acesso à tecnologias sustentáveis e implementação dessas políticas.

Várias organizações não governamentais atuam na área de assentamentos humanos urbanos tanto na esfera global, participando das Conferências e reuniões preparatórias, como na esfera local, preparando e desenvolvendo projetos e ampliando a discussão acerca das políticas a serem adotadas.

Em menor escala alguns governos locais se movem no sentido de adequarem suas políticas às recomendações das Conferências. Constata-se que atualmente vige ainda uma espécie de “pensamento único”, o qual afasta e reduz a proporção de governos locais que optam por esse caminho. A ocorrência de uma crise financeira nos moldes da enfrentada atualmente, tem o condão de quase aniquilar esse tipo de proposta.

Sob esse aspecto, muito importante e necessária a participação local das organizações não governamentais que atuam efetivamente como ferramentas de

organização da sociedade civil, espaço para discussões plurais e elementos de pressão política sobre o poder instituído, na busca da construção de políticas públicas.

Normalmente a atuação da sociedade civil, se dá sob a forma de pressão política, por moradias ou melhores condições de vida urbana, por exemplo, caracterizando uma atuação dos governos locais por “indução”.

Assim, os Municípios atuam promovendo políticas públicas adequadas às recomendações das Convenções, construindo o direito internacional urbano “de dentro para fora”. Quando o fazem, podem fazê-lo de iniciativa própria, ou associados a outros entes da federação. Podem ainda adotar projetos já elaborados por ONGs ou assessorias e simplesmente implantá-los, ou acatarem propostas da sociedade civil organizada.

Nesse sentido, a adoção da Agenda Habitat pode ser utilizada como metodologia de implementação da participação do Estado para a garantia da cidadania, do direito à moradia e à cidade, da democratização e descentralização do Estado, de políticas públicas e do desenvolvimento econômico pelos poderes locais e de parcerias entre o Poder Público, os setores privados e as diversas organizações da sociedade.

REFERÊNCIAS:

- ANTONUCCI, Denise, KATO, Volia Regina C., ZIONI, Silvana, ALVIM, Angélica B.** UM-Habitat: 3 décadas de atuação. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/09.107/56>. Acesso em 14.09.2015.
- BIOCCA, Stella Maris.** *Derecho internacional privado*. 1ª ed. Buenos Aires: Lajouane, 2004.
- BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo.** International environmental governance. In: BEYERLIN, Ulrich; MARAUHN, Thilo. *International environmental law*. Hart Publishing, 2011, p. 243-264.
- BRASIL.** Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.html. Acesso em 04.10.2015.
- BROWNLIE, Ian.** *Princípios de direito internacional público*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.
- CAPISTRANO, David.** O poder local e a habitação popular. Disponível em: <http://habitat.aq.upm.es/iah/ponenc/a002.html>. Acesso em 04.10.2015.
- GONÇALVES, Alcindo.** *O conceito de governança*. Texto apresentado no XIV Encontro do Compedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2005.
- GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto F.** *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.
- KISS, Alexandre.** The implications of global change for the international legal system. In. WEISS, Edith Brown (ed.) *Environmental change and*

international law: new challenges and dimensions. United Nations University Press.

ROSENAU, James N. "Governança, ordem e transformação na política mundial". In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernest-Otto (eds.). *Governança sem Governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: EdUnB, 2000, p. 12-41.

SERAGELDIN, Ismail. O patrimônio cultural como um bem público. Análise econômica aplicada a cidades históricas. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (Ed.). *Bens públicos globais: cooperação internacional no século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2012.

VELASCO, Manuel Díez de. *Las Organizaciones Internacionales*. Undécima edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999. p. 38/40

<http://www.onuportugal.pt>. Acesso em 14.09.2015.

<http://www.c40.org>. Acesso em 07.10.2015.

<http://sams.iclei.org/quem-somos/o-iclei.html>. Acesso em 14.09.2015.

<http://www.righttothecityplatform.org.br/sobre-o-direito-a-cidade/?lang=pt>. Acesso em 14.09.2015.

TRABALHO ESCRAVO E PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE IMIGRANTES: UMA ANÁLISE DA REALIDADE BRASILEIRA

Slave labor and immigrants human rights promotion: analysis of the brazilian reality

MARCOS ANTÔNIO FERREIRA ALMEIDA
FRANCISCO DE ASSIS BARBOSA JUNIOR
MPT/ UNIFACISA
TRT-13ª Região

Sumário: 1. Introdução. 2. A situação do trabalhador migrante no mundo globalizado. 3.1. Mecanismos de combate ao trabalho escravo e promoção de direitos humanos de migrantes no Brasil. 3.2. Responsabilização do poder econômico relevante em cadeias produtivas. 3.3. Reconhecimento dos direitos sociais dos trabalhadores em situação migratória irregular. 3.4. Intensificação de mecanismos de cooperação judiciária 4. Considerações finais

Resumo: A globalização parece promover um desvanecimento das fronteiras atuais, trazendo significativas mudanças no manejo dos fatores de produção. As mudanças estruturais ocorridas no mundo contemporâneo fazem emergir um quadro de precarização das relações de trabalho a qual muitas vezes resulta na submissão de trabalhadores imigrantes a condições análogas à de escravo.

Neste campo, o Brasil tem obtido destaque, no âmbito internacional, em virtude de seu instrumental para combate ao trabalho escravo contemporâneo, destacando-se sua legislação penal e civil concernente. Contudo, a eficácia dos direitos humanos nas relações de trabalho hoje exige o envolvimento dos detentores de poder econômico relevante nas intercorrências precarizantes de suas cadeias produtivas.

Exsurge, destarte, medidas de *compliance*, traduzidas na necessidade de fiscalização de cadeias produtivas e no isolamento de infratores contumazes da legislação. Também a cooperação judiciária surge como forma de melhor adaptar o imigrante, ajudando a evitar a exploração predatória de sua força de trabalho.

O presente trabalho analisa as medidas adotadas no Brasil para promoção da cidadania e efetivação dos direitos fundamentais de trabalhadores imigrantes na conjuntura do atual mundo globalizado, visando a apontar soluções para a efetiva proteção jurídica do trabalho como direito humano e fundamental.

Palavras chave: direitos humanos; imigrantes; trabalho escravo; *dumping* social.

Abstract: Globalization seems to promote the fading of the current borders, making significant changes in the management of production factors. Structural changes in the contemporary world give rise to precarious labor relations which often results in the submission of immigrant workers to conditions analogous to slavery.

In this field, Brazil has achieved prominence at the international level, as a result of his instrumental to fight against modern-day slavery, especially concerning their criminal and civil law. However, the effectiveness of human rights in labor relations nowadays requires the involvement of relevant economic power holders in complications occurred in their supply chains.

In this reality arise compliance measures such as the need for supervision in supply chains and the isolation of legislation repeated offenders. Judicial cooperation also emerges as a way to better adapt the immigrant, helping to prevent the predatory exploitation of its workforce.

This paper analyzes the measures adopted in Brazil to promote citizenship and effective application of immigrant workers fundamental rights in the current globalized world situation, in order to identify solutions for improving mechanisms to ensure an effective legal protection of human work as a fundamental right.

Keywords: human rights; immigrants; slave labor; social *dumping*

1. Introdução

O presente trabalho analisa o fenômeno do trabalho escravo contemporâneo, envolvendo trabalhadores migrantes, notadamente os que se encontram em situação irregular, com destaque para as questões relativas à promoção da cidadania e dos direitos humanos no contexto do atual mundo globalizado.

Em um cenário de universalização da comunicação entre os povos, revolução tecnológica e diminuição das distâncias entre as pessoas, o fenômeno da globalização parece promover um desvanecimento das fronteiras atuais, trazendo significativas mudanças no manejo dos fatores de produção (especialmente o capital e o trabalho). O novo regime de acumulação capitalista e as mudanças estruturais ocorridas no mundo contemporâneo fazem emergir um quadro de precarização das relações de trabalho, marcado por uma busca desenfreada por lucratividade que, muitas vezes, resulta na submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo.

Por outro lado, os fluxos migratórios internacionais têm se intensificado cada vez mais nas últimas décadas, podendo ser desencadeados por diversos fatores, a exemplo de desastres ambientais, conflitos armados, perseguições de cunho político ou étnico, além da própria busca por melhores condições de vida. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), existem cerca de 232 milhões de

migrantes em todo o mundo, sendo 57 milhões a mais do que no ano 2000 (OIT, 2014). Embora não seja algo efetivamente recente, a migração vem ganhando novos contornos e facetas, sobretudo na hodierna conjuntura mundial, o que tem levado diversos países a adotar medidas em relação a esta questão, muitas vezes de caráter acentuadamente restritivo.

Nesse contexto, acentua-se a vulnerabilidade dos trabalhadores em situação migratória irregular, tornando-os mais expostos à exploração nas relações de trabalho. No Brasil, a prática do trabalho escravo e do tráfico de pessoas envolve, não raro, trabalhadores migrantes nestas condições.

Este breve ensaio visa, portanto, a fomentar a reflexão acerca do tratamento jurídico a ser conferido a esse fenômeno na contemporaneidade, sobretudo no tocante à violação dos direitos sociais do trabalhador migrante, de modo a apontar soluções para o combate ao trabalho escravo, sem olvidar da necessidade de extensão da proteção jurídica a todos os indivíduos inseridos no mercado de trabalho, a despeito de sua condição de permanência no país. Tais soluções podem trazer alterações significativas para a melhoria da vida dos migrantes em situação irregular, na medida em que ruboriza a proteção jurídica do trabalho como direito humano e fundamental.

2. A situação do trabalhador migrante no mundo globalizado

Fenômeno marcante desde o final do século XX, a globalização caracteriza-se por um conjunto de transformações na ordem mundial, relacionado ao acelerado processo de internacionalização econômica e financeira, bem como intenso desenvolvimento de novas tecnologias e universalização da comunicação entre os povos. Para VIEIRA (2009), o processo de globalização caracteriza-se pela crescente transnacionalização das relações econômicas, sociais, políticas e culturais ocorridas a nível mundial, principalmente nos últimos vinte anos. Para o autor,

A globalização implica uma nova configuração espacial da economia mundial, como resultado geral de velhos e novos elementos de internacionalização e integração. Mas se expressa não somente em termos de maiores laços e interações internacionais, como também na difusão de padrões transnacionais de organização econômica e social, consumo, vida ou pensamento, que resulta do jogo das pressões competitivas do mercado, das experiências políticas ou administrativas, da amplitude das comunicações ou da similitude de situações e problemas impostos pelas novas condições internacionais de produção e intercâmbio (VIEIRA, 2009, p. 77).

Com efeito, a integração econômica, política, social e cultural resulta, inevitavelmente, na mundialização do espaço geográfico, promovendo uma diluição das fronteiras nacionais, a refletir na própria mobilidade das pessoas. Ademais, tal como lembra SALADINI (2012), a revolução tecnológica acarreta, por sua vez, consequências nas questões ligadas ao mercado de trabalho, gerando reflexos nas

massas migratórias de trabalhadores, mediante busca pela colocação profissional. Tal fenômeno facilita, ainda, o trânsito de informações e de pessoas no mundo, influenciando diretamente nas migrações em geral.

Registre-se, ainda, o entendimento do filósofo catalão MAYOS (2012), que cunhou, com maestria, o termo “hiperglobalização”, a expressar o atual momento histórico vivenciado pela humanidade: um momento de aceleração demasiado rápida do processo de globalização. Neste processo de hiperglobalização, nunca antes vivido pelo homem, convivem culturas, ora em conflito, ora se misturando, mediante processo interativo que acaba favorecendo, ainda mais, a imigração.

O crescente fluxo de migrantes levanta diversos desafios para os países centrais, notadamente no tocante à imigração ilegal, ao modo de integração dessas pessoas às sociedades nacionais e ao reconhecimento de direitos e garantias individuais e sociais (SCHWARZ, 2009). Nessa quadra, muitos países vêm promovendo mudanças na sua legislação com o objetivo de conter os fluxos migratórios.

No âmbito da União Europeia, por exemplo, ganha relevo a Diretiva 2008/115/CE (denominada “Diretiva de Retorno”), que disciplina o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, fixando regras relativas ao período de detenção e à proibição de regresso ao território europeu. Nas palavras de LEITE (2010, p. 61), a União Europeia, através de tal diploma normativo, “parece querer ‘criminalizar’ o imigrante ilegal pelo simples fato de encontrar-se nesta situação, indo de encontro a um dos efeitos sadios da globalização, no caso, a possibilidade de integração e solidariedade de povos e culturas distintas”.

No Brasil, o fenômeno da imigração também passou a ocupar um lugar destacado nos debates jurídicos travados nos últimos anos. A entrada massiva de haitianos, sobretudo após o terremoto que provocou a destruição de seu país de origem, em 2010, tem provocado discussões efusivas acerca das consequências de sua presença permanente no território nacional. Não se pode olvidar, ainda, do significativo contingente de migrantes, sobretudo bolivianos, que se deslocam para o Brasil, principalmente para o Estado de São Paulo, no intuito de trabalhar no setor têxtil, muitas vezes submetidos a condições degradantes de trabalho. Todos esses fenômenos tencionam a aptidão do ordenamento jurídico brasileiro para tratar da questão migratória.

Na perspectiva da ordem jurídica brasileira, um migrante pode ser considerado em condição de irregularidade migratória quando não atende aos requisitos da legislação aplicável, especialmente a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), em relação à entrada, permanência e/ou atividades desempenhadas no território nacional (NICOLI, 2011a).

Elaborado antes da transição democrática brasileira, o Estatuto do Estrangeiro estabelece uma série de condicionantes com o objetivo precípuo de atender “à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos,

sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional” (art. 2º). Por ter sido concebido no período da ditadura militar, em que a noção de “segurança nacional” desenvolvia-se sob nítidas limitações democráticas, tem-se diploma legal de natureza restritiva em relação aos trabalhadores migrantes, a estabelecer, por exemplo, que o exercício de qualquer atividade remunerada está condicionado, necessariamente, à prévia autorização de trabalho por parte da autoridade competente (art. 98).

Na ordem juslaboral brasileira, também é possível encontrar dispositivos da mesma natureza. O art. 359 do Decreto-Lei nº 5.452/43, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estabelece que nenhuma empresa pode admitir, a seu serviço, empregado estrangeiro, sem que este comprove a regularidade de sua permanência, mediante exibição da carteira de identidade específica, devidamente anotada.

Tal como adverte NICOLI (2011a, p. 124),

a legislação brasileira ainda encampa uma postura de tratamento à imigração irregular como questão de mera repressão a infratores, mediante a imposição da penalidade de deportação, sem prever auxílio a possíveis vítimas, não expressando maiores preocupações com as proteções que garantam a condição de dignidade desses indivíduos que, por muitas vezes, por exemplo, são alvos de esquemas de tráfico de pessoas.

No entanto, em um cenário de intensa mobilidade humana e significativa desigualdade socioeconômica entre os países, o endurecimento das políticas migratórias não tem se mostrado eficaz para diminuir os fluxos migratórios. Ao revés, contribui apenas para acentuar a vulnerabilidade dos migrantes, tornando-os mais expostos à exploração nas relações de trabalho. De acordo com SCHWARZ (2009, p. 183), os imigrantes enfrentam o desafio de integrar-se a uma sociedade que muitas vezes reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada, o que leva a serem frequentemente explorados e discriminados, inclusive na esfera trabalhista. Para o autor,

A clandestinidade, por sua vez, acentua ainda mais a vulnerabilidade dos imigrantes, gerando maior insegurança quanto a seu estatuto, dependência total em relação ao empregador, submissão à arbitrariedade das autoridades e falta de procedimentos de recurso: os imigrantes irregulares ficam, assim, mais vulneráveis à exploração em todos os níveis e fundamentalmente à exploração laboral. (...) Nos países centrais, o escravismo contemporâneo está diretamente relacionado ao trabalho de imigrantes irregulares. Levados para os países centrais, muitos trabalhadores imigrantes em situação irregular são empregados clandestinamente no setor agrícola, no trabalho doméstico, na construção civil, etc., em situações de extrema vulnerabilidade.

O fenômeno da globalização vem promovendo, nessa quadra, um lastro de precarização das relações de trabalho, que, por vezes, se manifesta através da submissão de trabalhadores migrantes a condições análogas à de escravo.

3. Mecanismos de combate ao trabalho escravo e promoção de direitos humanos de migrantes no Brasil

De acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego no Brasil, nas duas últimas décadas, quase cinquenta mil trabalhadores já foram encontrados em situação de escravidão contemporânea (Ministério do Trabalho e Emprego, 2014). O trabalho escravo contemporâneo é bem diferente do regime de escravidão que existiu há séculos, em que uma pessoa tinha, por lei, direito de propriedade sobre outra. Atualmente, o trabalhador é considerado um item descartável, sendo imediatamente trocado por outro quando apresenta doença ou sofre algum acidente. Não se vê mais, hoje, as senzalas; elas deram lugar a barracos ou casebres improvisados, sem nenhuma condição para a higiene pessoal, sem segurança, sem o mínimo de conforto, sem água potável ou mesmo alimentação adequada. Naquela época, o escravo correspondia, portanto, a uma imobilização de capital, de tal sorte que "matá-lo seria o mesmo que um capitalista moderno, num momento de raiva e por capricho pessoal, incendiar sua fábrica em vez de fazê-la funcionar para dar-lhes lucros" (MARTINS, 1999; p. 158-159). Hoje, os trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravo estão inseridos em um contexto de acentuada vulnerabilidade social. Geralmente, constituem legiões de trabalhadores que, não possuindo outros meios para prover seu sustento e de suas famílias, vendem sua força de trabalho por preços irrisórios e em condições onde não lhes são garantidos os mais básicos direitos trabalhistas.

Entre as principais características do trabalho escravo contemporâneo, destacam-se: (i) ocorrência de aliciamento realizado pelos chamados "gatos" ou "coiotes", que recrutam trabalhadores em localidades distantes daquela em que ocorre a prestação de serviços, mediante falsas promessas; (ii) retenção das Carteira de Trabalho de todos os trabalhadores; (iii) total informalidade no vínculo dos trabalhadores; (iv) alojamentos precários, em barracos improvisados; (v) ausência de instalações sanitárias adequadas; (vi) falta de condições de higiene na preparação da alimentação; (vii) ausência de água potável; (viii) emprego de coação física, psicológica ou moral; (ix) impossibilidade fática de locomoção dos trabalhadores, considerando o isolamento geográfico; (x) regime de servidão por dívidas.

A escravidão contemporânea no Brasil não se consubstancia apenas em fenômeno ocorrido no âmbito rural. Verifica-se, a cada dia, um recrudescimento de formas urbanas de escravidão, a envolver, inclusive, trabalhadores em situação migratória irregular. Neste particular, cabe destacar, como dito, a entrada massiva de haitianos, sobretudo após o terremoto ocorrido em seu país de origem, no ano

de 2010, que, em virtude de sua acentuada vulnerabilidade social, acabam sendo submetidos, por vezes, a condições degradantes de trabalho, em alguns setores econômicos urbanos, a exemplo da construção civil.

Da mesma forma, ganha relevo o significativo contingente de migrantes, sobretudo bolivianos, que se deslocam para o Brasil, no intuito de trabalhar no setor têxtil, muitas vezes submetidos a jornadas exaustivas e condições degradantes de trabalho. Por estarem, na ampla maioria das vezes, em situação migratória irregular, tais trabalhadores são submetidos a constantes ameaças, no sentido de serem denunciados às autoridades competentes para o processo de deportação, o que perpetua a situação de extrema exploração.

O Brasil tem obtido destaque, no âmbito internacional, em virtude de seu instrumental para combate ao trabalho escravo contemporâneo. Nesse lastro, exsurtem ferramentas como a definição legal do crime de redução a condições análogas a de escravo, a instituição de um Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo, bem como a elaboração do Pacto Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo, que, dentre diversas medidas, contempla a noção de isolamento econômico do agente beneficiário de tal prática ilícita (MELO *et al*, 2015).

Com efeito, mais do que apenas delinear as principais características dessa prática no atual contexto das relações laborais brasileiras, é preciso analisar a acepção que tal expressão assume no ordenamento jurídico, tanto no plano internacional quanto sob o prisma da ordem jurídica interna.

De acordo com MELO (2006), a proibição internacional da prática da escravidão remonta ao ano de 1926, quando fora firmado, sob a égide da Liga das Nações (antecessora da Organização das Nações Unidas), o primeiro tratado internacional sobre o tema. O referido pacto internacional define escravidão como “o estado e a condição de indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, alguns ou todos os atributos do direito de propriedade”. Tal matéria também foi objeto de regulamentação no âmbito da Organização Internacional do Trabalho – OIT, notadamente através de dois tratados internacionais: as Convenções nº 29 e nº 105, ambas ratificadas pelo Brasil. De fato, a Convenção nº 29 da OIT, concernente a trabalho forçado ou obrigatório, designa “trabalho forçado ou obrigatório” o trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu espontaneamente (art. 2º).

Pelo que se depreende das disposições citadas acima, o trabalho escravo no plano internacional se vincula à compulsoriedade do seu exercício, dando relevo a aspecto relacionado à restrição da liberdade de ir e vir e a ausência de manifestação volitiva do indivíduo escravizado. Nesta concepção, a pessoa reduzida a condições análogas à de escravo é obrigada a trabalhar naquelas condições que se lhe são impostas, não podendo se negar à prática do trabalho.

Sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, não se utiliza a expressão “trabalho forçado”, mas sim o termo “trabalho em condições análogas à de

escravo". No que tange à regulamentação interna sobre o tema, sobretudo no plano da legislação infraconstitucional, vale destacar o advento da Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, que deu nova redação ao artigo 149 do Código Penal brasileiro, segundo o qual constitui crime, passível de pena de reclusão de dois a oito anos, "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". A nova definição legal, que veio substituir a lacônica e ineficaz redação original do art. 149 do CP, estabelece ainda que "nas mesmas penas incorre quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; ou 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".

Diante da aludida alteração legislativa, importante corrente doutrinária nacional passou a defender que a redução de trabalhadores a condições análogas à de escravo, no Brasil, teria feições diferentes daquelas preceituadas no plano internacional. Neste sentido, cite-se o entendimento de BRITO FILHO (2006, p. 129-130):

Verificando a nova redação do artigo 149 do Código Penal, observa-se que o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies. Não é somente a falta de liberdade de ir e vir, o trabalho forçado, então, que agora caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo, mas também o trabalho sem as mínimas condições de dignidade.

Deste modo, a previsão legal do trabalho em condições análogas à de escravo passa a contemplar, além da tutela do direito de locomoção do cidadão trabalhador, o conceito de trabalho em condições degradantes, tendo, portanto, havido um alargamento do conjunto de bens jurídicos protegidos pelo tipo penal. Neste sentido, "considera-se trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador" (BRITO FILHO, 2006, p. 137).

De fato, a simples leitura do tipo penal em comento faz perceber a preocupação do legislador brasileiro com a necessidade de se propiciar condições dignas de trabalho àquele que presta serviços de natureza subordinada. Neste sentido, a lei proíbe jornadas exaustivas, vedando, ainda, qualquer trabalho em condições que degradem o ser humano. Acerca do trabalho em condições degradantes, importa destacar a lição de ANDRADE (2005, p. 81), *in verbis*:

Trabalho degradante é, pois, aquele que priva o trabalhador de dignidade, que o rebaixa e o prejudica, a ponto, inclusive, de estragar, deteriorar sua saúde. Observe-se que mais uma vez o

princípio da dignidade serve como marco diferencial de situações fáticas. (...) Enfim, aquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador. Aquele que o faz submeter-se a condições indignas. É o respeito à pessoa humana e à sua dignidade que, se não observados, caracterizam trabalho em condições degradantes.

Deste modo, diferentemente do que se verifica em alguns diplomas normativos internacionais, a definição legal da escravidão contemporânea no Brasil não se restringe à limitação da liberdade de locomoção, passando a proteger, como bem jurídico, a própria dignidade do trabalhador e sua condição de ser humano.

Diante do contexto de exploração anteriormente apresentado, o combate à escravidão contemporânea vem demandando, no Brasil, a conjugação de esforços de todos os atores sociais engajados, direta ou indiretamente, na defesa e promoção da dignidade do cidadão trabalhador, ganhando especial destaque, neste aspecto, o papel do Estado nesta luta.

Com efeito, sobretudo nos últimos anos, o Estado brasileiro intensificou seus esforços no sentido de reprimir todo e qualquer tipo de exploração de trabalho escravo. Tal intervenção, cada vez mais eficaz nesta seara, somente restou possível em virtude de um trabalho coordenado entre os diversos organismos que se ocupam da prevenção e do combate ao trabalho escravo. Destarte, ainda na década de 1990, foi criado o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM para atuar diretamente na repressão dos casos denunciados de prática de trabalho escravo. Posteriormente, no ano de 2003, foi criada a Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), dotando o Estado e a sociedade de um instrumento mais ágil e eficaz para a coordenação do conjunto de políticas governamentais direcionadas ao combate do trabalho escravo.

Além disso, em 2004, foi criado um cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, popularmente denominado de “lista suja”. Tal cadastro contempla a relação de todos os empregadores que, comprovadamente, praticam trabalho escravo e que, por conseguinte, encontram-se proibidos de receber qualquer financiamento público ou oficial. O Brasil conta, ainda, com um Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, criado em 2003, e posteriormente atualizado em 2008, a estabelecer metas e mecanismos de cooperação para uma ação em rede, envolvendo órgãos estatais e a sociedade civil, no sentido de combater a escravidão contemporânea.

No entanto, diante da contumaz conduta de exploração ilícita do trabalho humano, lastreada na busca frenética pela ampliação de lucros a todo custo, mostra-se necessário identificar outras medidas capazes de combater, efetivamente, o trabalho escravo contemporâneo, e promover os direitos humanos dos trabalhadores, sobretudo aqueles em situação migratória irregular. Ç

3.1. Responsabilização do poder econômico relevante em cadeias produtivas

Dentre diversas outras mudanças decorrente do novo regime de acumulação capitalista, verifica-se um intenso processo de fragmentação produtiva e o advento de cadeias ou redes globais de produção e geração de valor. Esse novo contexto do modo de produção capitalista exige uma reflexão acerca da ocorrência de práticas precarizantes ao longo das cadeias produtivas. Com efeito, a responsabilização direta de grandes marcas e empresas que se encontram na ponta dessas cadeias constitui uma estratégia importante para a erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Nessa esteira, ruborizam-se, na Europa e Estados Unidos, orientações sobre compliance, traduzidas na necessidade de fiscalização de cadeias produtivas e no isolamento de infratores contumazes da legislação. A disseminação de boas práticas trabalhistas busca homogeneizar as regras do jogo econômico no cenário internacional, evitando o dumping social decorrente da realocação da produção (MELO *et al*, 2015).

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho, o trabalho digno nas cadeias produtivas (*supply chains*) será objeto de discussão geral durante a 104ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, a ser realizada em junho de 2016. O aludido órgão internacional já iniciou consultas regionais a países em desenvolvimento sobre a forma de garantir um trabalho digno na cadeia de abastecimento global, incluindo a identificação de experiências exitosas sobre a garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores em tais cadeias. A perspectiva é de criação de um novo diploma normativo internacional tratando da matéria, a implicar, inevitavelmente, a adoção, por parte dos países que a integram, de medidas administrativas e legislativas que importem na proteção jurídica diferenciada aos trabalhadores inseridos em determinada cadeia produtiva.

Não obstante, pelo menos até a efetiva reformulação da ordem jurídica internacional, calha identificar soluções a estabelecer que a eficácia dos direitos trabalhistas fundamentais passa, necessariamente, pelo envolvimento dos detentores de poder econômico relevante nas intercorrências precarizantes de suas cadeias produtivas. É que, sem olvidar da proteção jurídica do trabalho como direito humano, “não são apenas razões de ordem humanitária que empolgam o combate ao trabalho escravo; são, também, razões de ordem econômica: trata-se de proteger o empregador cumpridor da legislação da concorrência desleal de quem adrede a inobserva” (MELO *et al*, 2015).

No Brasil, tal perspectiva revela-se como produto de evolução jurisprudencial construída, sobretudo, a partir de teses do Ministério Público do Trabalho (MPT), instituição que, sobretudo após o processo de redemocratização brasileira, vem sendo percebida como essencial ao exercício pleno da cidadania, defensora da ordem jurídica trabalhista e promotora da justiça social. Tal

entendimento vem sendo corroborado por alguns setores do Poder Judiciário brasileiro, notadamente no ramo trabalhista. De fato, na jurisprudência brasileira, tornam-se cada vez mais comuns decisões que responsabilizam o tomador final do serviço, do ponto de vista civil e trabalhista. É o caso, por exemplo, de recente decisão tomada pela Justiça Laboral em São Paulo, que reconheceu a responsabilidade solidária da empresa Zara pela exploração em condições degradantes e jornada exaustiva de trabalhadores em uma oficina de costura terceirizada. Conforme assinala FABRE (2012), a Zara celebrou acordo através do qual, além de assumir o compromisso de rever suas posturas e de impor boas práticas a fornecedores de sua cadeia produtiva, a empresa passou a responder por multas caso suas auditorias falhem e a fiscalização estatal identifique ilicitudes trabalhistas em tal cadeia produtiva.

A possibilidade de responsabilização do poder econômico pela prática de trabalho escravo em sua cadeia produtiva traduz-se, portanto, em um novo paradigma para garantir efetiva implementação do trabalho decente diante do contexto empresarial contemporâneo e suas implicações no mercado global.

3.2. Reconhecimento dos direitos sociais dos trabalhadores em situação migratória irregular

O processo de globalização, já referenciado anteriormente, também gera, indubitavelmente, reflexos na própria ordem jurídica, de modo que o Direito do Trabalho acaba sendo o ambiente jurídico mais suscetível às transformações decorrentes do processo de globalização (GODOY, 2004).

No entanto, uma análise mais detida revelará que todas essas transformações, operadas no contexto contemporâneo do capitalismo, apenas ruborizam a necessidade de preservação do sistema jurídico de proteção ao trabalho, enquanto direito fundamental. Para DELGADO (2013, p. 84), a globalização e a contínua renovação tecnológica constituem fenômenos ainda em andamento, mas que não alteram, de modo significativo, os principais aspectos que deram origem e justificam a própria existência da proteção jurídica ao trabalhador. Na verdade, tais fenômenos têm exacerbado as tendências desigualitárias do sistema econômico capitalista, que se mostra "manifestamente incapaz de realizar qualquer coisa próxima à ideia de justiça social".

Nessa perspectiva, a regulação do sistema econômico e social contemporâneo, com especial destaque para o Direito do Trabalho, apresenta-se como medida fundamental para o aperfeiçoamento e preservação de sua própria existência, além de "garantir as correções necessárias para que o moinho implacável do mercado não conduza à exclusão e à entropia sociais". Portanto,

"a globalização, no fundo, acentuou a necessidade de preservação do Direito do Trabalho nos diversos países, ampliando ainda a necessidade de se criarem condições para que suas regras protetivas avancem inexoravelmente para todos os cantos da terra, de modo a

impedir estratégias de espoliação do ser humano em cantos longínquos do território mundial. *Mais* Direito do Trabalho - e não menos - é o que impõe a globalização, na verdade" (DELGADO, 2013, p. 85).

Se os influxos do atual sistema econômico neoliberal reforçam a importância dos mecanismos regulatórios de proteção aos trabalhadores em geral, tal proteção se mostra ainda mais necessária em relação aos trabalhadores migrantes, sobretudo aqueles que se encontram em situação irregular. Exsurge, nesse lastro, a problemática da inserção do trabalhador migrante dentro do sistema jurídico do Estado receptor, para fins de reconhecimento e garantia de direitos mínimos. De acordo com SALADINI (2012, p. 166),

"Um trabalhador que não consegue sua inserção dentro do sistema jurídico do país que o recebe é lançado na situação de abandono e miséria; sem documentos, não consegue remeter dinheiro para casa, nem abrir conta em banco, e fica mesmo impossibilitado de sair do país, porque, caso saia, não consegue mais retornar. Assim, foge da miséria em seu país para viver em condições ainda piores em um país estranho".

No campo da cooperação internacional, sobretudo dentro de um processo integrativo, parece salutar a tentativa de regulamentação da questão migratória, de modo a possibilitar certa uniformidade na interpretação e aplicação das normas correspondentes. No entanto, não se pode olvidar da garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos neste processo, a fim de evitar, em última análise, a ocorrência de um condenável tratamento discriminatório. Torna-se imperiosa, pois, a identificação das medidas que possibilitem o reconhecimento dos direitos sociais aos trabalhadores imigrantes, independentemente de sua condição de permanência no país.

No Brasil, o reconhecimento de direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados poderá resultar de significativa contribuição do próprio legislador pátrio. Na verdade, a inovação da disciplina constitucional brasileira, ao consolidar a proteção dos direitos fundamentais, consagrando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV da CF/88), torna absolutamente imperiosa a necessidade de revisão dos instrumentos normativos brasileiros.

Nessa perspectiva, merece destaque o Projeto de Lei nº 5.655/2009, que institui o Novo Estatuto do Estrangeiro, ainda em tramitação no Congresso Nacional. De acordo com a proposição legislativa, a política nacional de migração deve contemplar medidas capazes de "proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular" (art. 3º). Ademais, o aludido projeto de lei estende aos estrangeiros, independentemente de sua situação migratória, "os benefícios decorrentes do cumprimento das obrigações legais e contratuais concernentes à relação de

trabalho, a cargo do empregador”, bem como “as medidas de proteção às vítimas e às testemunhas do tráfico de pessoas e do tráfico de migrantes”.

Trata-se, portanto, de proposta legislativa mais aberta, verossímil e democrática no trato com os fluxos migratórios, a permitir que “os trabalhadores estrangeiros não documentados deixem de ser vistos, pelo Direito, como meros violadores da normativa migratória, mas como vítimas de uma cruel indústria que os ilude e se aproveita de sua condição de vulnerabilidade” (NICOLI, 2011a, p. 132). Não obstante, apesar de tramitar há mais de 5 (cinco) anos, ainda inexiste previsão concreta para a efetiva aprovação de tal proposição normativa.

A proteção aos trabalhadores migrantes também pode ocorrer, ainda, através da ratificação de tratados concebidos no plano internacional. Nesse lastro, ganha relevo a Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que contempla diversos direitos básicos do migrante, como saúde e o direito de não ser arbitrariamente expulso, além de vedar qualquer tratamento discriminatório em relação aos indivíduos em condição de regularidade migratória, de modo a garantir-lhes um tratamento não menos favorável do que aquele aplicável aos nacionais (art. 6º).

Tal diploma normativo deu significativo passo em direção à proteção do imigrante, mediante normatização expressa acerca da igualdade de tratamento do estrangeiro que adentra regularmente outro país para trabalhar. Embora não tenha enfrentado a questão do imigrante em condição de irregularidade (que, na atualidade, constitui a maior chaga da questão migratória), a Convenção 97 da OIT erigiu as diretrizes fundamentais do tratamento do trabalhador imigrante, que, posteriormente, geraram outros diplomas internacionais, além de recomendações, políticas e debates (NICOLI, 2011a, p. 61).

Ainda no campo do Direito Internacional do Trabalho, calha destacar a Convenção nº 143 da OIT, que estabelece a necessidade de respeito dos direitos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes. A referida convenção tem como grande diferencial justamente a extensão da proteção jurídica aos migrantes indocumentados, prescrevendo, por exemplo, que o trabalhador migrante, mesmo em caso de situação irregular, deverá beneficiar pessoalmente de tratamento igual no tocante aos direitos decorrentes de empregos anteriores, em relação à remuneração, à segurança social e a outras vantagens (art. 9º).

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), registre-se, ainda, o advento da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela correspondente Assembleia Geral no ano de 1990, embora tenha entrado em vigor apenas em 2003. Para LOPES (2009, p. 242), há significativo avanço promovido pela referida convenção, que se apresenta importante por “estabelecer uma codificação universal dos direitos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ONU, mais atualizada que as convenções da OIT”.

Com efeito, a aludida convenção internacional preceitua, em seu art. 25, que os trabalhadores migrantes devem se beneficiar de um tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos nacionais do Estado de emprego, em matéria de retribuição e outras condições de trabalho. Prescreve, ainda, a necessidade de adoção de medidas aptas a garantir que os trabalhadores migrantes não sejam privados dos direitos “em razão da irregularidade da sua situação em matéria de permanência ou de emprego”, asseverando, explicitamente, que “os empregadores não ficam exonerados do cumprimento de obrigações legais ou contratuais, nem as suas obrigações serão de modo algum limitadas por força de tal irregularidade”.

Como dito, as diretrizes defendidas por tais organizações internacionais implicam inevitavelmente na adoção, por parte dos países que a integram, de medidas administrativas e legislativas que importem na proteção jurídica aos trabalhadores migrantes, independentemente de sua condição migratória. Todavia, os diplomas normativos internacionais acima mencionados ainda não receberam massiva aceitação por parte de diversos países. No que concerne à Convenção nº 143 da OIT, por exemplo, verifica-se que o tratado ainda não foi ratificado pelo Brasil, e que, no âmbito da União Europeia, apenas 17% dos países integrantes do bloco ratificaram o diploma. Ademais, tanto o Brasil quanto os países da União Europeia não ratificaram a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.

Não obstante, pelo menos até a efetiva reformulação da ordem jurídica de tais países, através do advento de um novo diploma normativo ou mesmo ratificação das convenções internacionais mais relevantes sobre o assunto, cabe à comunidade jurídica, apresentando-se de forma mais arrojada do que aguardar a nova disciplina legal da matéria, identificar soluções hermenêuticas que possam contornar tal lacuna ou insuficiência legislativa. É preciso, pois, lançar mão de mecanismos hermenêuticos que possibilitem a extensão da proteção jurídica a todos os trabalhadores migrantes, indistintamente.

Exsurge, pois, a necessidade de utilização de processos exegéticos que considerem o substrato teleológico, nitidamente social, da própria ordem jurídica trabalhista, traduzido no estabelecimento do equilíbrio jurídico entre o capital e o trabalho. Nessa esteira, a doutrina juslaboral brasileira propõe uma específica teoria justrabalhista das nulidades, diferente daquela normalmente verificada no âmbito do Direito Civil. Assim, para o caso dos trabalhadores imigrantes, a irregularidade de sua condição migratória não impediria a incidência de efeitos jurídicos do contrato de trabalho. De acordo com DELGADO (2011), a teoria justrabalhista das nulidades decorre da inviabilidade fática, após a prestação de serviços, de reposicionamento das partes contratantes à situação anterior, uma vez que o trabalho já foi prestado e seu valor apropriado pelo tomador de serviços, criando uma situação econômica consumada, de franco desequilíbrio, que apenas pode ser

parcialmente corrigida com o reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador, sob pena de um imoral enriquecimento sem causa do tomador.

A busca de soluções hermenêuticas para o reconhecimento de direitos dos trabalhadores imigrantes indocumentados não pode prescindir, ainda, da análise dos princípios constitucionais, verdadeiros parâmetros de aferição da própria legitimidade da produção normativa do Estado. Para BONFIM (2008, p. 62-63), o pensamento jurídico contemporâneo confere aos princípios jurídicos *status* conceitual e positivo de norma jurídica. Os princípios são normas positivas, vinculativas, que têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como na interpretação “de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios mais abstratos”.

Na qualidade de normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica, geralmente relativas a direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas, tornando-se imperioso, pois, frisar a emergência de um modelo principiológico que, cada vez mais, confira-lhes uma condição central na estruturação do raciocínio jurídico, com reflexos diretos na interpretação e aplicação de um direito justo (FREIRE, 2008).

Entre os postulados informadores da interpretação e aplicação de todo o sistema normativo, merece destaque os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, verdadeiros cânones de grau constitucional que constituem, inclusive, fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II e IV da CF/88). A dignidade traduz-se em atributo que diferencia os homens das coisas, impedindo a descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos. O respeito a tal princípio, no âmbito das relações de trabalho, constitui fundamento da própria ordem juslaboral, como bem explica ALVARENGA (2009, p. 709):

“(...) o Direito do Trabalho surgiu para exaltar a dignidade da pessoa humana do trabalhador e como fonte de melhoramento da condição humana. Toda a humanidade necessita dos benefícios do trabalho regulado, do qual é mantida continuamente a vida humana. É o trabalho regulado e digno que integra o homem na sociedade e contribui para a plena realização da personalidade do ser humano”.

É preciso levar em conta, ainda, a valorização do trabalho humano como critério hermenêutico indispensável para análise da situação dos imigrantes em situação irregular. Na verdade, a afirmação do valor do trabalho digno nas principais economias capitalistas ocidentais desponta como um dos marcos da estruturação da própria democracia social do mundo contemporâneo, a ruborizar a necessidade de se assegurar, minimamente, as normas do Direito do Trabalho, sobretudo aquelas que garantem os direitos fundamentais de indisponibilidade absoluta. Assim, sob a perspectiva da pessoa humana que vive do trabalho, os direitos trabalhistas constituem “o principal instrumento de concretização dos princípios, valores e regras constitucionais da prevalência da dignidade da pessoa

humana, da valorização do trabalho e, particularmente, do emprego, da subordinação da propriedade à sua função social, da efetivação da justiça e da democratização da sociedade civil" (DELGADO, M; DELGADO, G., 2013. p. 49 e 182).

Ademais, o reconhecimento dos direitos dos imigrantes em condição irregular decorre da aplicação do vetusto princípio da igualdade. No Brasil, a Constituição Federal apresenta diversos dispositivos capazes de impedir a adoção de práticas discriminatórias em relação aos trabalhadores migrantes, independentemente de sua condição migratória. De acordo com o legislador constituinte, a República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), possui, como objetivos fundamentais, "construir uma sociedade justa e solidária", além de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, I e IV, CF/88). A Constituição Federal assevera, ainda, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, caput).

Assim, a fixação de políticas migratórias, por parte dos Estados, mesmo sendo manifestação de sua soberania, deve se lastrear em fins legítimos, não podendo violar direitos fundamentais, a exemplo do direito a não discriminação e à igualdade perante a lei (CAMPOS, 2007). Conforme assinalado por NICOLI (2011b, p. 369), "as sanções que a legislação migratória prevê são adstritas à questão da condição da própria imigração, não se impondo a privação de direitos trabalhistas como forma de punição à irregularidade migratória, ou mesmo como política de inibição".

A trilha hermenêutica proposta parece encontrar esteio em algumas decisões judiciais sobre o assunto, exaradas tanto no Brasil quanto no âmbito da União Europeia. Neste particular, cite-se o recente caso apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em que um cidadão de origem turca, apesar de não residir legalmente nos Países Baixos, pleiteou o direito de obter a garantia dos seus créditos salariais em caso de insolvência do seu empregador. Na oportunidade, o tribunal, interpretando o alcance das Diretivas 80/987 e 2008/94, entendeu pela existência, nos referidos diplomas, de uma finalidade social, a assegurar a todos os trabalhadores assalariados uma proteção mínima na União Europeia, em caso de insolvência do empregador, através do pagamento dos créditos resultantes de contratos ou de relações de trabalho.

De igual forma, é possível encontrar, na jurisprudência brasileira, algumas decisões sobre o assunto, conforme demonstra, ilustrativamente, o excerto a seguir transcrito:

"ESTRANGEIRO – SITUAÇÃO IRREGULAR – DIREITOS SOCIAIS

– A Constituição Federal de 1988 tem como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV). Do princípio da dignidade humana emanam todos os direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil

seja parte. Esses direitos são universais e se aplicam a todos os seres humanos, onde quer que se encontrem. O artigo 5º, *caput* da Constituição da República garante a igualdade de direitos entre os brasileiros e estrangeiros residentes no país, salvo as exceções expressamente previstas pela própria Lei Maior. Assim, independentemente da condição do estrangeiro no país, ele faz jus aos direitos sociais previstos no artigo 7º da Constituição Federal, sob pena de se criar odiosa discriminação, ensejar o enriquecimento ilícito do empregador e incentivar a prática de trabalho escravo por imigrantes”. [Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, RO 28491, DJ 20/05/2011].

Tais decisões alinham-se ao entendimento de que a situação migratória irregular não pode resultar na sonegação de direitos do trabalhador. Partindo da perspectiva dos direitos humanos e fundamentais, elas sinalizam que o recrudescimento da garantia formal de diversos direitos nas ordens jurídicas nacionais, decorrente do próprio processo de consolidação da democracia, não pode ser acompanhado da exclusão social de diversos grupos sociais, que acabam sendo privados de direitos essenciais, próprios da condição humana de que se revestem.

3.3. Intensificação de mecanismos de cooperação judiciária

De acordo com SARDETO e ROVER (2013, p. 190), a atividade jurisdicional vem já há algum tempo voltando-se para a cooperação, de modo que, na teoria processual vigente no Brasil, é possível identificar mecanismos de cooperação judiciária como a carta precatória (interna) e a carta rogatória (externa). No entanto, advertem os autores, “são mecanismos extremamente burocráticos, demorados e, por vezes, ineficazes”.

A cooperação judiciária, desde que executada a partir de parâmetros adequados, pode servir, portanto, como mecanismo importante de combate ao trabalho escravo e promoção dos direitos humanos fundamentais, sobretudo envolvendo trabalhadores imigrantes. É que, como dito, a escravidão contemporânea está, não raro, relacionada a uma rede de aliciamento, nos países de origem, capaz de recrutar trabalhadores imigrantes, mediante falsas promessas.

Nesse diapasão, foram aprovados, no Brasil, alguns acordos internacionais que tratam do tráfico ilícito de migrantes. É o caso, por exemplo, do Acordo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile, assinado em 16 de dezembro de 2004, e aprovado pelo Congresso Nacional somente seis anos depois, através do Decreto-Legislativo nº 568/2010. Tal acordo tem como objetivo “prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes, bem como promover a cooperação e intercâmbio de informação entre seus Estados partes com esse fim”. Trata-se, portanto, de importante avanço institucional no processo de prevenção e repressão ao tráfico de migrantes para fins de exploração do trabalho escravo.

Além de servir como instrumento de investigação e punição da escravidão contemporânea, notadamente quando verificada a existência de práticas ilícitas de espectro transnacional, a cooperação judiciária também deve ser vista como relevante instrumental para a melhoria da vida dos trabalhadores em situação migratória irregular, consoantes os preceitos constitucionalmente estabelecidos. De fato, conforme já consignado, a Carta Política Brasileira de 1988 elegeu como fundamentos do ordenamento jurídico pátrio a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Por seu turno, os artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, asseguram a prevalência do interesse social sobre o mero interesse particular do lucro, e o art. 193 assevera que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Tais princípios, *per se*, seguindo os escólios de Alexy, têm aplicação plena, da mesma forma que as normas-regra (ALEXY, 2011).

Estas normas, naturalmente, não se aplicam apenas aos cidadãos brasileiros ou imigrantes legalizados, mas, sim, a todos os trabalhadores, inclusive estrangeiros em situação migratória ilegal, que não podem ter sua condição humana aviltada em nenhuma hipótese, notadamente em prol do capital e tendo sua condição reduzida à de escravo. Contudo, tais conceitos são juridicamente indeterminados, e não poderia ser diferente, notadamente porque a percepção do que seja justo varia de acordo com a cultura de cada sociedade.

Como dito, o endurecimento de políticas migratórias tem se mostrado ineficiente para diminuir os fluxos migratórios. Nesta linha, em último estágio, elas apenas servem para discriminar e marginalizar os migrantes, facilitando a utilização de seu labor sob a forma de escravidão contemporânea, sem, por outro lado, levar ao impedimento de sua chegada ao território do país de destino. Assim, mister se faz a inserção do trabalhador migrante dentro do sistema jurídico trabalhista deste país, garantindo-lhe direitos mínimos. É que tal garantia reside num campo anterior e superior à própria regularização migratória, qual seja, o do respeito à dignidade humana.

Não obstante, a concepção do limite desta dignidade, assim como do que sejam direitos trabalhistas, na forma aludida, varia de acordo com a cultura do imigrante, sendo necessária entendê-la e considerá-la quando da atuação estatal no caso concreto de trabalho análogo ao de escravo. Olvidar esta variação cultural leva a uma caminhada em terreno pantanoso, onde se aplicariam normas sem se entender a real dimensão destas para o trabalhador, sem se saber se este efetivamente concorda com tais regramentos. Certamente, a vontade individual não pode ser obstáculo para a aplicação de normas como as ora em análise. Porém, a desconsideração desta pode ensejar a sensação pessoal de injustiça, onde o trabalhador se consideraria ultrajado por leis que buscam protegê-lo, o que, em último caso, pode provocar sua submissão reiterada e espontânea às mesmas

condições de escravo das quais foi resgatado, tudo por entendê-las normais e razoáveis.

Naturalmente, cada pessoa leva consigo os respectivos ordenamentos jurídicos de sua origem, sejam eles estatais, ou não, os quais consagram uma ordem de valores própria, ora congruente, ora dissonante em relação às demais. No processo de hiperglobalização, já referenciado, convivem culturas, ora em conflito, ora se misturando. Tal processo interativo acaba favorecendo a imigração, e é sentido de forma ainda mais acentuada pelo imigrante, o qual acaba sendo obrigado a submeter sua cultura a outra, impacto este de efeitos imprevisíveis na sua autoestima e respeito próprio.

Dentro desta realidade, surge, como elemento essencial de inserção destes trabalhadores, o mecanismo da cooperação judiciária, que não deve ser entendida apenas como mera colaboração entre tribunais, sendo mister adentrar em questões de antropologia cultural, como sugerido por CANOTILHO (2006). O conceito de cultura adotado pela antropologia cultural abarca um conjunto extremamente complexo, o qual inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes, e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.

Dentro deste contexto, o Conselho Nacional de Justiça brasileiro (CNJ) editou a Recomendação nº 38, de 03 de novembro de 2011, a fazer menção expressa aos mecanismos de cooperação judiciária europeus e ao sucesso do intercâmbio jurisdicional. Dita Recomendação acaba adentrando na questão da gestão judicial, ultrapassando a barreira tradicional do mero cumprimento de solicitações via cartas precatórias, e instaurando uma nova perspectiva para a cooperação judiciária.

Esta nova dimensão da cooperação judicial restou legislada na Lei n.º 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro. No art.26, II de tal diploma normativo, há previsão de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados. Por outro lado, o art.27, VI do novo CPC brasileiro permite o uso de qualquer medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira para efetivar a cooperação jurídica internacional.

Interpretar tais dispositivos, sob o prisma da cooperação judiciária tradicional, vale dizer, entendendo sua finalidade como relacionada exclusivamente com atos processuais vetustos, a exemplo do cumprimento de cartas rogatórias, mostra-se atemporal e desconectado com as necessidades hodiernas. Os instrumentos “clássicos” não mais se apresentam suficientes para enfrentar as atuais relações institucionais judiciárias, notadamente no que concerne ao trabalho dos imigrantes, levando-se uma interpretação sistemática destes dois dispositivos a esta conclusão.

Nesse diapasão, a assistência judiciária garantida legalmente vai além da mera oferta de um profissional advogado aos estrangeiros. Ela deve ser mais

ampla, com atuação proativa do juiz nacional na busca de melhor entender a cultura do imigrante, assim como as leis de seu país de origem, sendo essencial, para tanto, a cooperação do Poder Judiciário deste. Esta cooperação aqui não se resumiria, por exemplo, a uma mera pesquisa na ficha criminal do imigrante ou algo similar, mas, além disso, numa atuação conjunta dos juízes dos dois países na busca de uma solução justa para a situação do imigrante, a qual lhe preserve os direitos humanos mínimos, sem mácula à legislação do país onde ele se encontra. Este nível de cooperação parece transparente quando se constata a citada permissão legal para utilização de medidas judiciais e extrajudiciais em nível de cooperação judiciária, desde que não seja ferida a lei brasileira.

Vale dizer, a defesa da dignidade do trabalhador estrangeiro, inclusive aquele em situação migratória irregular, não se resume à mera aplicação pura e simples da legislação do país de destino, mas, sim, na aplicação desta de forma mitigada, cotejada com a do seu país de origem. Conforme assinala HESPANHA (2013, pp. 235-236),

verifica-se hoje, na verdade, o ocaso do velho catálogo estadualista das fontes de direito, em que a lei figurava como a única fonte direta e imediata, substituído por um outro em que aparecem novas formas de manifestação direta de direito – supranacional, uma nova versão *lex mercatoria*, agora identificadas com as normas que presidem ao mundo globalizado dos negócios, e outras formas de autorregulação, como os códigos de boas práticas, as normas prudenciais, as normas técnicas, as *regulae artis*, etc. Tudo isto, no âmbito de um mundo globalizado e organizado em vários níveis.

Assim sendo, apenas um maior diálogo entre juízes e poderes judiciários diversos poderá nos possibilitar uma melhor compreensão dos fatos e uma aplicação efetivamente justa do direito.

Destarte, e considerando a necessidade desta aplicação conjunta de ordenamentos jurídicos distintos, a cooperação judiciária hoje se mostra essencial para a proteção efetiva do trabalhador em situação migratória irregular, sendo difícil se chegar a uma solução realmente justa com a atuação solitária de um magistrado nacional. O caminho ora trilhado pela legislação brasileira acaba por tornar a cooperação judiciária como elemento efetivo, presente e necessário para a correta atuação estatal na busca da realização de justiça no caso concreto destes trabalhadores.

4. Considerações finais

Independentemente de sua motivação – ato voluntário, catástrofes climáticas ou mesmo vulnerabilidade econômico-social no Estado de origem -, os fluxos migratórios vem se tornando cada vez mais frequentes, a ensejar uma reflexão acerca dos mecanismos necessários para evitar a submissão de

trabalhadores migrantes à escravidão contemporânea, permitindo, ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos sociais àqueles encontrados nesta situação.

De fato, o trabalho em condições análogas à de escravo consiste em uma chaga aberta na sociedade brasileira. Através de tal prática, são desrespeitados os mais básicos princípios jurídicos, em absoluta afronta à dignidade do cidadão trabalhador. Daí a importância de se discutir o fenômeno do trabalho escravo no atual contexto das relações laborais, em todas as nuances que a complexidade da temática impõe. A criação de mecanismos de efetivo combate ao trabalho escravo é, portanto, conduta que não pode ser entendida senão sob a ótica da realização dos direitos humanos fundamentais consagrados, de forma enfática, na Constituição da República do Brasil e em diversos diplomas internacionais.

Imperioso, por outro lado, desenvolver uma abordagem capaz de preservar os direitos humanos dos trabalhadores migrantes, ainda que em situação irregular, já submetidos à escravidão contemporânea, instituindo-se um contraponto a uma postura de repressão exclusiva que, não raro, apenas acentua a condição de vulnerabilidade desses trabalhadores.

Da mesma forma, tendo em vista os influxos do processo de globalização, e considerando a necessidade de aplicação conjunta de diversos ordenamentos jurídicos distintos, a cooperação judiciária mostra-se, atualmente, como mecanismo importante para erradicação do trabalho escravo e proteção efetiva do trabalhador em situação migratória irregular.

A erradicação do trabalho escravo e a garantia de direitos humanos ao trabalhador estrangeiro, independentemente de sua condição migratória, exigem soluções dessa natureza, capazes de assegurar adequada proteção jurídica do trabalho como direito humano e fundamental. Na aplicação do direito, já não se comporta apenas o substrato da lei e o garantismo judicial, devendo haver conjugação de significados de amplitude social, econômica e moral, mediante meios capazes de gerar, além da reparação do injusto, a construção de uma cidadania respaldada em critérios de evolução social e desenvolvimento sustentável no campo econômico e político (SAKO; HACKRADT, 2007). Assim, a comunidade jurídica deve, a partir de uma compreensão do que se revela verdadeiramente justo e socialmente consolidado, promover a adequação dos conceitos insertos em determinado ordenamento jurídico às transformações vivenciadas pela coletividade nos últimos tempos. Se é certo que ao exegeta não é dado criar o direito, não é demais dizer que ele pode aplicá-lo de maneira criativa, para, distanciando-se dos paradigmas tradicionais, conferir efetividade ao ordenamento jurídico no qual se encontra inserido.

A erradicação da escravidão contemporânea e a promoção de direitos humanos dos trabalhadores migrantes reclamam, da comunidade jurídica, uma postura progressista e sensível ao quadro de exclusão social muitas vezes vivenciado por tais obreiros. A acomodação de muitos em relação ao tema deve ceder lugar a uma postura proativa, lastreada em novos paradigmas e valores, no

intuito de encontrar soluções criativas e arrojadas, capazes de garantir, de modo concreto e eficiente, os direitos humanos desses trabalhadores, e evitar – na medida do possível – a ocorrência de um censurável tratamento discriminatório.

O desafio está posto e impõe respostas que não prescindem de uma postura construtiva e inovadora, apta a esquadriñar o papel do aplicador do direito como genuíno protagonista do processo de concretização dos direitos humanos e consequente promoção da justiça social. Só assim se conseguirá promover a cidadania a nível mundial, alcançando o patamar civilizatório mínimo que deve permear todas as relações de trabalho, e atendendo, em última análise, objetivo essencial de efetiva construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, 2ª ed.
- AMARAL, Arnaldo José Duarte do. **Concretização da justiça em um mundo hiperglobalizado**. In: Revista TRT da 13ª Região, João Pessoa, n. 20, 2015.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Hermenêutica Jurídica e Direitos Humanos Sociais do Trabalhador**. In: Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 6, jun, 2009.
- AUDI, Patrícia. **A escravidão não abolida**. In: Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. Gabriel Velloso, Marcos Neves Fava, coordenadores. São Paulo: Ltr, 2006.
- BONFIM, Thiago. **Os princípios constitucionais e sua força normativa**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- CAMPOS, Bárbara Pinowsca Cardoso. **O tráfico de pessoas à luz da normativa internacional de proteção dos Direitos Humanos**. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, ano 7, v.7, n. 7, 2006/2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancos” e Interconstitucionalidade: Itinerário dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Funções do Direito do Trabalho no capitalismo e na democracia**. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2013.
- _____. **Curso de Direito do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2013.

- FABRE, Luiz. **Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: o princípio do non-revoulement e a teoria da cegueira deliberada.** In: Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, Ano XXII, n. 44, set. 2012, p. 44-61.
- FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais.** Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil.** Londrina: Humanidades, 2004.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Terão Os Juízes Voltado ao Centro do Direito?** In: Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, tomo LXII, n 332, p. 225-254, mai-ago 2013.
- LEITE, Rodrigo de Almeida. **Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Européia frente à Diretiva de Retorno.** In: Revista Espaço Acadêmico, n. 108. mai/2010.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.
- MARTINS, José de Souza. **A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação.** In: Comissão Pastoral da Terra. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- MAYOS, Gonçal. **Macrofilosofía de la globalización y del pensamiento único, Una macroanálisis para el "empoderamiento.** Barcelona: Editorial Académica Española, 2012.
- MELO, Luís Antônio Camargo de. **Ação coletiva no combate ao trabalho escravo.** In: Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho. JUNIOR, José Ortêncio Ribeiro; et. al (org.). São Paulo: Ltr, 2006.
- MELO, Luís Antônio Camargo de; FABRE, Luiz Carlos Michele; et al. **O novo direito do trabalho: a era das cadeias produtivas.** In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. (org.). Estudos aprofundados do MPT, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015.
- NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro.** São Paulo: LTr, 2011.
- _____. **Trabalhador imigrante em condição de irregularidade: as sanções do Estatuto do Estrangeiro brasileiro e a abordagem baseada em direitos da OIT.** In: Revista de Direito Brasileira , v. 1, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Migración Equitativa: un programa para la OIT - Informe del Director General.** Ginebra: 103ª Conferencia Internacional del Trabajo, 2014.

SAKO, Emilia Simeão Albino; HACKRADT, Hermann de Araújo. **Interpretação das leis: argumentar, construir e inovar.** *In*: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, Natal, vol. 14. n.1, dez/2007.

SALADINI, ANA PAULA SEFRIN. **Trabalho e Imigração: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais.** São Paulo: LTr, 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, out/2009.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**, 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

LEI DO FEMINICÍDIO: PARA QUEM E PARA QUÊ? UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Law femicide: for whom and for what? approach to constitutional

MISAEEL NETO BISPO DA FRANÇA¹

LUIS EDUARDO LOPES SERPA COLAVOLPE²

Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves considerações acerca do feminicídio; 2.1. casos e estatísticas; 3. O (suposto) caráter preventivo do direito penal e o senso comum teórico; 4. O expansionismo penal; 4.1. A ideologia da defesa social; 4.2. A racionalidade penal moderna e os discursos de emergência; 4.3. O direito penal simbólico e o feminicídio; 5. A seletividade do sistema penal; 6. A (in) compatibilidade do feminicídio com um direito penal constitucionalizado; 7. Conclusão; 8. Referências

Resumo: O presente trabalho tem como objeto discutir a eficácia da lei penal como política pública de redução da violência de gênero no Brasil. Para tal, trazemos à baila o novel diploma infraconstitucional 13.104/15, que incluí o homicídio praticado contra a mulher em razão da sua condição de gênero ou se ocasionado por violência doméstica no rol de homicídios qualificados.

Palavras chave: Feminicídio – Direito Penal Subsidiário – Expansionismo Penal

Abstract: This paper aims to discuss the effectiveness of criminal law as reduction public policy of gender violence in Brazil. For this, we bring the new infraconstitucional law 13.104/15, that includes the murder committed against women because of their gender condition or caused by domestic violence in the list of qualified homicide

Keywords: femicide – criminal Law subsidiary - Expansionism criminal

¹ Bacharel e Mestre em Direito na UFBA – Universidade Federal da Bahia, Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário Jorge Amado e da Faculdade Ruy Barbosa, Ex -Perito da Polícia Civil/Bahia, Advogado Criminalista.

² Acadêmico de Direito e Membro associado do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

1. Introdução

Em tempos de ultra-penalização e retomada da expansão retributiva, o legislador pátrio justificou acaba de anunciar a criação da lei 13.104/2015, a Lei do Feminicídio.

Como objetivos declarados, o novel diploma infraconstitucional, traz a prevenção ao homicídio de mulheres em razão do gênero. Para tal, se utiliza do recrudescimento das penas para aquele que praticar esta conduta.

Porém, um dos efeitos colaterais de medidas desse tipo, é o avanço do processo de expansionismo penal, que conduz o Estado Social Constitucional para um Estado Penal de Emergência. Neste, garantias processuais e constitucionais são flexibilizadas em razão de trazer uma resposta a sociedade e estabelecer uma suposta paz social.

Com isto, faz-se necessário indagar sobre a simbiose entre a política criminal de gênero e o direito penal subsidiário no Brasil, a fim de que, no afã de coibir práticas discriminatórias, não sejam suprimidos direitos e garantias fundamentais de há muito conquistadas.

2. Breves considerações acerca do feminicídio

Antes de tecer qualquer consideração acerca do feminicídio, é de grande valia diferenciá-lo do feticídio, este estaria representando apenas a morte de uma mulher, ignorando as suas motivações.

Descrito na lei 13.104/2015, conceitua-se por feminicídio, o homicídio que é cometido contra a mulher em razão do gênero ou se ocasionado por violência doméstica, desta forma acrescentando as condutas descritas no rol das qualificadoras do homicídio.

Existem ainda hipóteses de aumento de pena, para a conduta acima mencionada, trazida pelo novel instituto. Anota-se aqui, o homicídio de parturiente de até três dias, contra vulneráveis, sejam eles menores de catorze anos ou maiores de sessenta anos, assim como deficientes, e também homicídios praticados na presença de ascendentes ou descendentes da vítima.

Nesta linha, vale mencionar, que o feminicídio não se trata de uma inovação do legislador brasileiro, pelo contrário, embora o projeto de lei tenha sido originado na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência Contra a Mulher, países como Colômbia, Guatemala e Peru já tipificaram a conduta do feminicídio em seus ordenamentos jurídicos.

2.1. Casos e estatísticas

Como já mencionado anteriormente, o Estado brasileiro desponta quando se trata de violência de gênero, em especial contra a mulher. Um dos fatores que contribui para isso é o forte traço machista de grande parte da sua população.

Neste esboço, cabe colacionarmos alguns números que trazem informações, acerca da violência contra a mulher, para que melhor possamos compreender as motivações do legislador pátrio em acrescentar o sobredito instituto no *codex*.

Segundo estudo³ realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no período de 2009 a 2011, a cada cem mil mulheres, em média 5,82 são assassinadas em função do gênero⁴, ressalte-se que este número chega a alcançar a marca de 6,92 na região nordeste e de 11,24 no caso do Espírito Santo.

Ainda neste levantamento, calcula-se que cinquenta por cento dos feminicídios foram praticados com armas de fogo, vinte e nove por cento destes sucederam-se nos domicílios das vítimas e quarenta e oito por cento das vítimas possuíam baixo grau de escolaridade.

Cabe, também, trazer a lume o *leading case* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Maria da Penha Maia Fernandes x Brasil, que embora o crime não obteve o resultado morte, este se torna paradigmático no âmbito da violência doméstica, um dos principais fatores para a ocorrência do feminicídio.

Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de assassinato por parte de seu marido, da primeira com disparos, em um assalto simulado, e da segunda, com choques elétricos, agressões que deixaram seqüelas tornando-a paraplégica.

Com o risco de prescrição processual, causada pela ineficiência do sistema judiciário, esta recorreu a comissão interamericana que por sua vez recomendou ao

³ Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf> acesso em 06 10 2015.

Dados do Ligue 180 (Presidência) de 2013 a 2014 houve aumento de: 20% violência sexual, 18% estupros, 50% cárcere privado, 82,53% incide em relações heteroafetivas, 42,93% todos os dias, 32% risco de homicídio, 23,59 risco dano psicológico, BA 7º lugar em registros 4.615.

⁴ Milton Severiano Vieira foi autuado por homicídio triplamente qualificado, caracterizado por motivo fútil e por impossibilitar à vítima a chance de defesa, por feminicídio (desde março, a lei 13104/15 define como crime hediondo a morte violenta de mulheres por motivo de gênero). Ele responde também por porte ilegal de arma de fogo e roubo, já que, depois do crime, ele levou o carro de um prestador de serviços que realizava manutenção em câmeras de segurança instaladas na residência.

Foram justamente essas câmeras de segurança que registraram o momento em que Vieira agrediu e matou Amanda. O vídeo, afirmou o delegado, foi anexado aos autos, ao contrário do que argumentava a defesa de Milton, alegando que as imagens não tinham validade como provas do crime e teriam sido obtidas de modo ilegal. "As imagens já foram juntadas nos autos e uma cópia do vídeo também, via DVD. Não tem nada de ilegal", ressaltou Cardoso.

Amanda era ex-dançarina dos grupos de funk Gaiola das Popozudas e Jaula das Gostozudas e seguia trabalhando no Rio para ajudar financeiramente a família em Goiás. Ela deixou uma filha de 11 anos, Emily, que vivia com a avó. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/04/23/mp-deve-receber-amanha-relatorio-sobre-morte-da-dancarina.htm>> acesso em 08 10 2015

Brasil que tomasse medidas para a redução da violência doméstica, desta forma o governo apresenta a lei 11.340/2006 intitulada, Lei Maria da Penha.

3. O (suposto) caráter preventivo do direito penal e o senso comum teórico

Nesta senda, se questiona acerca do caráter preventivo da pena, mais especificamente da prevenção geral negativa. Isto porque tal teoria, trazida originalmente por FEUERBACH, aduz que as penas proporcionadas pelo Estado, provocariam temor nos indivíduos e conseqüentemente, evitaria as condutas desviantes.

Deste entendimento diverge Juarez Cirino dos Santos. Este compreende que a idéia de prevenção geral negativa não se sustenta, apontando em sua tese a razão da aludida ineficácia, senão vejamos.

A crítica da prevenção geral negativa destaca a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos, conforme indicam a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e a nocividade das penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno. Aliás, afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade) da punição que pode desestimular o autor a cometer crimes⁵

Por conseguinte, sob a ótica de um Direito Penal subsidiário ou Direito Penal a *ultima ratio*, modelo adotado no Brasil, também não há o que se falar em prevenção geral negativa do Direito Penal, levando em consideração que, como se sabe, a pena, não ostenta nenhuma potencialidade intimidatória idônea.

No que pertine ao tema corrente não é simplesmente através do incremento da vingança pública (por meio do agravamento da pena) que haverá redução nos índices de homicídios contra as mulheres, o que faz refletir sobre a busca de solução, na busca da prevenção extra-penais.

Contudo, observa-se uma manipulação ideológica do Direito Penal, com fins de infundir ao coletivo o discurso retributivo. Tal difusão se dá a partir da construção de um senso comum teórico.

Warat define senso comum teórico da seguinte forma: “É o discurso Kelseniano, tornado senso comum, que influi para que o jurista de ofício não seja visto como um aplicador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais.”⁶

Observa-se assim, que a criação deste chamado senso comum teórico é um dos elementos geradores de um efeito paralisante, no que tange a evolução do direito, em face das transformações sociais.

⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p.427

⁶ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.30

Há duzentos e cinquenta anos atrás, Beccaria, em seu livro mais famoso intitulado “Dos Delitos e das Penas”, já demonstrara que a prevenção geral negativa não surtiria efeito algum, haja vista as (absurdas) penas corporais da Idade Média.

No entanto, em pleno século XXI, percebe-se um movimento ascendente na doutrina pátria (justamente por encontrar guarida nos setores políticos e judiciário), em prol do recrudescimento das penas.

Exemplo disso são as medidas propostas pelo Ministério Público Federal (MPF) para o combate a corrupção no Brasil. Trata-se de dez medidas, que o MPF empenha-se para implantar na legislação brasileira, contudo todas as essas são pautadas em enrijecimento das penas, inclusive incluir também o crime de corrupção no rol de crimes hediondos⁷.

4. O expansionismo penal

Jesús-Maria Silva Sanchez se refere a expansão penal como um fenômeno cunhado a partir do final do século XIX com o final do processo de globalização econômica e supra nacionalização política através do qual foram encurtadas distâncias entre os diversos continentes.

Hassemer e Conde, por seu turno, pontificam que:

A explosiva mescla de grandes “necessidades de atuação” social, de fé quase cega na eficácia nos meios jurídico-penais e nos déficits enormes que logo têm esses instrumentos quando se aplicam na realidade, pode fazer surgir o perigo de que o Direito Penal viva da ilusão de solucionar realmente seus problemas, o que a curto prazo pode ser gratificante, mas a longo prazo é destrutivo.⁸

Claus Roxin, no mesmo diapasão, referiu-se ao futuro do Direito Penal como o momento em que este se agigantaria deixando a sua função de *extrema ratio*, e passando a assumir a primeira instância do controle social, com o que passar-se-ia a ter um Direito Penal de *prima ratio*.

Neste sentido,

[...] os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados.⁹

⁷ Compreendem-se por crimes hediondos, os crimes que segundo o poder legislativo possuem maior reprovabilidade, estes são estipulados em rol taxativo e regidos pelos ditames da Lei 8.072/1990, lei esta que impõe condições mais severas para o cumprimento da pena e aquisição de benefícios.

⁸ HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. La responsabilidad por el producto em Derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch. 1995, p.33

⁹ ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-30.)

Neste processo de expansão surgem novos bens jurídicos, novas formas delitivas e novos sujeitos do crime (a coletividade como vítima dos crimes vagos, empresas *offshore* criadas para lavagem de capitais, cybercrimes etc.), o que provoca um sentimento de pânico na sociedade contemporânea que, mergulhada em um mar de incertezas, a luz do que pontificou Bauman, passa a exigir do poder público, soluções para o referido sentimento de medo.

Nesse contexto é comum que os indivíduos se agrupem em categorias segregadas por um critério de distinção (idosos, comunidade LGBT, crianças e adolescentes) que passam a reivindicar seus direitos como agrupamentos vitimizados, ao que Silva Sanchez denomina de gestores atípicos da moral.

Concorda-se aqui com Lênio Luiz Streck, ao aduzir

Ou seja, para discutir a problemática da mulher temos que situar o problema no contexto de uma sociedade díspar como a nossa, com um direito como o nosso, “construído/formatado”, no mais das vezes, pelo *lobby* das elites, as quais, em face da crescente violência urbana, “se indignam no varejo e se omitem no atacado”.¹⁰

Misael França, em dissertação de Mestrado, registra:

Aduziu-se que a pós-Modernidade encontra-se imersa em um mar de ameaças que são fruto do próprio progresso das sociedades pós-industriais. Consistem no ônus que, inevitavelmente, acompanha os benefícios da evolução social. A estreiteza da distância entre os diversos pontos do globo, como consequência dos processos de globalização econômica e supranacionalização política, permitiu maior contato entre os povos, satisfazendo os anseios dos Estados envolvidos e da política liberal-econômica.¹¹

No Brasil, podem ser citados como fruto desse fenômeno a publicação da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), esta última de grande importância, como já dito anteriormente, para a análise do tema em questão.

O congressista brasileiro, não poupou esforços no sentido de endurecer, isto é, de conferir maior severidade, no tratamento penal dos agressores no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. O que se agravou com a publicação da Lei 13.104/2015, intitulada de Lei do Feminicídio.

Tenta-se, mas uma vez, reduzir o problema da criminalidade de gênero desnaturando um subsistema jurídico, que por questões de princípios clássicos, tem-no como a última instância do controle social. É dizer, o Direito Penal se expande assumindo uma feição de *prima ratio*, para fazer frente aos clamores das vítimas e suas famílias no âmbito da violência doméstica.

¹⁰ STRECK, L.L. Criminologia e feminismo. In: Carmen Hein de Campos (org) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina. 1999, p. 97

¹¹ FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Imputação Individual de Crimes Ambientais Societários: Um Estudo sob o prisma do garantismo penal. 2012. 216 f. dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2012.

Não se quer aqui diminuir a gravidade, de um problema tão sério que é o de homicídio de mulheres unicamente por questões de gênero, mas discutir a sua solução por meio do sistema punitivo, com o fito de propor alternativas que procurem proteger a categoria em apreço sem lançar mão da violência pública institucionalizada.

É sabido, que a pena não consegue cumprir com as suas funções declaradas, inclusive a de prevenção geral negativa, então, neste sentido a de criticar uma política criminal que procure resolver o problema da violência de gênero criando uma qualificadora para homicídio, e aumentando o rol dos crimes hediondos; mesmo porque a lei Maria da Penha, nove anos antes, já havia recrudescido o tratamento para o sujeito ativo de crimes semelhantes, e no entanto não foi capaz de reduzir, pelo menos em grande medida, a violência de gênero¹²

Neste diapasão, cabe registrar que

O discurso que defende a função retributiva da pena argumenta que é legítimo o papel conferido ao sistema penal de castigar os infratores via privação de direitos, em especial a privação de liberdade. Contudo, a crítica dirigida à função retributiva da pena afirma que esse papel é indemonstrável, pois a natureza subjetiva da vontade do apenado, que é indevassável, inviabiliza qualquer possibilidade de constatação sobre a “realidade” da purgação da culpa.¹³

(...)

Resta, ainda, o discurso que defende a função de prevenção geral da pena: argumenta que a sanção e a execução penais desestimulariam a prática do crime, pelo menos na proporção da certeza da punição. Contudo, segundo o discurso crítico à prevenção geral, o desestímulo ao crime pela intimidação merece duras críticas por conta de dois problemas imediatos: (1) pode transformar-se em terrorismo estatal, porque a prevenção geral não é limitada por critérios bem definidos, como acontece com a punição; (2) e pode violar o princípio da dignidade humana, porque o condenado é punido para servir de exemplo e influenciar a coletividade, ou seja, o sofrimento de um indivíduo é intensificado para influir no comportamento de outros.¹⁴

Desta forma, não resta dúvidas que a expansão do Direito Penal, não se trata de um acontecimento gerado pelo acaso, mas sim, percebe-se a grande influência

¹² No mesmo estudo do IPEA que forneceu os dados para a CPMI da violência contra a mulher, consta uma avaliação dos impactos da Lei Maria da Penha. Chama a atenção que apesar de no primeiro ano notar-se uma pequena redução nos índices de violência doméstica, nos anos subseqüentes os mesmos voltam aos patamares anteriores, chegando até mesmo a ultrapassá-los

¹³ SOARES, L.E; GUIDANI, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.131

¹⁴ Ibidem, p.132

política e ideológica que lastreia este fenômeno, de modo a perceber que este fundamental para a manutenção do *status quo* e da suposta "ordem social.

4.1. A ideologia da defesa social

BARATTA observou a Ideologia da Defesa Social através de seis princípios, estes baseiam e legitimam a ambição punitiva estatal face aos "comportamentos socialmente negativos", são eles: O princípio do bem e do mal; Princípio da culpabilidade; Princípio da Legitimidade; Princípio da igualdade; Princípio do interesse social e do delito natural; Princípio do fim ou da prevenção.

Neste diapasão, para melhor compreender o objeto da discussão deste trabalho, faz-se mister trazer a lume os estudos realizados por Alessandro Baratta no que diz respeito a ideologia da defesa social, em especial no que tange ao princípio do bem e do mal, o princípio do interesse social e do delito natural e o princípio do fim ou da prevenção; vejamos.

Princípio do Bem e do Mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinqüente é um elemento negativo e desfuncional do sistema social.

O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade o bem¹⁵

Contudo, não há a mais que se falar neste princípio após os estudos de Emile Durkheim e a sua teoria estrutural-funcionalista do desvio e da anomia, que demonstrará que o desvio, em verdade, é algo natural na sociedade. Porém ao se utilizar de pueril maniqueísmo, no intuito de justificar a elaboração de novas leis penais, incide-se em inegável retrocesso.

Para Alessandro Baratta, o princípio do interesse social e do delito natural, consiste em uma ofensa ao interesse fundamental da coletividade, sendo "os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos"¹⁶

Outrossim, sabe-se há muito, que tratando-se de matéria penal, existe um verdadeiro abismo entre os objetivos declarados e os seus objetivos reais, não sendo estes comuns todos.

O princípio do fim ou da prevenção já foi exaustivamente trabalhado e refutado neste trabalho, de modo que, para evitar repetições, reserva-se a não mais tratá-lo neste tópico.

4.2. A racionalidade penal moderna e os discursos de emergência

A sociedade contemporânea vive sobressaltada com a avalanche de notícias relacionada a delitos e aos elevados índices de delinqüência. É fato que muito desses índices, são criados e amplificados por setores da imprensa sensacionalista, por interesses meramente mercadológicos, na escalada da concorrência pela elevação da audiência. Por outro lado, há interesses eleitoreiros na divulgação do crescimento da criminalidade como bandeira de determinados partidos políticos preocupados tão somente em angariar votos.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.42

¹⁶ Ibidem, p.42

Constata-se que a sociedade contemporânea no panorama de riscos, perde-se diante das incertezas sobre o que e como fazer para diminuir a sensação de medo que lhe retira o horizonte de segurança. É o que Bauman denominou de sociedade de incertezas atordoada diante do medo líquido, isto é, um medo sem forma, e portanto sem uma solução plausível de controle.

Assim passa-se a acreditar no Direito Penal e em tudo que vem com ele (novos delitos, mais viaturas, mais policiais, a construção de mais presídios), como se esta fosse a solução para a disformia da contemporaneidade.

Álvaro Pires, refere-se ao problema do suposto aumento da criminalidade contemporânea como “racionalidade penal moderna”, o que tem legitimado discurso de perfil claramente anti-garantista como o Direito Penal do Autor, Direito Penal de emergência, movimento lei e ordem e Direito Penal do Inimigo.

A maneira de pensar o sistema penal assumirá no ocidente uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento a partir da segunda metade do século XVIII. Trata-se de um sistema de pensamento liga a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como “justiça penal” ou “criminal”, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei de “racionalidade penal”, produz um ponto de vista que contribui para construir um subsistema jurídico específico, o sistema penal moderno, e para justificar a forma específica que ele assume¹⁷

Ricardo Cappi, discorrendo sobre o autor em comento, assevera que

O conjunto das idéias que caracterizam a RPM sustenta respostas estatais aos crimes essencialmente pautadas em seu teor aflitivo, tendo a privação de liberdade como expressão características. Em outras palavras, a resposta prevista frente à transgressão é obrigatoriamente punitiva excluindo, por isso mesmo, respostas que não sejam de natureza aflitiva. A valorização do castigo e da sua severidade traduz um apoio irrestrito à exclusão social inerente à privação de liberdade em detrimento de medidas alternativas de resposta ao crime, que se tornam assim impensáveis nesse sistema de pensamento.¹⁸

Mariana Possas, sobre os efeitos da Racionalidade Penal Moderna (RPM) na política do país, argumenta:

¹⁷ PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, O Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**. nº68, março 2004, p. 40

¹⁸ CAPPI, Ricardo. “Maneiras de Pensar” o controle e a justiça Penal: Uma análise dos Discursos Parlamentares sobre a Redução da Maioridade Penal. In: Luiz Carlos Lourenço e Geder Luiz Rocha Gomes (org.). **Prisões e Punição: No Brasil Contemporâneo**. Salvador: Edufba. 2013, p. 129-130

Em certos casos, as teorias da pena são atualizadas para “apoiar” ou para “acompanhar” as comunicações de protesto ou de reivindicação. É o que acontece nos casos de comunicações dos movimentos sociais ou dos meios de comunicação de massa. Em outros casos, esse sistema de ideias é atualizado para apoiar ou para acompanhar (ou reagir contra) certas decisões tomadas em algumas organizações (o Parlamento, os tribunais, a administração penitenciária, etc.)¹⁹

Normalmente o discurso da racionalidade penal moderna vem acompanhado de uma corrente de pensamento que procura legitimar a vingança privada, em verdadeiro resgate de épocas remotas em que se trocava “olho por olho, dente por dente”.

Compreende-se esta forma de pensar, se consideradas as incertezas apontadas por Bauman como características da contemporaneidade, dentre elas as dúvidas e o descrédito que pairam sobre a (in) eficácia do poder público no combate a impunidade.

O que os adeptos da racionalidade penal moderna olvidam, é que seu discurso compõe uma espiral da violência que, não necessariamente, ataca as raízes da delinquência, oferecendo tão somente respostas sintomatológicas para a questão, o que, por conseguinte, expõe ainda mais o bem jurídico tutelado e perpetua a sensação de medo na sociedade.

4.3. O direito penal simbólico e o feminicídio

Em uma sociedade alarmada pelos (supostos) elevados índices de criminalidade, o Direito Penal surge como o antídoto certo para o arrefecimento dos ânimos. Tem sido assim, pelo menos no contexto de políticas criminais como da “tolerância zero” e do “direito penal do inimigo”.

O direito penal, então, é erigido como um símbolo da atuação estatal no combate à criminalidade. A mídia sensacionalista em muito contribui para isto, sobretudo quando se verifica sua ligação com manobras eleitoreiras que se beneficiam da simbologia em questão.

Dito de outra forma, os críticos argumentam que a exigência incondicional da prevenção acaba subordinando o sistema penal a manobras arbitrárias do poder e que a erosão do direito penal democrático somente poderia ser evitada pelo abandono das atribuições preventivas do direito penal simbólico, em favor de formas adequadas de governo, nas áreas dos direitos civis e sociais.²⁰

¹⁹ Disponível em:

http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_&gid=1851&Itemid=229 > acesso em 07 10 2015

²⁰ Soares, L.E; Guidani, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.133

O discurso é inflexível e alienante. Se a quantidade de crimes está aumentando, não há outra solução senão conchamar o subsistema punitivo para oferecer sua resposta mais drástica, através da pena.

A contundência e violência de tal forma de pensar é tamanha, que a população é levada a crer que a justiça só é feita e a impunidade contida se o suspeito do cometimento do crime estiver atrás das grades.

Sim. A prisão, como resposta penal por excelência, ganha status de eficiência e competência do Estado-juiz, olvidando-se de princípios clássicos como da presunção de inocência e todos os influxos de um sistema processual penal acusatório.

A prisão e tudo o que se liga ao Direito Penal são símbolos de uma racionalidade que atribui a este subsistema jurídico o controverso caráter de *prima ratio*, com isto gerando maior violência que aquela causada pelo delito.

Cabe aduzir, com Soares e Guindani, que

Nos termos dessa perspectiva crítica, os discursos que legitimam as funções preventivas (especial e geral) do sistema penal ou da justiça criminal vem reforçando o “direito penal simbólico”, cuja aplicação redundaria em políticas de criminalização da pobreza. Em outras palavras, as políticas criminais estariam focalizando os setores vistos como aqueles mais problemáticos da sociedade, para os quais o Estado não pareceria interessado em oferecer soluções alternativas, via políticas sociais, restando, portanto, soluções penais simbólicas. Esse sistema criminal, dito simbólico, estaria incidindo na psicologia popular, produzindo efeitos de legitimação do poder político e do próprio direito penal. A legitimação do poder político ocorreria nesse sentido, pela ostentação de eficiência repressiva, a qual tenderia inclusive a proporcionar vantagens político-eleitorais.²¹

A grande questão é saber se esta forma de encarar os fatos, socorrendo-se, quase que unicamente, da pena, reveste-se de idoneidade no que tange a atacar as causas do incremento da criminalidade contemporânea.

Nesta senda, cabe registrar o entendimento de Cabette sobre a lei do feminicídio como exemplo de um Direito Penal simbólico e sua (falta de) eficácia:

O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940, com a edição do Código Penal brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação, a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a

²¹ ²¹ Soares, L.E; Guidani, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.132-133

pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide art. 121, §2º, I, in fine, do CP).²²

E continua o autor:

A grande questão que se impõe é: Para que serve, então, o alardeado "feminicídio"? E a resposta clara e evidente é: Para nada! Após o advento do "feminicídio", o que melhorará na vida das mulheres em risco de sofrerem violência ou mesmo serem assassinadas por seus algozes? Rigorosamente nada! O que era um crime qualificado continua sendo e a pena continua a mesma.²³

Bourdieu, tratando do poder simbólico, aduz que

Do mesmo modo que o verdadeiro responsável pela aplicação do direito não é este ou aquele magistrado singular, mas todo o conjunto de agentes, freqüentemente postos em concorrência que procedem a detecção e à marcação do delinqüente e do delito, assim também o legislador não é o redactor da lei mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e constrangimentos associados as suas posições em campos diferentes (campo jurídico, e também campo religioso, campo político etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a "fazê-la avançar"²⁴

Há um aspecto que merece análise, atinente ao postulado da proporcionalidade. Em outras palavras, convém confrontar o Direito Penal simbólico com os influxos da proporcionalidade, a fim de indagar se aquele é coerente com um Estado Social Democrático de Direito.

Sabe-se que a proporcionalidade pode ser tripartida em necessidade, adequação e em sentido estrito, a teor das contribuições de Alexy, repetidas por Ávila no Brasil. Argumenta-se que proporcionalidade-necessidade quer dizer à eleição de meios menos ofensivos a um direito fundamental, dentre aqueles disponíveis.

Proporcionalidade-adequação, por seu turno, consiste na aferição da capacidade que o meio eleito tem para atingir seu objetivo, isto é, seu caráter idôneo. De outra banda, proporcionalidade em sentido estrito seria a ponderação de interesses em conflito no caso concreto, o que os norte-americanos denominariam de razoabilidade.

A inidoneidade da pena e do Direito Penal já fora denunciada pelos abolicionistas e por defensores da criminologia crítica, céticos quanto ao cumprimento das suas funções declaradas, e aqui se destaca a função de prevenção geral negativa.

Se, por um lado, existe um discurso inerente à racionalidade penal moderna, de atribuir um caráter simbólico ao Direito Penal, por outro existe, pelo menos dentro

²² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: aprovada a lei nº 13.104/2015 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 91, p.35, abr./mai. 2015

²³ Ibidem, p.36

²⁴ BOURDIEU, PIERRE. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 247-248

da academia, correntes que defendem formas menos severas de controle social, com aptidão mais clara para a solução da delinquência, posto que de características etiológicas.

5. A seletividade do sistema penal

Nesta seara, não se pode negligenciar, o caráter seletivo do Direito Penal, em especial na sociedade brasileira. Sim, a criminalização secundária para as classes subalternas é uma realidade incontestável.

Zaffaroni e Nilo Batista, tratando de seletividade do sistema criminal lecionam que:

Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo a comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um estereótipo no imaginário coletivo.²⁵

Vive-se, cada vez mais intensamente, uma transformação do pretense Estado social, para um Estado Penal ou nas palavras de Sebastian Scheerer, Estado penal de Emergência, porém questiona-se quem são e de que forma se processa este encarceramento.

Estudos desenvolvidos nas academias brasileiras demonstram que o Direito Penal pátrio tem sua clientela bem definida. Antes da análise dos dados, convém registrar lamentável episódio ocorrido, paradoxalmente, em uma instituição de ensino superior do Brasil.

Chegou às redes sociais uma mensagem de cunho racista, asseverando que lugar de negro não seria na tal universidade, mas no presídio.

O fato é patentemente fútil, mas isso não lhe tira a relevância para o tema em análise, sobretudo no tópico atinente à seletividade do sistema penal brasileiro.

A fala ofensiva retrata uma realidade triste na sociedade brasileira. Grande parte dos encarcerados é formada por homens de origem humilde, entre os 18 e 39 anos e negros. Sobre isso, leciona Loïc Wacquant:

No plano mais baixo da escala social, o encarceramento serve para neutralizar e estocar fisicamente as frações excedentes da classe operária, notadamente os membros despossuídos dos grupos estigmatizados que insistem em se manter “em rebelião aberta contra seu ambiente social” – para retomar a provocativa definição de crime, proposta há um século por W.E.B. Du Bois em *the philadelphia negro*²⁶

Há informações a respeito no Núcleo de Estudos da Violência da USP, sob a responsabilidade do professor Sérgio Adorno.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.46

²⁶ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 3 ed. rev. ampl. Tradução. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.16

A constatação remonta à estrutura classista da sociedade, pautada na exclusão dos desiguais, denunciada por Carl Marx em "O Capital".

O Direito Penal retrata esta desigualdade de classes e, seguindo as linhas traçadas por Foucault, representa bem o seu papel numa sociedade desigual, quando segrega aqueles que não podem conviver entre os "iguais".

A política criminal de gênero no Brasil, mais especificamente com a lei do feminicídio, estimula, ainda mais, esta seletividade, contribuindo para o encarceramento das camadas mais pobres da população brasileira.

Isto mostra-se evidente, visto que as estruturas das agências de persecução penal estão direcionadas a determinado estrato social. Vejamos, mais uma vez as Lições de Zaffaroni e Nilo Batista.

(...) a muito limitada capacidade operativa das agências das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas.²⁷

Assim, esta seletividade, fruto do próprio Direito Penal e que é hodiernamente reforçada pelas legislações de emergência, exerce o seu papel real, de criminalizador da pobreza, haja vista o desmonte do Estado social e a ampliação da vigilância sobre estes.

6. A (in) compatibilidade do feminicídio com um direito penal constitucionalizado

Entende-se que o Direito Penal, a fim de se compatibilizar com os ditames constitucionais, necessita ser mínimo, devendo seus aplicadores observar os direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo do delinqüente, como sujeito hipossuficiente na persecução criminal.

A idéia encontra lastro no que Carbonell denominou de neoconstitucionalismo, isto é, uma forma de revalorizar as normas constitucionais e recolocar a Constituição Federal no posto de principal lei do ordenamento jurídico ocidental contemporâneo.

Sendo assim, não há falar em um Direito Penal submetido à Constituição, se aquele não respeitar todos os influxos do Estado Constitucional de Direitos, zelando pela efetivação plena da dignidade da pessoa humana, para onde se deve convergir todos os subsistemas jurídicos e todas as atuações do poder público.

Neste sentido, a atuação do direito penal precisa demonstrar coerência com uma série de princípios clássicos da pena, muitos previstos nos textos constitucionais, outros, embora implícitos, oriundos da própria alma da Lei Fundamental.

É assim com o postulado da proporcionalidade, que mereceu análise breve em linhas acima.

²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.44

Observa-se que, como se disse, este postulado exige do poder público de punir uma atuação necessária, adequada e razoável, em abono dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana em questão.

Neste aspecto, cabe indagar, em alusão às lições de Cabette, se uma qualificadora para o homicídio quando praticado por questões de gênero é necessária. Ora, diante da previsão do “motivo torpe”, não se verifica qualquer novidade na política criminal feminista de 2015.

De outra banda, o subprincípio da adequação resta comprometido, tendo em vista que, como sabido e consabido, a pena e o Direito Penal, já faz algum tempo, não cumpre suas funções declaradas de prevenção geral ou especial, evitando tanto a reincidência quanto o cometimento de delitos por parte da sociedade, sob a ameaça da reprimenda.

Há, ainda, que se perquirir a respeito da total falta de razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito) na lei 13.104/2015, no que tange à ausência de ponderação entre os direitos fundamentais em tela. O que se nota é a configuração de um Direito Penal do autor, tendo em vista que o feminicídio passou a ser crime hediondo (lei 8.072/90), cujo grau de severidade põe em xeque outras garantias constitucionais, como a individualização e humanização da pena, bem como a própria noção de dignidade da pessoa humana.

Observa-se a ofensa que a lei em tela provoca à Constituição Federal de 1988, quando se revela claramente desproporcional.

Cabe, ainda, aduzir que esta falta de proporcionalidade do legislador brasileiro de 2015 lesiona, não somente a CF/88, mas também todo o conjunto de normas internacionais protetoras dos direitos humanos, ratificadas pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica, que alude, expressamente, à necessidade de individualização da pena.

Vale dizer que esta individualização deve ser observada pelo juiz da condenação, pelo juiz da execução e, antes deles, pelo legislador, quando do processo de elaboração das leis.

7. Conclusão

A forte ascensão dos discursos de emergência, em especial no âmbito do Direito Penal tem trazido enormes prejuízos na seara das garantias, conseqüentemente, pondo em xeque princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao adotar os discursos de emergência como base para criação de leis penais, o legislador não se compromete a tratar os problemas estruturantes da criminalidade, como os conflitos sociais, mas sim trava uma verdadeira cruzada contra os seus efeitos, ou seja, trata as conseqüências, mas não as causas.

Percebe-se que no Brasil, principalmente a partir da década de 1990, a edição de diplomas com características do Direito Penal simbólico, tem se tornado cada vez

mais freqüentes. Isso demonstra grave retrocesso legislativo, como se fosse possível encontrar uma solução miraculosa através do expansionismo penal.

Nesta senda, restou provado que a necessidade da inclusão do instituto do feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro é, nada menos do que nula, haja vista que nenhum dos objetivos declarados pela lei, podem ser, de fato, cumpridos. Desta forma, conclui-se que o feminicídio nada mais é do que mais um instrumento do processo de subversão da ordem jurídica pela ordem política, trazendo uma alta carga ideológica e características inquisitoriais, nas quais reduz o Direito Penal a uma mero instrumento para a política populista.

8. Referências

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011
- BOURDIEU, PIERRE. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: aprovada a lei nº 13.104/2015 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto no solo brasileiro. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 91, p.31-57, abr./mai. 2015
- CAPPI, Ricardo. "Maneiras de Pensar" o controle e a justiça Penal: Uma análise dos Discursos Parlamentares sobre a Redução da Maioridade Penal. In: Luiz Carlos Lourenço e Geder Luiz Rocha Gomes (org.). **Prisões e Punição: No Brasil Contemporâneo**. Salvador: Edufba. 2013
- DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. rev. ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- FRANÇA, Misael Neto Bispo da. Imputação Individual de Crimes Ambientais Societários: Um Estudo sob o prisma do garantismo penal. 2012. 216 f. dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2012.
- HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **La responsabilidad por el producto em Derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch. 1995, p.33
- PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, O Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**. nº68, março 2004, p 39-60
- ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOARES, L.E; GUIDANI, M.K.A. Aspectos babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho; Jean-François Y. Deluchey; Marcus Alan de Melo Gomes (coord.) **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

STRECK. L.L. Criminologia e feminismo. In: Carmen Hein de Campos (org) **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina. 1999

WACQUANT, Loïc . **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3 ed. rev. ampl. Tradução. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan,2007

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan,2011

REFERÊNCIAS DA INTERNET

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf

http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_&gid=1851&Itemid=229

O ESTADO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS- UM NOVO PARADIGMA?

Social State and social rights - A new paradigm?

MARIA MANUELA MAGALHÃES SILVA¹

DORA RESENDE ALVES²

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

Sumário: Introdução; 1. O Estado Social; 2. A estrutura da Constituição Portuguesa quanto aos direitos fundamentais; 3. Os direitos sociais na Constituição Portuguesa; 4. No direito da União Europeia; 5. A vivência dos direitos fundamentais. Conclusão.

Resumo: O ideal do Estado Social só surgiu com o final da II Grande Guerra, portanto, nos anos 50 do século XX. Ideal esse que foi resultado das consequências das duas grandes guerras e pela situação dos Estados nesse contexto. Com a mudança de paradigma, de um Estado abstencionista para um Estado intervencionista as Constituições passaram também a consagrar uma nova geração de Direitos fundamentais, os Direitos sociais em sentido amplo, que exigem a intervenção do Estado para se efetivarem, que de um modo geral constam de normas programáticas, não exequíveis por si mesmas.

Após o avanço histórico de consagração de direitos sociais nos textos constitucionais, deparamos no século XXI com um contexto generalizado de crise económica e social na Europa em que os Estados têm dificuldade em cumprir as regras fixadas nas suas Constituições e satisfazer o respeito pelos Direitos sociais.

Atendendo ao texto da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) e à atuação do Tribunal Constitucional português, foca-se a atenção na vivência feita dos direitos sociais, sem esquecer a menção aos textos europeus mais relevantes, com especial atenção para a relevância jurídica da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, e sua presença na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹ Doutora em Direito. Professora Associada. Membro integrado e Investigadora principal do Instituto Jurídico Portucalense (IJP) da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, investigadora associada do Centro de Investigação em Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal – CIDEEFF, da Faculdade de Direito de Lisboa e investigadora colaboradora do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Comparados – CEPCC, da Universidade Autónoma do Chile.

² Mestre e doutoranda em Direito. Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Palavras chave: estado social; direitos fundamentais; direitos sociais

Abstract: The ideal of the welfare state only came up with the end of World War II, so in the 50s of the twentieth century. Ideal one that was a result of the consequences of two world wars and the situation of the States in this context. With the paradigm shift, an abstentionist state to an interventionist state constitutions also came to consecrate a new generation of Fundamental rights, social rights in the broad sense, requiring state intervention to take place, which generally contained programmatic standards, not achievable for themselves. After the historic breakthrough social rights consecrated in constitutional texts, faced in the twenty-first century with a general context of economic and social crisis in Europe that states have difficulty complying with the rules laid down in their constitutions and meet respect for social rights. Given the text of the Portuguese Constitution of 1976 (CRP) and the actions of the Portuguese Constitutional Court, the attention focuses on the experience made of social rights, not forgetting to mention the most relevant European texts, with special attention to the legal significance of the EU Charter of Fundamental Rights, after the entry into force of the Treaty of Lisbon, and their presence in the Court of Justice of the European Union.

Keywords: social state; fundamental rights; social rights

Introdução

A questão é controversa e atual face à conjuntura de crise económico-financeira em que se encontram todos os Estados e a própria União Europeia. Nos últimos anos, deparamo-nos com a situação de os Estados não disporem de condições para atingir ou preencher as necessidades da coletividade. Neste contexto, os Estados não têm condições para concretizar plenamente os direitos sociais, não obstante as Constituições darem uma relevância enorme a esta categoria de direitos (especificamente, a Constituição portuguesa³ e também a

³ A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 2 de Abril de 1976, na redacção que lhe foi dada pelas sete revisões constitucionais: Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro (DR n.º 227); Lei Constitucional n.º 1/89 de 8 de Julho; Lei Constitucional n.º 1/92 de 25 de Novembro; Lei Constitucional n.º 1/97 de 20 de Setembro; Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de Dezembro (DR n.º 286, p. 8172); Lei Constitucional n.º 1/2004 de 24 de Julho (DR n.º 173, p. 4642) e Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto (DR n.º 155, p. 4642). É o sexto texto fundamental português. Antes: a Constituição de 23 de Setembro de 1822; a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826; a Constituição de 4 de Abril de 1838; Constituição de 21 de Agosto de 1911; e a Constituição de 11 de Abril de 1933.

Constituição espanhola⁴). Os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, eventualmente com a necessidade de reafirmação, quando colocados perante a posição dos direitos, liberdades e garantias, mas, ainda assim, verdadeiros direitos fundamentais, porque consagrados nos textos constitucionais e como tal com valor supra-legislativo.

O Estado social é dinâmico e, hoje em dia, é de temer que face ao espectro de austeridade e da necessidade de uma melhor gestão se coloquem em causa as regras constitucionais conformadoras deste tipo de Estado.

Manter-se-á o paradigma do Estado Social inalterado? Ou, por outro lado, os seus contornos terão que se ajustar aceitando que, pelo menos como forma de ultrapassar a crise económico-social generalizada na Europa, terão que ser admitidas algumas limitações ao exercício dos Direitos sociais?

São pois estas questões que pretendemos aflorar.

1. O Estado Social

O ideal do Estado Social só surgiu com o final da II Grande Guerra, portanto, nos anos 50 do século XX. Ideal esse que foi resultado das consequências das duas grandes guerras e pela situação dos Estados nesse contexto. Naquela época histórica ocorreu um duplo fenómeno de estadualização da sociedade e de socialização do Estado, isto é, por um lado, o Estado começou a sentir necessidade de intervir na sociedade para satisfazer as necessidades da coletividade e, por outro lado, foram os próprios cidadãos que, individualmente ou em conjunto, começaram também a reivindicar a intervenção do Estado. Passamos então para um Estado protetor, um Estado que se preocupa com o bem-estar dos cidadãos, um Estado que pretende elevar o nível de vida de estratos sociais cada vez mais amplos, melhorar as suas condições económico-financeiras, através do acesso a bens e serviços considerados essenciais. Este ideal surgiu a par do conceito de Estado de Direito, que é uma das características das Constituições europeias. A Constituição portuguesa, assim como a espanhola, contém quer no seu preâmbulo, quer nos artigos 1.º e 2.º os princípios próprios de um Estado de Direito (liberdade, a justiça, a solidariedade...), a submissão do Estado à Constituição e à lei no artigo 3.º e, contém ainda, um regime de direitos fundamentais, a consagração do princípio da separação de poderes com interdependência e a possibilidade de controlo do exercício do poder político. Sendo que a Constituição portuguesa consagra também

⁴ A Constituição Espanhola de 29 de dezembro de 1978, com a última modificação de 27 de setembro de 2011.

Depois de: Carta de Bayona de 1808, a Constituição de Cádiz de 19 de Março de 1812; o Estatuto Real de 10 de Abril de 1834; a Constituição de 18 de Junho de 1837; a Constituição de 23 de Maio de 1845; a Constituição de 1 de Junho de 1869; a Constituição de 30 de Junho de 1876; a Constituição de 9 de Dezembro de 1931; e as Leis Fundamentais do Franquismo.

as características próprias de um Estado democrático, como declara no seu preâmbulo, e nos artigos 2.º, 9.º alínea c) 10.º, e ainda 48.º a 51.º.

A Constituição espanhola assume expressamente o Estado social, já a Constituição portuguesa não, embora dela resulte claramente⁵, quer através do artigo 2.º " A República portuguesa....visando a realização da democracia económica, social e cultural..." quer pelo disposto nos artigos 58.º a 110.º.

2. A estrutura da Constituição Portuguesa quanto aos direitos fundamentais

A Constituição portuguesa actual, com 39 anos de vigência, tem, como toda a constituição normativa, uma função de garantia⁶ vocacionada para os direitos fundamentais e, na tradição de origem da Constituição de 1822, um vasto elenco de direitos declarados, quando comparado com outras experiências constitucionais⁷.

Conforme é comum a muitas constituições, existe um capítulo introdutório com os *Princípios Fundamentais* que regem o texto constitucional. Usualmente regras relativas à caracterização do Estado (artigo 2.º da CRP), à cidadania (artigo 4.º da CRP), ao território nacional (artigo 5.º da CRP), às tarefas do Estado (artigo 9.º da CRP), entre outras, no caso da Constituição portuguesa ao longo de onze artigos.

De notar, porém, que os princípios constitucionais fundamentais não se circunscrevem a este capítulo e podem encontrar-se dispersos pela lei fundamental, como é o caso da separação de poderes (artigo 111.º da CRP, embora já mencionado no artigo 2.º), da independência dos tribunais (artigo 203.º da CRP) ou da separação Estado-Igrejas (artigo 41.º, n.º 4, da CRP). Também, em cada uma das suas Partes, se voltam a encontrar princípios gerais relativos às respectivas matérias mas que obviamente resultam dos princípios fundamentais iniciais apenas concretizando aspectos dedicados a cada capítulo (para a *Parte I*, os artigos 12.º a 23.º; para a *Parte II*, os artigos 80.º a 89.º; para a *Parte III*, os artigos 108.º a 119.º)⁸.

Todas as revisões constitucionais interferiram com a redacção (da primeira à sexta) ou a interpretação (a sétima) dos Princípios Fundamentais.

⁵ Artigo 1.º, n.º 1, da Constituição espanhola.

ROSADO PACHECO, Santiago. "El Estado social en las resoluciones del Tribunal Constitucional Português". In *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*. 2015, pp. 270 a 272.

⁶ Na intervenção "O Garantismo Constitucional. Constituição Penal" apresentada pela autora nas II Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional - Penal, que decorreram no dia 31 de Julho de 2014, em Coimbra.

⁷ VAZ, Manuel Afonso [et al.]. *Direito Constitucional, o sistema constitucional português*. 2012, p. 285.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *CRP Anotada*. Volume 1. 2007, p. 188.

Os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais⁹ assumidas pelo poder constituinte originário.

O texto da Constituição da República Portuguesa segue estruturado em quatro Partes e, na *Parte I*, a consagração de *Direitos e Deveres Fundamentais*, ao longo de 68 artigos, do 12.º ao 79.º¹⁰. Dentro dessa grande parte temos os primeiros artigos, no *Título I*, os primeiros doze artigos, do 12.º ao artigo 24.º, dedicados a *Princípios gerais* aplicáveis a todo o restante e depois subdividida essa parte em dois Títulos, um relativo aos *Direitos, liberdades e garantias (Título II)* e outro aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Título III)*¹¹.

Esta primeira Parte é bastante extensa. Apesar disso, não esgota a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais. Seja porque encontramos preceitos dispersos na Parte II, na Parte III e nas Disposições finais e transitórias, para outras matérias, que prevêm outros direitos ou relevam mais ou menos directamente para o exercício dos direitos ali contemplados. Seja porque o artigo 16.º, n.º 2, da CRP, mandando interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹², procede à sua recepção formal como conjunto de princípios gerais de direito internacional. Seja porque o mesmo artigo 16.º, no seu n.º 1, estatui que os “direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”¹³ e aí se encontra a conexão com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴, juridicamente vinculativa desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009.

A *Parte I* é, assim, uma das mais extensas divisões da Constituição e a que mais conforma a ordem jurídica infra-constitucional nos seus diferentes ramos¹⁵.

Consagra-se um extenso catálogo (embora aberto) de direitos fundamentais,

⁹ *Ibidem*, p. 189.

¹⁰ Também assim a primeira Constituição portuguesa, de 23 de Setembro de 1822, que abre o seu texto imediatamente com 18 artigos consagrando direitos fundamentais. Curioso que o texto constitucional seguinte, a Carta Constitucional de 29 de Abril de 1826, já os remete para um único e último artigo 145.º, se bem que com 39 parágrafos.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *CRP Anotada*. Volume 1. 2007, p. 189.

¹² Em 10 de Dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas, então com 58 Estados, aprovou em Paris a Resolução 217A(III) com o texto de 30 artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, num elenco de direitos positivos de fonte consuetudinária, com base no costume reconhecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Portugal publicou-a no *Diário da República*, I Série A, n.º 57/78 de 9 de Março.

TAVARES, Raquel. *Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?* 2012, p. 17.

¹³ ALVES, Dora Resende. *Direitos Fundamentais – Apontamentos complementares*. 2013, p. 50.

¹⁴ PACHECO, Maria de Fátima. *Entre limites e expansibilidade: as disposições horizontais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2014, p. 150.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *CRP Anotada*. Volume 1. 2007, p. 294.

nas suas várias gerações: os tradicionais direitos de liberdade, ou de primeira geração, direitos resultantes das conquistas do liberalismo, que dizem respeito à pessoa humana, direitos de participação política e direitos coletivos de segunda geração que correspondem à superação do modelo liberal; os que exigem uma contrapartida do Estado, direitos positivos de terceira geração; direitos de quarta geração que apelam ao papel do homem no ecossistema global. A Constituição fala também em “deveres fundamentais” na rubrica da Parte I, bem como na do Título III desta Parte, embora não lhe dedique uma consideração abrangente, somente os refere em preceitos dispersos¹⁶.

As seis primeiras revisões constitucionais efectuaram alterações, maiores ou menores (a terceira revisão, de 1992, por exemplo, alterou apenas um artigo, o 15.º), no conjunto dos preceitos constitucionais dedicados aos direitos fundamentais.

3. Os direitos sociais na Constituição Portuguesa

Assim, no caso da Constituição portuguesa, toda a *I Parte* é dedicada aos direitos fundamentais e dividida em Títulos, O Título I sobre os princípios gerais, o Título II consagra os direitos, liberdades e garantias e, depois, o Título III que se dedica aos direitos sociais em sentido amplo, abrangendo não só os direitos sociais propriamente ditos, como à educação ou à habitação, mas também os direitos culturais e os direitos económicos.

No *Título III* atinente aos *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais* vamos encontrar: no *Capítulo I*, os direitos e deveres económicos em cinco artigos, no *Capítulo II* os direitos e deveres sociais consagrados ao longo de dez artigos, e no *Capítulo III*, os direitos e deveres culturais em sete artigos da Constituição.

Agora, o grande problema que se põe é que, enquanto os direitos, liberdades e garantias são direitos que não precisam da intervenção do Estado e que, por si só, se efectivam, como o direito à vida, o direito à integridade física, já o mesmo não se passa com os direitos sociais, porque os direitos sociais estão, de um modo geral, consagrados nas constituições em normas programáticas, ou seja, normas que definem um programa, um conjunto de tarefas que o Estado tem que desenvolver para que eles se concretizem. Ora, para desenvolver essas tarefas, é preciso que o Estado tenha condições económico-financeiras e o que acontece é que, neste momento, os Estados não têm essas condições.

E assim, nomeadamente, em Portugal, tem surgido, com alguma frequência, legislação a ser publicada que vai limitar os direitos sociais. Tem sido publicada legislação que põe em causa o direito à saúde, legislação que põe em causa o direito ao ensino, e alguns outros direitos, pelas restrições que coloca ao acesso aos mesmos. Essa legislação resulta, é claro, dos órgãos com poder legislativo, mas o legislador está mais preocupado com a situação económico-financeira do país do

¹⁶ *Ibidem*.

que com a garantia dos direitos sociais. É neste ponto que vem a controvérsia de verificarmos se o legislador pode limitar esses direitos, se isso é constitucional ou não. Aí, o órgão fiscalizador, que é o Tribunal Constitucional¹⁷, tem tido um papel muito activo nestes últimos anos, sobretudo nos últimos quatro anos, ao ser chamado sistematicamente para verificar se os direitos sociais não estão a ser postos em causa. Se a Constituição não está a ser violada pelo Estado.

Sendo assim, a actuação do Tribunal Constitucional português, e também do Tribunal Constitucional espanhol¹⁸ que tem seguido um pouco esta linha, tem sido activa e, julga-se, cuidadosa, tentando moderar os interesses em presença e, de um modo geral, verificado o respeito pela Constituição¹⁹. No entanto, de alguma forma, tem efectuado uma interpretação a que se poderá chamar extraordinária, visto que não tem mantido aquela interpretação estrita no sentido de não violação e cumprimento da Constituição, mas antes por uma via de interpretação que reconhece estarmos a viver uma situação excepcional em que o Estado está numa situação de necessidade, em que os direitos sociais podem, e dentro de certos limites, ser eles próprios limitados. A questão, então, que se discute é qual será o limite para esse limite até onde o Estado pode ir. Saber o que é possível o Estado fazer e o que não é possível fazer. O Tribunal Constitucional português tem entendido que o legislador está limitado pelo núcleo essencial daqueles direitos, bem como pelo princípio da dignidade humana²⁰.

4. No direito da União Europeia

Especificamente, no direito da União Europeia, os Tratados originários das Comunidades Europeias, de 1951 e 1957, estavam exclusivamente focados na realização de objectivos económicos e, nesse contexto, considerou-se que as Constituições nacionais seriam suficientes para tutelar os direitos fundamentais mais ainda com a então recente ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²¹. No contexto global da União Europeia é apenas com elaboração

¹⁷ Ao Tribunal Constitucional compete, desde 1982, administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, artigos 209.º e 221.º da CRP.

Rege-se pela Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro com a Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de Setembro, pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro, Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro, pela Lei Orgânica n.º 5/2015, de 10 de Abril e, recentemente, pela Lei Orgânica n.º 11/2015, de 28 de Agosto (7.ª alteração).

¹⁸ Desde 1979, ver em <http://www.tribunalconstitucional.es>.

¹⁹ ROSADO PACHECO, Santiago. "El Estado social en las resoluciones del Tribunal Constitucional Português". In *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*. 2015, p. 278.

²⁰ *Idibem*, p. 287.

²¹ Ou Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de Novembro de 1950. Portugal ratificou esta Convenção pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no *Diário da República* n.º 236, I Série, pp. 2119 a 2145.

da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, pela primeira vez, em 2000²², após outras tentativas, a União dispõe de um texto proclamatório de direitos, de vocação geral. E é pelas alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa²³, em 2009, que esse texto passa a ser juridicamente vinculativo²⁴, abrangendo, também, algumas vertentes dos direitos sociais.

Neste enquadramento, o Tribunal de Justiça da União Europeia²⁵ tem-se preocupado, genericamente, muito mais em defender a primazia do direito da União Europeia e as liberdades económicas do que propriamente os direitos sociais. O princípio do primado ou princípio da primazia do Direito da União Europeia sobre o Direito nacional implica a não aplicação do Direito nacional incompatível com o Direito da União, a supressão ou reparação das consequências de um acto nacional contrário ao Direito da União e a obrigação de os Estados membros fazerem respeitar o Direito da União. Em nenhuma parte dos tratados se falava em primado do Direito da União Europeia antes do Tratado de Lisboa. Este veio acrescentar nas *Declarações relativas a certas disposições dos Tratados n.º 17*, a *Declaração sobre o primado do Direito Comunitário* anexa ao Tratado de Lisboa. Porém, já antes, no entender do então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, este princípio resultava dos tratados. Era este o sentido de uma interpretação dinâmica, evolutiva e teleológica recorrendo ao efeito útil e objectivos dos tratados.

Assim, consultando a jurisprudência comunitária²⁶, fica muito claro que a preocupação do TJUE é orientada para a primazia do direito da União Europeia, mais do que para a defesa dos direitos sociais, muito embora estes estejam inerentes naquele.

²² Publicado em 2000/C 364/01 no JOCE C 364 de 18.12.2000, pp. 1 a 22.

²³ A quinta grande revisão aos tratados, com alterações especialmente na vertente institucional, que altera o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (que passa a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE), assinado em 13 de Dezembro de 2007, em Lisboa, e que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009. Versão consolidada do texto em JOUE C 326 e 327 de 26.10.2012.

²⁴ Pelo novo artigo 6.º, n.º 1, do TUE e nos termos da Declaração A. 1., adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL (JOUE C 306 de 17.12.2007, p. 12), porém com as ressalvas das Declarações dos Estados-membros C. 53. relativa à República Checa, 61. quanto à Polónia, e 62. quanto à Polónia e ao Reino Unido que remete para o Protocolo A. Anexo ao TL relativo à aplicação da Carta à Polónia e ao Reino Unido (JOUE C 306 de 17.12.2007, páginas 267, e 154).

²⁵ Órgão jurisdicional do Direito da União Europeia, nos termos do artigo 19.º do TUE e 251.º e seguintes do TFUE.

²⁶ A título de exemplo, o acórdão Melloni do TJUE de 26 de fevereiro de 2013, Processo C-399/11.

5. A vivência dos direitos fundamentais

Mas conhecer e compreender o direito constitucional de qualquer país é hoje impossível sem se compreender e conhecer a jurisprudência que o concretiza²⁷. Por tal, no caso português, analisando os acórdãos do Tribunal Constitucional²⁸, tem-se entendido que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais a respeitar, porém, com alguma cedência, dado que vivemos tempos de necessidade para o Estado, aceitando que alguns direitos sociais têm, por força disso, de ser limitados, porque de momento não foi encontrada outra forma de melhorarmos e ultrapassar a crise económica. Acreditando que se trata de uma fase de austeridade para conseguirmos manter o papel do Estado Social.

Não obstante essa preocupação do Tribunal Constitucional, certo é que os números em Portugal são catastróficos: o desemprego em 13,7%, acrescido de uma baixa de salários muito elevada, cerca de 25,7% dos portugueses não consegue cumprir as suas despesas básicas essenciais²⁹. Estes são os números, apesar das preocupações do Tribunal Constitucional em tentar evitar as violações ao texto constitucional.

O paradigma do Estado Social construído no século XX não ficou inalterado e, para sobreviver, terá que ajustar os seus contornos ao contexto de crise económico-social vivida na Europa.

Conclusão

Não se nos coloca qualquer dúvida quando a considerar os direitos sociais verdadeiros direitos fundamentais, quer face ao texto da Constituição da República Portuguesa ou outras Constituições europeias, quer perante os textos europeus de consagração de direitos fundamentais de maior referência, nomeadamente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

E, se em tempos de normalidade os direitos sociais constitucionalmente previstos sofrem algumas flutuações de interpretação política através da sua execução legislativa, é em tempos de crise que a exigência da sua garantia deve sair reforçada, seja a nível das instâncias nacionais, mormente pelo Tribunal Constitucional, seja a nível europeu. Sendo certo, porém, que se introduza alguma cedência na sua interpretação e aplicação, dado que vivemos tempos de necessidade para o Estado, aceitando que alguns direitos sociais têm, por força disso, de ser limitados, porque de momento não foi encontrada outra forma de melhorarmos e ultrapassar a crise económica. Acreditando que se trata de uma fase de austeridade para conseguirmos manter o papel do Estado Social.

O princípio da igualdade tem de ser respeitado e deve limitar a discricionariedade legislativa bem como o princípio da proporcionalidade que

²⁷ Na Nota de Abertura da revista *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, 2004.

²⁸ Veja-se NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. 2012.

²⁹ Fontes/Entidades: INE, PORDATA - Última atualização: 2015-07-22

permitirá graduar o que estiver em jogo quanto aos direitos económicos, sociais e culturais.

Fica em suspenso a pergunta se ainda temos Estado Social em Portugal e na Europa. Ou se estaremos numa metamorfose do Estado Social, cujos contornos se estarão a transfigurar para acompanhar a crise, a austeridade e as dificuldades de tentar superar a crise.

Referências bibliográficas

- ALEXANDRINO, José Melo - *O discurso dos direitos*. Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1981-4.
- ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo de e PEREIRA COUTINHO, Luís (organização) - *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*. Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5704-0.
- BRITO, Miguel Nogueira de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da e ARAÚJO, António de - "A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador". In *sub judice justiça e sociedade*. 20/21, Janeiro/Junho, 2001. pp. 111-127. ISSN 0872-2137.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Reimpressão da 7.^a Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014. ISBN 978-972-4021-06-5.
- _____ e MOREIRA, Vital - *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume 1. 4.^a edição. Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8. Obra completa ISBN 978-972-32-1464-4.
- CANOTILHO, Mariana Rodrigues - "O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia". In *50 Anos do Tratado de Roma*. Quid Juris Editora: Lisboa, 2007. ISBN 978-972-724-358-7, pp. 325 a 76.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4680-8.
- Jurisprudência Constitucional*, n.º 1, Jan-Mar 2004, AATRIC. ISSN 1645-9938.
- NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2070-4.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais, teoria geral* - 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1824-4.
- ROSADO PACHECO, Santiago - "El Estado social en las resoluciones del Tribunal Constitucional Português". In *Themis Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Edição especial n.º 5. Almedina, 2015. ISSN 2182-9438 e ISBN 978-201-40-2012-0, pp. 269 a 288.
- SILVA, Maria Manuela Magalhães - O Garantismo Constitucional. Constituição Penal. Comunicação oral in *II Jornadas Luso-Brasileiras sobre Garantismo Constitucional – Penal*. 31 de Julho de 2014. Coimbra, ISBB – Instituto Superior Bissaya Barreto.

- _____ e CONTIPELLI, Ernani- *Federalismo e Estado Unitário: Comparações entre o Sistema Português e Brasileiro*. Comunicação oral *in I Congresso Jurídico de Investigadores Lusófonos*. 13 de março de 2015. Porto, Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- _____ e ALVES, Dora Resende - *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Reimpressão da 2.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9. 347 páginas.
- TAMER, Sérgio Victor - *Atos políticos e direitos sociais nas democracias – um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. ISBN 85-7525-334-4.
- TAVARES, Raquel - *Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?* Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012. ISBN 978-972-27-2063-2.
- VAZ, Manuel Afonso [et al.] - *Direito Constitucional, o sistema constitucional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2069-8.
- ZANETTE, Valéria R - O mínimo existencial como limite ao retrocesso social dos direitos económicos, sociais e culturais. *In II Congresso de Estudos Iberoamericanos "Sistemas de justiça, constitucionalismo e direitos humanos"*. 27 de Abril de 2014, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

DOCUMENTAÇÃO

Diário da República portuguesa em <http://www.dre.pt> .

Jornal Oficial da União Europeia em <http://eur-lex.europa.eu> .

A REGULAÇÃO INDEPENDENTE COMO MECANISMO DE GARANTIA DE EFECTIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE: A REGULAÇÃO DA SAÚDE EM PORTUGAL.

The Independent Regulation as an effectiveness and guarantee mechanism to the right to health: The Health Regulation in Portugal.

ISA FILIPA ANTÓNIO
Instituto Politécnico do Porto

Sumário: 0. Nota prévia. 1. Particularidades do “Mercado da Saúde”. 2. “Perigos” à efectividade do direito à saúde no SNS. 2.1. Qualidade dos serviços de saúde. 2.2. Liberdade e Capacidade de Escolha: «Assimetrias de Informação». 2.3. Equidade no acesso a serviços de saúde: «Seleção Adversa». 3. O Modelo de Regulação em Portugal. 3.1. Entidades Reguladoras no Sistema de Saúde Português. a) Entidades pertencentes à orgânica do Ministério da Saúde. b) Tribunal de Contas. c) Em especial, a Entidade Reguladora da Saúde. 4. A Regulação Independente como mecanismo de garantia de efectividade do direito à saúde. Bibliografia.

Resumo: Defendemos uma política pública de saúde que institua a regulação independente como um pilar forte do sector da saúde, o qual é “invadido” por agentes económicos privados vocacionados primordialmente ao lucro.

Abordaremos, nesta senda, os “perigos” que colocam em risco a efectividade do direito à saúde, tal como este é prescrito pela Constituição da República Portuguesa (artigo 64.º), apresentando um leque de entidades reguladoras que exercem competências de supervisão na área da saúde, defendendo, por último, uma regulação independente como política pública de saúde como *conditio sine qua non* de verdadeira democracia, cidadania e concretização dos valores de igualdade e solidariedade, sob pena de o próprio Estado Português violar o princípio de proibição do retrocesso social.

Palavras chave: direito à saúde; efectividade; Constituição da República Portuguesa; políticas públicas em Portugal; regulação independente

Abstract: We advocate a public health policy for the establishment of independent regulation as a strong pillar of the health sector, “invaded” by private operators geared primarily to profit.

We mention the "dangers" that jeopardize the effectiveness of the right to health, as this is prescribed by the Portuguese Constitution (Article 64), as well as a group of regulatory entities that exercise supervisory powers in the area health.

We defend, finally, an independent regulation and public health policy as a *conditio sine qua non* of true democracy, citizenship and achievement of equality and solidarity values, otherwise the very Portuguese State violates the principle of prohibition of social regression.

Keywords: right to health; effectiveness; The Portuguese Constitution; public policies in Portugal; independent regulation

0. Nota prévia

Em Portugal, o Serviço Nacional de Saúde (SNS) é composto por uma miríade de entidades de diversa natureza, desde logo, por todas as entidades públicas prestadoras de cuidados de saúde, como estabelecimentos hospitalares, unidades locais de saúde, centros de saúde e agrupamentos de centros de saúde.

A pertinência de um sistema regulador vocacionado à salvaguarda do sector da saúde prende-se com a necessidade de assegurar a todo e qualquer cidadão, o acesso à saúde em termos de universalidade, equidade e generalidade, com o respeito pelos desideratos de qualidade e segurança.

Nesta senda, preconizamos a posição doutrinal segundo a qual o *direito à saúde* é um direito social indissociável do direito clássico ou de primeiro grau, *direito à vida*, encontrando-se estes direitos umbilicalmente ligados um ao outro¹. Nestes termos a garantia da efectividade do primeiro é *conditio sine qua non* para a efectividade e plena realização do segundo, pelo menos, em determinados circunstancialismos ou vertentes deste último². Destarte, afigura-se-nos curial defender o direito à saúde como o paradigma de direito social que merecerá ser objecto de regime legal garantístico e de efectivação idêntico ao que é reconhecido pela Constituição aos direitos clássicos ou direitos de liberdade inseridos no denominado primeiro catálogo³.

¹ Sobre o conceito de direitos sociais e ainda sobre a sua destrição face ao catálogo de direitos, liberdades e garantias, vide MANUEL AFONSO VAZ, RAQUEL CARVALHO e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 246 e seguintes.

² Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais., Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp.109. Vide ainda HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999, sobre a defesa da eliminação da distinção de tratamento jurídico entre direitos positivos ou de liberdade e os direitos negativos ou sociais.

³ Neste sentido, ISA ANTÓNIO, "Estatuto e Competências da Entidade Reguladora da Saúde. Em especial em matéria de defesa da concorrência", in *Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto* (RED) do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica), n.º1, Fevereiro de 2015, pp. 8 e 9.

Por isso, consideramos que é imprescindível uma política pública de saúde que institua a regulação independente como um pilar forte do sector da saúde, o qual é hoje “invadido” por agentes económicos privados vocacionados primordialmente ao lucro.

Abordaremos, nesta senda, os “perigos” que colocam em risco a efectividade do direito à saúde, tal como este é prescrito pela Constituição da República Portuguesa (artigo 64.º), apresentando um leque de entidades reguladoras que exercem competências de supervisão na área da saúde, defendendo, por último, uma regulação independente como política pública de saúde enquanto *conditio sine qua non* de verdadeira democracia, cidadania e concretização dos valores de igualdade e solidariedade, sob pena de o próprio Estado Português ser accionado judicialmente nos termos da Lei de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público⁴.

1. Particularidades do “Mercado da Saúde”

O sistema de saúde português apresenta uma diversidade rica no que concerne aos agentes prestadores dos cuidados de saúde, primários (clínicas e centros de saúde que são o primeiro contacto do doente com o sistema de saúde), diferenciados (hospitalares, cirurgias e exames médicos no seio hospitalar) e continuados (de apoio na doença prolongada e crónica em regime paliativo).

A Entidade Reguladora da Saúde esclarece ainda que são enquadradas no âmbito da prestação de cuidados de saúde *nomeadamente* as seguintes actividades: a) actividades de medicina e de medicina dentária; b) actividades desenvolvidas por enfermeiros, odontologistas e enfermeiras com especialidade em obstetrícia; c) actividades desenvolvidas por técnicos de diagnóstico e terapêutica (v.g. técnicos de análises clínicas e de saúde pública, técnico de anatomia patológica, citologia e tanatológica, etc.); d) actividades desenvolvidas por técnicos superiores de saúde (v.g. Nutricionistas e Psicólogos Clínicos); e) actividades termiais, entre outros⁵.

Actualmente, o sector da saúde constitui um verdadeiro “mercado de actividade”, em que se perfilam agentes do sector público, do sector privado, do sector cooperativo e social (“terceiro sector” formado pelas instituições particulares de solidariedade social, mais particularmente, as Misericórdias). Pese embora, o “mercado da saúde”⁶⁻⁷ apresente semelhanças com outras tipologias de mercados

⁴ Cfr. Lei n.º 31/2008, de 17/07 que altera a Lei n.º 67/2007, de 31/12.

⁵ Cfr. o seguinte site:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrencia.aspx (consultado em 12 de fevereiro de 2015).

⁶ O retrato da nova realidade da saúde em Portugal pode ser caracterizado pelos seguintes aspectos: 1. Empresarialização de grande franja dos hospitais públicos, os quais passaram a ter o estatuto de sociedades comerciais públicas (por curto espaço de tempo) submetidas à lei comercial e sendo remuneradas pelo Estado e por subsistemas de saúde mediante o pagamento das suas prestações de saúde; 2. Possibilidade de construção e de exploração de novos hospitais do Serviço Nacional de Saúde por entidades privadas em regime de

concessão no sistema «*build, operate, transfer*» («BOT»); 3. Regulamentação favorável à entrega de estabelecimentos públicos de cuidados de saúde primários (clínicas e centros de saúde) e diferenciados (hospitais e suas unidades autónomas) pertencentes ao Serviço Nacional de Saúde à gestão privada; 4. Favorecimento do regime das «convenções», por força do recurso cada vez mais frequente à aquisição de serviços a entidades privadas por parte do Serviço Nacional de Saúde.

Todas estas modificações introduzidas pela reforma institucional da saúde implicam diversas consequências, designadamente uma maior relevância conferida à via contratual de onde avultam os contratos administrativos enquanto base de regulação dos cuidados de saúde (v.g. contratos de concessão, contratos de gestão, contratos-programa, convenções, etc.) associada à introdução de uma lógica empresarial, por força do alargamento do papel do sector privado e em virtude da empresarialização dos hospitais públicos.

De enorme relevância nesta reforma operada no sector da saúde é ainda a criação de um verdadeiro «mercado de cuidados de saúde», sujeito a mecanismos de tipo mercado, como a existência de concorrência nos concursos de concessão, de gestão e de angariação de utentes-consumidores, no âmbito do qual actuam prestadores de serviço de saúde liberais, públicos e privados constituindo uma verdadeira «manta de retalhos». Neste sentido, ISA ANTÓNIO, «Estatuto e Competências da Entidade Reguladora da Saúde. Em especial em matéria de defesa da concorrência», *Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto* (RED) do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica), n.º1, Fevereiro de 2015, pp. 8.

⁷ O «mercado da saúde» inclui o sector hospitalar público tradicional (hospitais puramente públicos), o sector hospitalar público empresarial (hospitais EPE, entidades públicas empresariais), o sector hospitalar em regime de parceria público-privada e o sector social ou misto (Misericórdias)⁷.

É imperioso fazer uma ressalva: o «mercado de saúde» identifica-se com o sistema de saúde no seu todo, o que significa que não se reconduz apenas à prestação de cuidados de saúde supra mencionadas. Mais que isso. Encontram-se incluídas no mercado da saúde todas as actividades relacionadas com os seguros de saúde, produção, distribuição e comercialização de medicamentos e produtos farmacêuticos e de dispositivos médicos. É sobre toda esta realidade diversificada que a AdC actua.

Mais recentemente verificaram-se consideráveis modificações no mercado da saúde ao nível da prestação de cuidados de saúde. Estas incidiram principalmente na forma de organização e de gestão dos hospitais públicos, na possibilidade de cessão da gestão de unidades públicas a entidades privadas e na possibilidade de construção e gestão de hospitais e outros estabelecimentos públicos de saúde por parte de entidades privadas em regime de parceria público-privada.

No que concerne à *natureza* do «mercado de saúde» sob uma perspectiva económica, existe uma divergência no seio dos economistas que divide os que consideram que o mercado da saúde é específico e distinto dos demais mercados e aqueles outros que encaram o mercado da saúde como se de um “qualquer” mercado se tratasse. Uma corrente mais estreita de economistas, «*Narrows*», considera que o mercado de cuidados de saúde comunga das mesmas características e funciona (interacção entre procura e oferta), em termos idênticos a todos os outros mercados. Nos antípodas desta posição, a corrente económica «*Broads*» realça o carácter próprio e específico do mercado de saúde, com implicações no funcionamento dos mercados e na respectiva análise económica. Assim, ISA ANTÓNIO «Estatuto e Competências da Entidade Reguladora da Saúde. Em especial em matéria de defesa da concorrência», *Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto* (RED) do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica), n.º1, Fevereiro de 2015.

económicos, existem distinções basilares sobre as quais não podemos deixar de fazer alusão.

Desde logo, indicamos a característica distintiva que se prende com a essencialidade do serviço público em causa. Na verdade, o direito à saúde – o seu acesso em termos de universalidade, equidade (“tendencial gratuitidade”) e generalidade – encerra em si mesmo, simultaneamente, um direito humano e direito constitucional previsto no artigo 64.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Por conseguinte, qualquer actuação de iniciativa privada ou pública em torno do direito da saúde encontra-se estritamente vinculada à CRP, nos termos do artigo 18.º, o que poderá representar, da perspectiva dos agentes económicos a actuar nesta área, um significativo constrangimento. Não se trata de uma área de actividade económica “liberalizada”.

De entre os principais factores distintivos podemos indicar os seguintes:

1. A existência de *incerteza* – do lado da procura, o consumidor tem incerteza por virtude do desconhecimento quanto ao estado de saúde que virá a ter no futuro, quais as doenças, qual o momento em que surgirão essas doenças e qual o montante das despesas com o respectivo tratamento médico; do lado da oferta, o prestador de cuidados de saúde tem incerteza quanto a certos diagnósticos e sobre o grau de êxito dos tratamentos por si prescritos. Esta incerteza conduz à celebração de seguros de saúde (apoio financeiro junto de uma terceira entidade devido à incertitude da doença e dos respectivos custos);

2. A existência de *informação assimétrica imperfeita*. O médico é quem toma as decisões e não o consumidor dos serviços de saúde (doente), porquanto é o primeiro que tem conhecimentos de medicina. Por isso, porque possui conhecimentos médicos especializados «recomenda» meios de diagnóstico e tratamentos (v.g. análises, exames, cirurgias, fármacos) que o doente vê-se forçado a adquirir «sem contestar».

Esta assimetria de informação que coloca o profissional de saúde em vantagem face ao doente é agravada pela dificuldade em avaliar a adequação do tratamento, em concluir pelo seu êxito cabal, bem como, pela complexidade do serviço prestado, pela irregularidade do recurso ao mercado, pelo facto de os conhecimentos do doente não aumentarem por virtude da sua experiência;

3. Ora, esta particularidade do mercado da saúde origina uma outra característica que a demarca dos demais mercados: a *relação de agência*. Esta traduz-se na necessidade do consumidor de serviços de saúde (doente) em ter o parecer de um terceiro perito (profissional informado) que o represente dando azo à denominada relação médico/doente como *relação de agência*. Esta não existe na generalidade dos outros mercados de actividade, pois nestes é o próprio consumidor que toma as suas próprias escolhas com base na sua experiência, conhecimento pessoal do bem ou serviço, dispensando terceiros no processo de aquisição;

4. A *intervenção do Estado* enquanto prestador e financiador dos serviços de saúde, através do Serviço Nacional de Saúde (SNS), consiste numa marcante

especificidade do mercado da saúde; 5. Aparece associada ao *sector social* ou *terceiro sector* constituído por Misericórdias e outras Instituições Particulares de Solidariedade Social ou sem fins lucrativos.

Mas, por outro lado, à semelhança do que sucede noutro qualquer mercado de actividade, o mercado da saúde apresenta «externalidades»⁸.

Exemplos de externalidades *positivas* são os benefícios resultantes da vacinação da população e de campanhas de saúde pública ou os avanços científicos e sociais associados à investigação da indústria farmacêutica. Casos paradigmáticos de externalidades *negativas* são as relativas ao uso excessivo de certo tipo de medicação como antibióticos ou a poluição que resulta da produção de produtos farmacêuticos.

2. “Perigos” à efectividade do direito à saúde no SNS

De entre os maiores riscos para os direitos dos utentes, consideramos ser mais prementes os seguintes: 1. Inequidade no acesso à saúde; 2. Indução da procura pela oferta; 3. Selecção adversa ou discriminação infundada de doentes; 4. Tempos de espera. Desenvolvemos *infra* os principais riscos.

2.1. Qualidade dos serviços de saúde

A existência de poder de mercado nas mãos de alguns agentes consubstancia-se na prática em restrições à livre concorrência. Por seu turno, a entrada de profissionais de saúde com qualidade será condicionada, pois havendo mobilidade imperfeita de factores de produção no mercado da saúde (v.g. cuidados de saúde, idade, educação, higiene, profissionais de saúde, equipamentos cirúrgicos, etc.) a própria qualidade desses recursos humanos, técnicos e outros fica seriamente colocada em causa. Consequentemente, a prestação dos serviços de saúde não logrará alcançar os padrões de qualidade que em circunstâncias normais e perfeitas ao nível do funcionamento eficaz do mercado atingiria. Este facto redundará no decréscimo da qualidade dos serviços médicos prestados ao consumidor.

A qualidade dos cuidados de saúde é assegurada por via da efectiva concorrência entre os respectivos prestadores de serviços de saúde. Esta qualidade apenas será garantida se estes forem efectivamente prestados por profissionais de saúde devidamente habilitados para o efeito, em estabelecimentos de saúde licenciados e credenciados. Não poderá prestar cuidados de saúde *quem quer, mas quem sabe* e

⁸ As «externalidades» consistem, *grosso modo*, em situações em que a produção ou consumo de um determinado bem impõe custos ou benefícios a outros agentes/intervenientes no mercado que não sejam os directamente envolvidos na transacção em causa. Tal como noutro mercado, também no mercado da saúde, as economias de escala e de gama desempenham um papel incontornável na restrição da concorrência, representando uma barreira de cariz económico e financeiro a um novo prestador que pretenda entrar no mercado.

a quem a lei reconhece competente para o efeito, após certificação positiva pela ERS.

Para além destes mecanismos (licenciamento e certificação), a qualidade dos serviços de saúde são assegurados através de uma metodologia de fixação e actualização de preços apto para o equilíbrio entre incentivos à eficiência da prestação desses serviços, o mesmo é dizer, eficiência do mercado da saúde⁹.

Ora, a eficiência de qualquer mercado é atingida perante determinadas circunstâncias cumulativas, como: 1. Não existir um ou poucos agentes económicos /prestadores de serviços detentores em *exclusividade* do poder de mercado ou de *parte significativa* deste; 2. Não existirem externalidades, quer na produção, quer no consumo; 3. Não existir incerteza; 4. Existir *informação perfeita* ou disponibilidade plena de informação sobre preços, características e qualidade dos produtos por parte dos consumidores e concorrentes. A violação destes pressupostos conduz a distorções no funcionamento eficiente nos mercados, a que o mercado da saúde não é alheio, mormente ao nível da concorrência.

2.2. Liberdade e Capacidade de Escolha: «Assimetrias de Informação»

A concorrência perfeita permite a existência de mais-valias da perspectiva da economia em geral e da perspectiva do consumidor em particular. Desde logo, a informação perfeita sobre o bem ou serviço, qualidade e características essenciais (preço, condições de fornecimento), e sobre os prestadores.

No que respeita ao mercado da saúde, o consumidor de serviços de saúde possui *liberdade de escolha* do prestador de cuidados médicos, que proporciona melhor qualidade a melhor preço. Associada a esta vantagem surge a *capacidade de escolha* que resulta da informação perfeita¹⁰ acerca dos prestadores a operar no mercado, sobre a qualidade e características dos serviços prestados pelos mesmos e pelos preços praticados. Mais precisamente sobre os preços praticados no âmbito de concorrência perfeita, o preço converge para o custo marginal de produção, o que significa que a taxa de lucro a longo prazo é zero e não excessivos e desproporcionados face ao serviço concretamente prestado.

⁹ Vide, "Parecer da ERS relativo ao projecto de Decreto-Lei que regulamenta o regime de celebração das convenções previstas na Lei de Bases da Saúde», de 5 de junho de 2008 (pp.3 e ss).

¹⁰ Cfr. António Correia de Campos, "Imperfeições e Assimetrias", in *Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, sob o tema de "Os Remédios para a Saúde", Ano V, nº51, Outubro, 2002, assim como, Pedro Pita Barros, *Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos*, 3ª edição, Coimbra, Livraria: Almedina, 2013 e Olívio Mota Amador, "Desafios da Regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise". Dossier Temático: Reflexões sobre o novo regime jurídico da concorrência, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 3, n.º10, abril/junho, 2012, Lisboa, IDEFF.

O prestador dos cuidados de saúde sabe que se praticar um preço demasiado elevado, o consumidor/doente troca-o por outro prestador cujos serviços são menos onerosos. Por outro lado, cada prestador empenhar-se-á mais em melhorar constantemente o nível de qualidade dos seus serviços, proporcionando quiçá maior diversidade e volume de cuidados que não “ofereceria” ao seu doente se actuasse *isolado* no mercado. Ora, o inverso sucede na presença de *assimetrias de informação*, favorecida pela ausência de efectiva concorrência. O consumidor/doente não tem a percepção plena do funcionamento do mercado, dos serviços de saúde *propriamente ditos* (tipologias e características) e sobre os prestadores que actuam naquela zona geográfica, sejam prestadores especializados ou de “clínica geral”, bem como, acerca do preço praticado.

A liberdade de escolha está fortemente condicionada pela existência de custos de mudança por outro prestador de saúde («*switching costs*»). A capacidade de escolha encontra-se restringida pela falta de informação suficiente e esclarecedora sobre as alternativas («*search costs*»), pois apenas existe na generalidade dos casos a «reputação» do prestador.

Outro risco que advém das *assimetrias de informação* é a “*indução da procura pelo lado da oferta*” que levada ao limite ou, em certos casos, conduzirá ao consumo excessivo de serviços de saúde e perda de qualidade na prestação destes.

Existindo *assimetrias de informação*, o profissional de saúde (prestador) vai beneficiar do seu conhecimento médico especializado e poderá criar artificialmente procura dos serviços de saúde mediante a prescrição de tratamentos ou meios de diagnóstico que não são necessários ou adequados à concreta condição clínica do doente.

Na presença de livre e leal concorrência, existe uma clara correlação entre a informação plena, liberdade de escolha, capacidade de escolha, maior nível de qualidade e melhor preço na prestação de cuidados de saúde.

2.3. Equidade no acesso a serviços de saúde: «Seleccção Adversa»

A *equidade* consiste na possibilidade de qualquer cidadão, independentemente dos seus recursos económico-sociais aceder aos cuidados de saúde não podendo por razões puramente económicas ver-lhe ser denegado o acesso à saúde.

A «selecção adversa» conduz à discriminação do doente, cuja condição de saúde não representa uma “mais-valia” económica para o prestador dos cuidados de saúde.

Da perspectiva do agente (em regra, um estabelecimento de saúde e não tanto o prestador em regime de prática individual) não “compensa” prestar serviços de saúde àquele doente por este implicar custos excessivos ou um nível de onerosidade tal que reduza consideravelmente a margem de lucro. Os cuidados continuados ou paliativos são o exemplo paradigmático de «*dumping*», ou seja, recusa de doentes com pior estado de saúde. Outras manifestações da «selecção

adversa» são os fenómenos de «*creaming*» (apelo e angariação, através de técnicas de marketing e “ofertas” de cuidados médicos, de consumidores com melhor estado de saúde) e «*skimping*» (redução da qualidade, diversidade e volume dos cuidados médicos prestados). Deste modo, é criado a “esse doente” um obstáculo ao acesso à saúde em condições de igualdade, sendo a universalidade no acesso à saúde igualmente colocada em causa.

Não é aceite o argumento de que os prestadores de saúde privados não são «instituições de solidariedade social», sendo o seu escopo primacial o lucro, pelo que não se encontram vinculados aos valores de igualdade¹¹, equidade e universalidade no âmbito da sua actividade prestadora. O artigo 18.º, da CRP impõe expressamente a das entidades públicas e também das entidades privadas a todos os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias. Ora, o direito à saúde consagrado no artigo 64.º é um direito social *sui generis* digno de idêntica tutela à do direito à vida, por ser «*conditio sine qua non*» da existência deste.

Representando a *equidade* um imperativo constitucional ínsito no artigo 64.º é curial considerar que a limitação da concorrência através de práticas restritivas previstas na Lei da Concorrência constitui a violação da Constituição da República e da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹².

3. O Modelo de Regulação em Portugal

No sistema de saúde português foi adoptado o sistema do “regulador dedicado”, porquanto foi criada uma específica entidade administrativa independente dedicada exclusivamente ao sector da saúde, em detrimento do “regulador não dedicado” que se debruça sobre vários sectores de actividade económica e social (v.g. energia, transportes, Banca, justiça, entre outros e não apenas o sector da saúde) e desempenhando actividades do foro executivo ou ao nível de formação de profissionais.

No que concerne ao modelo de regulação existe uma matriz essencial constituída por um determinado conjunto de características¹³, de entre as quais salientamos as seguintes. Primeira. O regulador deverá ser uma “autoridade reconhecida”, no sentido em que o regulador deve ser reconhecido pelos regulados (operadores) como tal, devendo pré-existir uma norma estatutária que determina a sua existência, competências e modo de actuação, supervisão, inspecção e eventual sanção.

¹¹ Artigo 13.º, da CRP.

¹² Declaração Universal dos Direitos do Homem: artigo 3.º «direito à vida»; artigo 22.º «Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis (...); artigo 25.º «(...) tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez (...)».

¹³ Neste sentido, vide RUI NUNES, *Regulação da Saúde*, 3.ª edição, Porto: Vida Económica, 2014, pp.129 e 130.

Segunda. "Centralização da responsabilidade", significando que num dado sector de actividade, a responsabilidade em supervisionar, inspeccionar e controlar sistematicamente a actividade desenvolvida pelos regulados, deverá ser o mais centralizada possível como forma de assegurar uma "maior equidistância face aos operadores"¹⁴. Outros dos objectivos na centralização são a uniformização procedimental e maior coesão na actuação regulatória, desde logo, no que respeita ao tratamento reconhecido aos regulados.

Terceira. Responsabilização ("*accountability*"), num duplo sentido. Por um lado, o próprio regulador deve, em nome da democraticidade da sua actuação e da transparência, publicidade e segurança jurídicas, prestar contas à sociedade mediante a presença em comissões de acompanhamento e de inquérito na Assembleia da República, quando for solicitado e através da publicação constante de relatórios da sua actividade, dos seus estatutos, das suas deliberações e contas, etc. Por outro lado, exige-se imparcialidade e objectividade totais do regulador em relação aos operadores por si regulados, com vista à obtenção de resultados justos e equitativos na prestação de contas dos vários operadores, a maioria das vezes, concorrentes entre si.

Exige-se que, nesta senda, o regulador seja uma entidade exterior e independente à própria actividade e *players* que a desenvolvem, pretendendo-se um maior rigor, transparência e efectividade regulatória, quer de cariz social, quer de cariz económico ou ambos simultaneamente, como sucede no sector (ou "mercado") da saúde.

Quarta. "Intervenção no interesse público", na medida em que a finalidade primacial da regulação é o melhor bem-estar social possível da perspectiva da comunidade denominado por "interesse público". É um conceito abrangente que inclui a ideia da eficaz e adequada alocação de recursos humanos, técnicos e dinheiros públicos, com o cabal respeito pelo erário público, bem como, o acesso universal e em termos equitativos aos bens e serviços essenciais.

3.1. Entidades Reguladoras no Sistema de Saúde Português

Entende-se por "regulação" o controlo exercido por uma autoridade pública, sobre as actividades de agentes autónomos que são valorizadas socialmente. A regulação pode ser de duas tipologias.

Regulação económica em sentido estrito, visando corrigir falhas de mercado e falhas do poder executivo na aplicação das suas políticas. Regulação social, a qual aparece relacionada com os valores éticos num determinado sector.

As entidades reguladoras levam a cabo as suas funções de supervisão por meio de diversos instrumentos, sendo os principais a criação e imposição de regras e

¹⁴ Assim, vide RUI NUNES, *Regulação da Saúde*, 3.ª edição, Porto: Vida Económica, 2014, pp.129.

restrições legais e formais, como legislação e códigos de conduta ou recomendações. Mas, também são utilizados sistemas de incentivos, financeiros e não financeiros, positivos ou negativos.

De entre as instituições de regulação sectorial encontram-se: 1. as pertencentes à Administração Pública, directamente dependentes do Governo; 2. os institutos públicos, indirectamente dependentes do Governo; 3. as entidades públicas independentes; 4. o controlo judicial (v.g. Tribunal de Contas, Ministério Público); 5. a auto-regulação por parte das ordens profissionais. As ordens profissionais como a Ordem dos Médicos, dos Médicos Dentistas, dos Enfermeiros, dos Farmacêuticos desenvolvem uma função essencial ao nível de controlo dos critérios técnicos e éticos dos seus profissionais, como forma de salvaguardar a qualidade e segurança dos serviços médicos.

a) Entidades pertencentes à orgânica do Ministério da Saúde

Em Portugal, existe uma miríade de entidades com competência ao nível da regulação no sistema de saúde, o qual abrange áreas de prestação de cuidados de saúde *stricto sensu* (actos clínicos e hospitalares, como cirurgias, exames médicos, análises de diversa ordem), mas também no âmbito do mercado do medicamento. Muitas entidades reguladoras não independentes são pertencentes ao poder estadual executivo, das quais damos conta.

O Ministério da Saúde insere-se na Administração Directa da Pessoa Colectiva Pública “Estado” e engloba institutos públicos como a Administração Central do Sistema de Saúde, I.P., a Inspecção-Geral das Actividades em Saúde, a Direcção-Geral da Saúde, Autoridade para os Serviços de Sangue e Transplantação, entre outros¹⁵.

Por seu turno, a Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde (INFARMED) exerce um controlo técnico e económico dos medicamentos e dos dispositivos médicos.

A Administração Central do Sistema de Saúde tem por missão assegurar a gestão dos recursos financeiros e humanos do Ministério da Saúde e do SNS, bem como proceder à definição e implementação de políticas, normalização, regulamentação e planeamento em saúde, nas áreas da sua intervenção, em conjugação de esforços com as Administrações Regionais de Saúde, no âmbito da contratação da prestação de cuidados de saúde.

No que respeita a funções de regulação, esta entidade exerce o controlo sobre a gestão dos estabelecimentos prestadores através da avaliação contínua dos indicadores de desempenho e da prática de instituições e serviços do sistema de saúde, desenvolve e coordena a elaboração do orçamento de funcionamento do Ministério da Saúde e do SNS, vigiando a sua adequada execução. Igualmente

¹⁵ Neste sentido, RUI NUNES, *Regulação da Saúde*, 3.^a edição, Porto: Vida Económica, 2014, pp. 134 e seguintes.

desempenha funções de coordenação e de supervisão das actividades no Ministério da Saúde no âmbito da gestão dos recursos financeiros afectos ao SNS.

No que concerne à Inspecção-Geral das actividades em saúde, compete especialmente a esta entidade as funções de auditar, inspeccionar, fiscalizar e desenvolver a acção disciplinar no sector da saúde, destinada a garantir o cabal respeito pela lei e por elevados níveis técnicos de actuação em todos os domínios da actividade e da prestação dos cuidados de saúde desenvolvidos pelos serviços e estabelecimentos do Ministério da Saúde ou por este tutelados, bem como, pelas entidades privadas, pessoas singulares ou colectivas, com ou sem fins lucrativos.

A Direcção-Geral de Saúde visa regulamentar, orientar e coordenar as actividades de promoção da saúde e prevenção da doença, assim como, proceder à definição das condições técnicas para a adequada prestação de cuidados de saúde. Outras funções são, designadamente, planear e programar a política nacional para a qualidade no sistema de saúde, assegurar a elaboração e execução do Plano Nacional de Saúde e a coordenação das relações internacionais do Ministério da Saúde.

As primordiais funções de regulação são desenvolvidas por meio: 1. da emissão de normas e orientações, desenvolvimento e promoção da execução de programas em matéria de saúde pública e para a melhoria da prestação de cuidados em áreas mais sensíveis do sector da saúde; 2. Da promoção da avaliação de instrumentos, actividades e programas de segurança dos doentes e de melhoria contínua da qualidade clínica e organizacional das unidades de saúde; 3. Do acompanhamento da execução adequada das políticas e programas do Ministério da Saúde; 4. Da coordenação e garantia da vigilância epidemiológica a nível nacional e da respectiva contribuição no quadro internacional.

A Autoridade para os Serviços de Sangue e Transplantação destina-se a garantir e regular a nível nacional a actividade da medicina transfusional e de transplantação. Mas, também assegurar a qualidade e segurança no âmbito da dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de sangue humano, de componentes sanguíneos, de órgãos, tecidos e células de origem humana.

Por seu turno, o INFARMED tem como missão principal a regulação e supervisão dos sectores dos medicamentos de uso humano e dos produtos de saúde, em conformidade com os mais elevados padrões de protecção de saúde pública e assegurar o acesso dos profissionais de saúde e dos doentes a medicamentos e produtos de saúde com maior qualidade, eficácia e segurança.

b) Tribunal de Contas

O Tribunal de Contas possui uma tripla função enquanto guardião das contas públicas¹⁶: a) Consultiva, dotada de um cariz técnico e político, na medida em que tem de se pronunciar acerca da Conta Geral do Estado; b) fiscalização preventiva, pois pronuncia-se sobre a legalidade administrativa e sobre a adequação financeira das despesas públicas que o Estado pretende vir a realizar; c) Fiscalização jurisdicional, na medida em que elabora verdadeiros julgamentos sobre as contas públicas no fim de cada ano.

A figura do controlo financeiro possui uma vertente de controlo interno, mediante acções de fiscalização realizadas por organismos e entidades inseridos orgânica e funcionalmente na estrutura do próprio Estado; controlo externo através da intervenção de instâncias independentes ao nível político, jurisdicional e técnico. O controlo interno é levado a cabo pelo Ministro das Finanças e Ministro da Tutela Sectorial, neste caso, da Ministro da Saúde.

O TC exerce um controlo externo, tendo como primacial objectivo contribuir para que contratações por parte dos estabelecimentos prestadores e hospitais, como os hospitais-PPP (novo fenómeno no sector hospitalar) se contenham dentro dos limites da capacidade orçamental do Estado em obediência a critérios de boa gestão financeira dos recursos públicos.

A pertinência do controlo por parte do TC justifica-se pelo facto de apesar de a maioria das PPP assentar no investimento privado, tal não equivaler à ausência de capital público. Pelo contrário, são mais comuns as montagens financeiras em que há recurso aos fundos do Estado. Na medida em que o projecto de PPP não é remunerado exclusivamente pelo utilizador, importa recorrer subsidiariamente ao orçamento público.

Portanto, também se revela imprescindível à sustentabilidade do sector da saúde o “regulador jurisdicional financeiro”: TC.

c) Em especial, a Entidade Reguladora da Saúde

No ordenamento jurídico português, as entidades reguladoras independentes assumem a natureza de “entidades administrativas independentes” consagradas constitucionalmente no artigo 267.º, n.º3, ora tendo funções de regulação económica, ora funções de garantia de determinados direitos fundamentais, como a liberdade de expressão (Alta Autoridade para a Comunicação Social – AACS, com previsão no artigo 39.º CRP) ou o direito à protecção da vida privada (Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais – CNPD, consagrada na Lei n.º 43/2004, de 18 de Agosto).

Existia, outrora, uma certa dicotomia no tratamento jurídico dos serviços, consoante estes fossem de primeira espécie e, nesse caso sujeitos ao mercado livre e

¹⁶ De leitura indispensável nesta matéria, ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, *maxime* pp. 278 e ss.

disciplinados pelo direito comercial ou, inversamente fossem serviços de segunda espécie, estando fora do mercado, sendo fornecidos e geridos pelo Estado, submetendo-se ao direito administrativo.

A criação da Entidade Reguladora do Sector da Saúde traduziu-se no corolário lógico resultante da opção do Estado em adoptar formas diversificadas de prestação de cuidados de saúde no âmbito do próprio Serviço Nacional de Saúde, mediante a aprovação do Decreto-Lei n.º 309/2003, de 10 de Dezembro.

Na verdade, a Entidade Reguladora de Saúde surgiu no epicentro do movimento de alterações ao paradigma tradicional dos serviços públicos, caracterizado pela modificação dos modos de gestão do sector público, em geral e dos serviços de prestação de cuidados de saúde, em particular designado de «Nova Gestão Pública» ou «*New Public Management*».

Este novo modelo de gestão pública é constituído por novos mecanismos de “tipo mercado” e caracterizado pela liberalização e pela abertura ao mercado, a par da participação do sector privado na prestação de serviços públicos. Nos termos do Estatuto da ERS compete a esta autoridade de regulação os seguintes domínios de actuação¹⁷: a) sector público tradicional (centros de saúde e hospitais integrados no sector público administrativo, o SPA); b) sector público empresarializado (os «Hospitais S.A.» e agora os «Hospitais EPE» ou «hospitais-empresa»); c) as Parcerias Público-Privadas, incluindo as unidades públicas sob gestão privada e os novos hospitais concessionados, desde a sua concepção e construção em regime de Project Finance Initiative; d) entidades do sector privado e social convencionadas pelo Serviço Nacional de Saúde («sector convencionado»); e) clínica privada liberal; f) estabelecimentos hospitalares pelo sector privado; g) entidades gestoras de subsistemas.

Podemos enunciar três grandes tipologias de competências ou poderes que se desdobram noutros sub-poderes, pertencentes à Entidade Reguladora da Saúde necessários ao exercício da sua missão, como designadamente, os poderes normativos (ou poderes normativos de natureza regulamentar), os poderes administrativos (ou poderes de autoridade administrativa) e os poderes parajurisdicionais (v.g. poderes de supervisão e poderes sancionatórios). Dentro dos poderes normativos de natureza regulamentar (artigo 15.º, o qual deve ser lido conjuntamente com o artigo 10.º, alínea e)), encontramos o poder de emitir recomendações ou orientações e directrizes (artigos 11.º, alínea a), 15.º e 17.º) e o poder de aprovar os instrumentos de auto-regulação dos prestadores ou operadores (artigo 14.º, alínea d)).

¹⁷ De modo mais desenvolvido, vide LICÍNIO LOPES MARTINS, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp. 225-371, bem como, do mesmo Autor, “Direito Administrativo da Saúde”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010, pp. 225-371.

Encontram-se inseridos nos poderes de supervisão (artigos 19.º e 21.º), os poderes que permitem ordenar inspecções e auditorias, solicitar informações periódicas sobre o funcionamento dos serviços de saúde, sobre os resultados atingidos, os relatórios de contas, etc. Acerca da garantia de livre e leal concorrência, a ERS possui competências decisivas, previstos no artigo 16.º.

De entre os poderes de autoridade administrativa constam o poder de emitir injunções e de ordenar medidas provisórias. Os poderes sancionatórios ou punitivos (artigos 22.º e 23.º, concretizados pelos artigos 61.º a 66.º) abrangem a capacidade de impor a aplicação de coimas (sanções pecuniárias), sanções pecuniárias compulsórias e sanções acessórias (suspensão ou encerramento de serviços e estabelecimentos, inibição de funções de gestão, etc.).

A estes poderes acrescem os poderes arbitrais (artigos 28.º e 29.º) que conferem à entidade reguladora a capacidade para dirimir conflitos entre operadores e entre estes e os utentes-consumidores, assim como, os poderes de apreciação de queixas dos utentes contra os prestadores do serviço de cuidados de saúde (artigo 30.º). Com efeito, veja-se, a este respeito, o artigo 67.º segundo o qual a actividade de natureza administrativa da ERS fica sujeita a controlo do tribunal administrativo (artigo 67.º, n.º11), ao passo que as sanções aplicadas em virtude de infracções de mera contra-ordenação ou as decisões de natureza arbitral são objecto de recurso para o tribunal judicial (comum).

Ora, esta solução permite presumir que as decisões tomadas pela ERS, quando esta intervém na resolução de conflitos entre operadores privados, possuem natureza materialmente arbitral (e não de acto administrativo), consistindo numa decisão arbitral com força de caso julgado e munida de força executiva de primeira instância, passível de recurso para o tribunal comum, nos termos prescritos pela Lei de Arbitragem. Quanto à arbitragem de litígios entre prestadores e/ou entre estes e utentes, encontram-se previstos no artigo 29.º, os poderes da ERS.

No que respeita às decisões em que tenha sido fixada pela ERS uma coima ou uma sanção acessória, é competente o «Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão», podendo modificar aquela decisão, reduzindo ou aumentando a coima ou alterar a sanção acessória aplicada (n.º3, do artigo 67.º).

A ERS enquanto guardião do sector da saúde tem como principais missões, a fiscalização e a supervisão da actividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, essencialmente, no que concerne ao cumprimento dos pressupostos de exercício da actividade e de funcionamento, à garantia dos direitos relativos ao acesso aos cuidados de saúde e dos demais direitos dos utentes, à legalidade e transparência das relações económicas entre os diversos operadores, entidades financiadoras e utentes.

Compete, nesta senda, à ERS: (a) exercer controlo sobre o funcionamento dos estabelecimentos, zelando pelo cumprimento dos requisitos do exercício da actividade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde; (b) assegurar a garantia de acesso aos cuidados de saúde e defesa dos direitos dos utentes,

assegurando o respeito pelos critérios de acesso aos cuidados de saúde e pelos direitos constitucionalmente consagrados dos utentes; (c) proceder à regulação económica (artigo 15.º), velando pela legalidade e transparência das relações económicas estabelecidas pelos vários players do mercado; (d) defender a concorrência (artigo 16.º) nos sectores abertos ao mercado, colaborando com a Autoridade da Concorrência na prossecução das suas atribuições.

No que especificamente respeita à garantia de acesso aos cuidados de saúde e defesa dos direitos dos utentes, em conformidade com os artigos 12.º a 14.º, compete à ERS, entre outras funções: 1º - assegurar o direito de acesso universal e equitativo aos serviços públicos de saúde ou publicamente financiados, nos termos do artigo 12.º, alínea a) e artigo 10.º, alíneas b) e c); 2º - prevenir e punir as práticas de rejeição discriminatória ou infundada de pacientes nos estabelecimentos públicos de saúde ou publicamente financiados (ex. selecção adversa, em que o doente com necessidades de tratamento mais caras são «excluídos»), segundo o artigo 12.º, alínea b); 3º - prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde (artigo 12.º, alínea c)); 4º - zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos privados de saúde; 5º - recepcionar e processar as queixas e reclamações dos utentes, nos termos do artigo 13.º, alínea a) e artigo 30.º; 6º - promover um sistema de classificação dos estabelecimentos de saúde quanto à sua qualidade global, segundo critérios objectivos e mensuráveis; 7º - verificar o (não) cumprimento da «Carta dos Direitos dos Utentes», em conformidade com o artigo 13.º, alínea b), articulado com o artigo 12.º; artigo 14.º, alínea c); 8º - analisar o cumprimento das obrigações legais e regulamentares relativas à acreditação, certificação e licenciamento dos estabelecimentos de saúde (artigo 11.º, alíneas a), b) c)); 9º - assegurar e promover a leal e sã concorrência, mediante imposições de conduta transparente e objectiva, nos termos do artigo 10.º, alínea e), artigo 15.º, alínea a), artigo 16.º, artigo 20.º, artigo 21.º, n.º1.

Em termos gerais, a reforma institucional no âmbito da saúde operada em 2003 e reforçada com o novo DL n.º 126/2014, de 22 de Agosto, trouxe consigo inovações muito relevantes da perspectiva da emergência de uma regulação no sector da saúde.

4. A Regulação Independente como mecanismo de garantia de efectividade do direito à saúde

Uma vez que estamos perante um serviço público que visa concretizar um direito constitucional tão imprescindível ao bem-estar da colectividade, levantam-se imperiosas necessidades ao nível da regulação, exigindo-se o exercício de poderes de vigilância, supervisão e sancionatórios sobre os *players* que violem, por acção ou omissão, o acesso do doente à saúde, em termos de segurança, qualidade e nos limites constitucionalmente prescritos.

Defendemos, por isso, uma política pública de saúde que represente um paradigma de *qualidade* e de *segurança* do serviço de saúde prestado ao doente.

Condição imprescindível da qualidade é a *liberdade de escolha* do doente face ao prestador de cuidados de saúde (com maior liberdade, melhor serviço a melhor preço). De outro passo, tal como referido anteriormente, salientamos a necessidade de defender o doente de práticas discriminatórias por parte de prestadores privados *tout court* ou em regime de Parcerias Público-Privadas, os quais essencialmente vocacionados para o lucro, tendem a recusar o tratamento de doentes, cuja doença se revele demasiado onerosa (v.g. doentes crónicos, doentes paliativos, etc.), sendo este fenómeno conhecido por “selecção adversa”.

Segundo EDUARDO PAZ FERREIRA, a emergência de uma autoridade de regulação no sector da saúde tem como grande finalidade a busca de modos mais eficientes e adequados para assegurar a melhoria da qualidade e eficácia dos serviços públicos, de forma a possibilitar que estes consigam atingir o nível de eficiência e de ganho económico que caracteriza a actuação da actividade económica privada¹⁸.

No que ao sector da saúde respeita, no qual operam em concorrência e simultaneidade prestadores públicos e prestadores privados e em que é fundamental uma adequada regulação no acesso daqueles às infra-estruturas, nas quais se desenrolam as actividades de prestação de cuidados de saúde, primários e diferenciados, a entidade reguladora independente terá como função de destaque a garantia do direito fundamental de acesso à saúde, em termos de efectividade, universalidade e de equidade.

Para tanto, deve ser assegurada a separação entre «Estado operador», seja enquanto prestador, seja na veste de financiador e «Estado regulador ou fiscalizador»¹⁹, como modo de se contribuir para uma regulação imparcial e livre de constrangimentos que se prendem com os interesses dos prestadores públicos em detrimento dos interesses dos demais prestadores e sobretudo dos interesses do utente-consumidor.

Foi abandonado o modelo do instituto regulador tradicional, dependente do executivo (poder central), em que o Estado seria como uma espécie de «juiz em causa própria», aparecendo ora como prestador, ora como regulador dessa prestação, ao arrepio das boas práticas administrativas e dos princípios mais elementares de imparcialidade, objectividade, proporcionalidade e de igualdade, quando consideramos a posição jurídica dos restantes operadores privados, os quais têm o direito de actuar num mercado de livre e leal concorrência.

¹⁸ Neste sentido, *vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, “Em torno da Regulação Económica em tempos de mudança”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal (IDEFF), FDL, Ano I, nº1, janeiro-Março, 2010, pp. 31 e seguintes (*maxime*, pp. 40 e 41).

¹⁹ Assim, *vide* Maria João Estorninho, *Organização administrativa da saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Coimbra, Livraria Almedina, 2008.

Somente com o afastamento de um modelo que impusesse a criação de um organismo pertencente à administração (indirecta)²⁰, mas dotado de independência é que seria viável a efectiva separação entre Estado prestador-financiador do Serviço Nacional de Saúde e o Estado regulador e, nestes termos, foi adoptado o modelo de regulação independente.

Este modelo possui, pois, o mérito de impedir a existência de conflitos de interesse que seriam originados pelo desdobramento funcional do Estado, ao mesmo tempo que atribui aos prestadores privados a garantia de uma regulação pura e independente, não “manietada” pelo Governo.

O sistema de regulação na saúde tem de ser necessariamente independente, em virtude das exigências de separação entre regulação e política de saúde. A distinção entre a definição da política e a sua aplicação/regulação é condição de garantia dos direitos dos cidadãos.

Acresce que a neutralidade da gestão reguladora, isenta de critérios políticos no processo decisório permite alcançar os objectivos de transparência e estabilidade da regulação e torna possível atingir condições mais favoráveis ao planeamento e investimento no sector da saúde.

A imparcialidade da regulação, a garantia de equidade entre todos os prestadores, a defesa dos interesses dos utentes, a coordenação eficiente entre regulados e regulador são unicamente asseguradas por uma regulação verdadeiramente independente do Estado, até porque este também é prestador.

O aparente défice de legitimidade democrática é colmatado por um procedimento transparente e participativo, com o prestar de contas do regulador perante a Assembleia da República, no âmbito de comissões de inquérito ou respostas a indagações/solicitações por parte deste órgão.

Por todo o exposto, pugnamos pela implementação de uma verdadeira política pública de saúde estrutural que tenha o mérito de munir o sistema de saúde português de organismos públicos e mecanismos legais e jurisdicionais, os quais mediante um eficaz e rigoroso *engagement* com a Entidade Reguladora da Saúde sejam aptos à concretização dos desideratos constitucionais e, nessa medida, permitam a qualquer cidadão aceder à saúde, em termos de qualidade e segurança,

²⁰ É na Administração qualificada como «Indirecta», que se encontram os institutos públicos tradicionais, sujeitos ao poder de superintendência do poder central -governo. Ora, a ERS, assim como, outras entidades administrativas de supervisão, como a ERSE (Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos), ERC (Entidade Reguladora para a Comunicação Social) ou ICP-ANACOM (Autoridade Nacional de Comunicações), embora pertençam no âmbito da organização administrativa portuguesa à AP indirecta, não se encontram sujeitos ao controlo exercido pelo Governo sobre os demais institutos públicos, na sua dependência. Assim é, devido à sua missão de regulação e de fiscalização que se pretende que seja exercida com total independência até do próprio Estado. Outra manifestação deste desiderato é o regime de incompatibilidades e de impedimentos dos seus membros.

o que aliás vai de encontro ao espírito da directiva comunitária n.º 2011/24/UE, do PE e Conselho²¹, sobre a prestação de cuidados de saúde transfronteiriços.

A União Europeia manifestou, através desta directiva, a preocupação em assegurar o acesso a cuidados de saúde por parte dos doentes dos Estados membros em condições de segurança e de qualidade, permitindo a sua mobilidade dentro do espaço europeu. Por outro lado, quis promover a colaboração entre os Estados membros no que concerne à definição das prestações de segurança social no domínio da saúde e à organização e prestação de cuidados de saúde e de cuidados médicos, bem como, de outras prestações sociais relacionadas com a doença^{22_23}.

Ora, o Direito da União Europeia prevalece sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, designadamente sobre o Direito Português (artigo 8.º, CRP), pelo que impõe-se ao Estado Português, como prioridade a implementação de políticas públicas de saúde conformes aos princípios e desideratos constantes da supracitada directiva.

A eficiência e a qualidade do serviço público de saúde apenas poderão ser asseguradas, no actual contexto de “mercantilismo da saúde”, através de um sistema de regulação independente. Há, pois, que proporcionar todos os meios e

²¹ A presente directiva qualifica como “*cuidados de saúde transfronteiriços*”²¹, a “situação em que o doente adquire medicamentos e dispositivos médicos num Estado-membro diferente do Estado-membro de afiliação, bem como, a situação em que o doente adquire esses medicamentos e dispositivos médicos num Estado-membro diferente daquele em que a receita foi emitida”.

²² Assim, cfr. ponto 10 da directiva 2011/24/UE, do PE e do Conselho, de 9 de março de 2011.

²³ De entre as soluções constantes na mencionada Directiva podemos enaltecer as seguintes: 1. A prestação de cuidados de saúde encontra-se abrangida pelo âmbito de protecção da liberdade de prestação de serviços; 2. É consagrado um sentido lato do que seja prestação de cuidados de saúde, abrangendo cuidados diferenciados (em hospitais) e não diferenciados (cuidados primários, mas não já cuidados continuados); 3. A liberdade de prestação de serviços médicos inclui a própria liberdade de os destinatários do serviço (doentes) se deslocarem a outro Estado membro para receberem o mesmo; 4. O direito de ser tratado noutro Estado membro existe tanto em sistemas de saúde públicos universais, (caso do sistema português), como em sistemas de saúde apoiados em seguros privados; 5. Permanece como competência própria dos Estados membros a organização dos sistemas de segurança social e de saúde; 6. Poderá excepcionalmente ser admitido um mecanismo de autorização prévia dos Estados – por regra é vista como um impedimento à livre prestação de serviços – com fundamento em “*razões imperiosas de interesse público*”. Apontam-se como principais razões legitimadoras deste mecanismo de salvaguarda nacional invocável por cada Estado-membro: 1) o perigo para a saúde pública²³ – então como proceder com as doenças infecto-contagiosas? Presume-se que se encontram excluídas do leque de actos médicos a ser praticados noutro Estado membro; 2) o risco de colapso financeiro do sistema de saúde do Estado de “acolhimento”, o que parece ser passível de invocação pela maioria dos Estados membros, porquanto a despesa pública dos mesmos com o sector da saúde é elevado e 3) ainda todos os tratamentos médico-cirúrgicos que envolvam necessariamente um planeamento estrutural e “pesado” em termos de infraestruturas por parte dos Estados.

recursos financeiros, técnicos e humanos à Entidade Reguladora da Saúde, bem como, o apoio político-legislativo enquanto política de saúde intergeracional, em respeito pelo princípio de proibição do retrocesso ou do retorno social.

Bibliografia

- Afonso Vaz, Manuel/Carvalho, Raquel e outros, *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984
- Amador/ Olívio Mota, "Desafios da Regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise". Dossier Temático: Reflexões sobre o novo regime jurídico da concorrência, *in Revista da Concorrência e Regulação*, Ano 3, n.º10, abril/junho, Lisboa: IDEFF, 2012
- António/ Isa,
- _ «As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde. O Advento do estado Mínimo de Regulação e o direito de acesso à saúde», pela Universidade de Santiago de Compostela (em fase de publicação), 2014
 - _ "Estatuto e Competências da Entidade Reguladora da Saúde. Em especial em matéria de defesa da concorrência", *Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto* (RED) do CIJE (Centro de Investigação Jurídico-Económica), n.º1, Fevereiro de 2015
- Barros/ Pedro Pita, *Economia da Saúde. Conceitos e Comportamentos*, 3ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2013
- Campos, António Correia de, "Imperfeições e Assimetrias", *in Revista Economia Pura. Tendências e Mercados*, sob o tema de "Os Remédios para a Saúde", Ano V, nº51, Outubro, 2002
- Currea-Lugo/Víctor de, *La Salud como Derecho Humano*, Instituto de Derechos Humanos, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, nº 32, Universidad de Deusto, 2005
- Cluny/António, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- Estorninho/ Maria João, *Organização administrativa da saúde – relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino*, Coimbra: Livraria Almedina, 2008
- Gomes/ Carla Amado, "Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes", *in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- Holmes/Sunstein, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, 1999
- Macho/ Luis Miguez,
- *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Cedecs, Barcelona, 1999
 - "La Transformación del Régimen Jurídico de los Servicios Sociales", *in Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, enero-marzo, 2011
- Martins/ Licínio Lopes, "Direito Administrativo da Saúde", *in Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010
- _ "Direito Administrativo da Saúde", *in Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.III, Coimbra: Livraria Almedina, 2010

- Moreno/Beatriz González, *El Estado Social. Naturaleza Jurídica Y Estructura de los Derechos Sociales*, Universidade de Vigo, Civitas, 2002
- Novais/ Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- Nunes/Rui, *Regulação da Saúde*, 3.^a edição, Porto: Vida Económica, 2014
- Queiroz/Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- Sarlet, Ingo W. / Figueiredo, M. "Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações" in INGO SARLET/LUCIANO TIMM (orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*, Porto Alegre, 2008
- Sarlet/ Ingo W. *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Pamplona: Aranzadi, 2010
- Schwarz/Rodrigo García, *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Pamplona: Aranzadi, 2011
- Vaz, Manuel Afonso/Carvalho, Raquel et al., *Direito Constitucional. O Sistema Constitucional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012

SUBORDINAÇÃO E PARASSUBORDINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEAS: A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A GARANTIA DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Subordination and quasi subordination in contemporary labor relations: employment relationship and warranty of human rights universality

FLÁVIO ALEXANDRE LUCIANO DE AZEVEDO¹

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA²

Universidade de Sergipe

Sumário: Introdução; 1. A efetividade do Direito do Trabalho, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos; 2. Crise e Direito do Trabalho; 3. Parassubordinação – o problema da zona *grise* entre a autonomia e a subordinação; 4. Subordinação – a adaptação de seu conceito ao contexto contemporâneo; 5. Conclusão.

Resumo: A efetividade do Direito do Trabalho é um importante instrumento para a universalização dos direitos humanos. Com a fase da crise do Direito do Trabalho, iniciada na Europa na década de 1970, parcelas do setor produtivo discutem a necessidade da redução da proteção trabalhista como forma de tornar viável sua atividade econômica. Nesse contexto, com a evolução dos processos produtivos, surge a necessidade de revisitar os parâmetros identificadores da relação de emprego. Assim, surgem inovações legislativas para disciplinar relações de trabalho que se encontram na zona *grise* entre autonomia e subordinação, com destaque para o trabalho parassubordinado. Para que se entenda cabível a instituição da parassubordinação, há que se entender que os trabalhadores nela enquadrados possuem grau de hipossuficiência menor em relação aos empregados típicos. É

¹ Mestrando em direito na Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Tiradentes. Auditor-fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho; Pós-graduada em Direito Processual Civil; Mestre em Direito do Trabalho, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora Adjunta IV da Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Coordenadora Regional do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

nesse sentido que surge a necessidade de uma releitura da subordinação, tendo em vista que nos processos produtivos contemporâneos o poder diretivo do empregador é exercido por meios que não a emanção direta e constante de ordens. O estudo de uma ampla concepção da subordinação nos leva a compreender a evolução do seu conceito e a enquadrar os trabalhadores que realmente devem estar sob a proteção da legislação trabalhista na relação de emprego típica.

Palavras chave: subordinação; parassubordinação; processos produtivos contemporâneos, hipossuficiência.

Abstract: The effectiveness of Labor Law is an important tool for the universalization of human rights. With the phase of the Labor Law crisis, which began in Europe in the 1970s, portions of the productive sector discuss the need to reduce labor protection as the way to make viable its economic activity. In this context, with the development of productive processes, there is the necessity to revisit the identifying the employment relationship parameters. Consequently, there are legislative innovations to regulate labor relations that are in grise zone between autonomy and subordination, highlighting the quasi subordination work. To understand the appropriate institution of quasi subordination, it is important to understand that workers that are framed on it have a lower degree of disadvantage from the typical employees. That is why there is the need for a review of subordination, considering that in contemporary processes governing the power of the employer is exercised by means other than direct and constant emanation orders. The study of a broad conception of subordination leads us to understand the evolution of its concept and frame the workers who should actually be under the protection of labor laws in the typical employment relationship.

Keywords: subordination, quasi subordination, contemporary productive processes, disadvantage.

Introdução

O Direito do Trabalho surgiu a partir da constatação de que uma relação específica, qual seja, a relação de emprego, necessitava de uma certa regulação por parte do Estado, a fim de proteger uma das partes da relação, que se entendeu ser hipossuficiente. Devido ao grande desequilíbrio existente entre os dois polos da relação de emprego e à superexploração de trabalhadores foi necessário que houvesse uma limitação da autonomia da vontade, premissa maior do direito civil, de inspiração individualista e patrimonialista, a fim de estabelecer a igualdade real na relação de emprego.

A partir do final da década de 1970, inicia-se o período de crise e transição do Direito do Trabalho, marcada por uma grande revolução tecnológica e pelo fenômeno da globalização. Esta fase trouxe consigo uma forte doutrina neoliberal,

em contraponto ao Estado do Bem-Estar Social, defendendo menos intervenção estatal e a regulação do mercado por suas próprias regras. O entendimento que o Estado deve intervir o mínimo possível nas relações privadas é contrário à expansão da aplicação da tutela do Direito do Trabalho para abarcar as novéis formas de contratação de labor.

A desregulamentação do Direito do Trabalho tem sido defendida com a redução do seu âmbito de aplicação por meio da visão restritiva do conceito de subordinação. Com vistas que a subordinação um dos elementos fático-jurídicos que configuram a relação de emprego, a não configuração da subordinação implica a existência de outra relação de trabalho, que não há relação de emprego, na qual a proteção trabalhista é aplicada em menor grau, o que desonera a produção, ao mesmo tempo em que deixa o trabalhador menos protegido.

A intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida em que é um produto do reconhecimento e da busca de amenizar os efeitos da desigualdade inerente a esta relação, é uma decorrência da vinculação positiva do Estado aos direitos fundamentais³ e da conseqüente busca de fomentar a igualdade material, em lugar da igualdade formal, segundo a qual todos são iguais perante a lei e, por isso, devem ser tratados de maneira igual. Na busca da igualdade material, o Estado deve tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, a fim de possibilitar um melhor equilíbrio de forças em uma dada relação jurídica.

O constitucionalismo contemporâneo, fase do constitucionalismo que se desenvolveu principalmente após o fim da Segunda Grande Guerra, tem como característica a busca da efetividade⁴ e não só da eficácia jurídica dos direitos

³ Parte da doutrina – por todos, Sarlet (2012, p. 27) – se posiciona pela opção terminológica, de que direitos fundamentais são direitos da pessoa que se encontram positivados em um dado ordenamento constitucional e direitos humanos aqueles que se encontram previstos em documentos de direito internacional, por serem inerentes ao ser humano, independentemente de nacionalidade. Naturalmente, a proteção de um direito pode ser, e muitas vezes é, prevista ao mesmo tempo por uma Constituição específica e nos documentos de direito internacional, até porque muitas vezes aquelas são inspiradas nestes. Para o que se discutirá neste trabalho, o que se argumenta em relação à dimensão objetiva, eficácia jurídica e efetividade dos direitos fundamentais, se aplica também aos direitos humanos, motivo pelo qual utilizaremos indistintamente os dois termos.

⁴ Neste estudo, seguiremos a terminologia que distingue a eficácia jurídica da eficácia social e da efetividade. Neves (2011, p. 43) distingue a eficácia em sentido jurídico-dogmático, que se refere à aptidão para aplicabilidade da norma; e a eficácia em sentido sociológico, que se refere à sua concretização, à conformidade das condutas dos destinatários às disposições legais. Distinguindo ainda eficácia social de efetividade, o autor explica que aquela diz respeito à conformidade da conduta dos destinatários à norma e essa se relaciona com o alcance da finalidade pretendida pela atividade legislativa, ou seja, “à concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal.” (NEVES, 2011, p. 48). No seio dessa discussão, torna-se necessário ainda trazermos a ideia de antiefetividade. A antiefetividade ocorre quando a norma eficaz jurídica e socialmente, por ser exigível e observada, produz resultados contrários a sua finalidade (NEVES, 2011, p. 48). Exemplifica-

humanos. Entendemos que a busca da efetividade destes direitos vincula a todos, particulares e Estado – todos os seus poderes. Desta forma, o Estado deve assumir um comportamento não apenas de abstenção, mas um comportamento positivo na busca da concretização dos direitos humanos, entre os quais se incluem os direitos sociais.

Nessa perspectiva, o que se busca dos direitos humanos é, além da eficácia social, a efetividade. Ou seja, a norma precisa não apenas ser cumprida, mas também atingir os objetivos para os quais foi criada. Em um contexto de Estado Democrático de Direito, entendemos que o vínculo 'meio-fim' da norma sempre tem que levar à efetividade dos direitos humanos.

A universalidade⁵ é algo que faz parte da essência dos direitos humanos, posto que seu conceito engloba a ideia de que eles são direitos mínimos para que um ser humano, independente de sua condição de nacionalidade, viva de maneira digna.

Na busca da universalidade dos direitos humanos, destacamos a importância da efetividade do Direito do Trabalho, posto que as condições mínimas de dignidade das pessoas podem ser providas pelo Estado diretamente, mas a relação de trabalho que se desenvolve de maneira equilibrada e com uma remuneração razoável é o instrumento mais efetivo para que os que não são proprietários de meios de produção – grande parte da população – obtenham meios de vida digna.

Partindo da premissa que a efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores é um fator de existência do Estado Social, modelo de Estado desenhado pelas Constituições ocidentais do pós Segunda Guerra Mundial, torna-se imprescindível discutir os fundamentos teóricos que se voltam à busca da efetividade dos direitos humanos. Para isso, será visitado o tema da dupla dimensão dos direitos humanos, com destaque para a dimensão objetiva e seus desdobramentos, especialmente a noção da vinculação positiva do Estado aos direitos humanos.

Em contexto de crise, buscam-se reduzir os custos de produção, sob o argumento de que é a única forma de se manter o nível de emprego e combater os efeitos do encolhimento da economia. Ocorre que a partir dessa concepção, tem ocorrido diversas alterações legislativas que reduzem o custo da mão-de-obra, reduzem a proteção social a que o trabalhador tem direito e em verdade não se tem

se com uma norma que tenha sido criada para aumentar a proteção social e a despeito de ser observada jurídica e socialmente, em vez de aumentar a proteção social, a diminui.

⁵ Não entraremos no mérito das discussões acerca da universalidade dos direitos humanos, no sentido de questionar se os direitos humanos devem ser válidos para todos os países de todas as culturas (RAMOS, 2014, p. 171 e seguintes). Isto porque entendemos que para a discussão que se faz neste trabalho, o mais importante é reconhecer que os direitos humanos, ao menos no que diz respeito ao âmbito interno de um país, devem ser promovidos a todos os cidadãos sem distinção de nacionalidade, pelo fato de serem entendidos como os direitos mínimos que um ser humano deve gozar para que viva com dignidade.

conseguido os efeitos desejados, posto que não há notícia de que os países que reduziram o âmbito de aplicação da legislação trabalhista tenham retomado seu nível de emprego.

Um dos efeitos das recentes alterações legislativas em relação ao âmbito de aplicação do Direito do Trabalho, e que tem relação direta com o reconhecimento da relação de emprego típica é o instituto da parassubordinação, figura que se encontra na zona *grise* entre o empregado e o trabalhador autônomo e na qual se enquadra aquele trabalhador que, a despeito de não estar sujeito de maneira suficientemente forte ao poder diretivo do empregador, não dirige sua própria atividade, nem apresenta real independência do tomador de serviço, a ponto de ser considerado autônomo.

Nessa mira, surgiu na Espanha o “trabalhador economicamente dependente”, conhecido como “TRADE”, cuja inspiração é o “trabalhador parassubordinado”, caracterizado como trabalho “coordenado, continuativo e de colaboração”, do direito italiano. Esses trabalhadores possuem um grau de proteção bastante reduzido comparado com a relação de trabalho subordinado, já que muitos dos aspectos do contrato de trabalho não são regulados por norma cogente e ficam, portanto, por conta da autonomia da vontade das partes.

Parte da doutrina brasileira defende a aplicação da parassubordinação no ordenamento pátrio, sob o argumento de que é um fator de aumento da proteção trabalhista, tendo em vista que dispensará alguma proteção, ainda que reduzida, a trabalhadores que são autônomos.

Em contraponto à ideia da parassubordinação, entendemos que as formas de organização produtiva passaram por grande evolução desde o surgimento do Direito do Trabalho. Assim, os processos produtivos contemporâneos muitas vezes se dão de maneira pulverizada⁶, o que não significa necessariamente que o trabalhador desenvolve a sua atividade laboral de maneira autônoma. A forma pela qual o empregador emana suas ordens aos empregados sofreram também diversas mudanças no decorrer desse processo evolutivo.

O estudo da evolução dos processos produtivos a partir do fordismo, taylorismo e toyotismo é essencial para a compreensão da face contemporânea do poder diretivo do empregador. Todas essas teorias que desenvolveram a linha de produção têm como ideia central a separação rígida entre planejamento e execução da atividade laboral, com a finalidade de direcionar os meios de produção para a máxima produtividade com o menor custo, a fim de se manter no mercado competitivo.

O conceito de subordinação deve acompanhar a evolução das relações de trabalho, para que haja a adaptação da norma ao contexto social ao qual é aplicada, o que nos leva a enxergar a subordinação, desde que o trabalhador não tenha autonomia organizativa de seu trabalho, ainda que não receba ordens diretas e

⁶ Processo que se costuma chamar de “outsourcing”.

constantes por parte do tomador de serviço. Isso porque a subordinação, assim como tudo o que diz respeito ao Direito e às ciências sociais, não é um conceito estático.

Assim, em item específico desse trabalho, discutiremos os contornos da subordinação em suas acepções clássica, dependente de ordens constantes e diretas, e contemporânea, em que o poder diretivo do empregador se exerce por diversos meios, dependendo do processo produtivo que se utiliza. É neste contexto surge a noção objetiva de subordinação, cuja ideia central é que o trabalhador acolhe o poder diretivo do empregador pelo fato de sua atividade se inserir no âmbito do processo produtivo do tomador de serviço e essa inserção é suficiente para que se reconheça a subordinação no seio da relação de trabalho. O trabalhador nesse caso, labora atendendo o que é necessário para o processo produtivo do tomador de serviços, com as especificações técnicas e no momento por este exigidos.

1. A efetividade do direito do trabalho, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos

A concepção atual dos direitos humanos tem ideias centrais em seu conceito. Uma, é a universalidade, segundo a qual os direitos humanos são reconhecidos como direitos mínimos para que um ser humano viva com dignidade, o que nos leva a concluir que estes direitos têm que ser promovidos a todas as pessoas, pois todos os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem, são seus titulares (RAMOS, 2014, p. 174).

A outra ideia é a da indivisibilidade e interdependência, segundo a qual os direitos humanos são intercambiáveis entre si. Assim a classificação dos direitos humanos em direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais tem valor didático, mas não tem o condão de dispensar maior importância a uma classe de direitos humanos do que a outra, porque todos eles devem ser promovidos indistintamente, e a efetividade de todos eles é essencial:

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si. (PIOVESAN, 2009, p. 9).

A evolução da concepção de Estado tem reflexos diretos tanto no conteúdo dos direitos humanos quanto no papel do Estado em face deles. Assim, por ocasião

do surgimento do Estado liberal em contraposição ao Estado absolutista, o Estado tinha dever de respeitar os direitos fundamentais por meio da mera abstenção. Em uma segunda fase, temos a ampliação dos direitos fundamentais, com o reconhecimento desse "status" a diversos direitos sociais, cujo marco são as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919; e por último, temos a fase do constitucionalismo contemporâneo, onde ganha força a discussão acerca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, marcada pelas Constituições promulgadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, reconhecida desde o Estado liberal, imprime a perspectiva de que estes direitos, pertencentes ao indivíduo, são oponíveis contra o Estado, inicialmente visto como o único seu potencial ofensor. O constitucionalismo contemporâneo, na busca da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, complementa a ideia da dimensão subjetiva, reconhecendo também a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que fez com que estes fossem vistos como norte de todo o ordenamento jurídico, servindo como vetor de interpretação e como limites à normatização infraconstitucional que se entenda contrária à efetividade destes direitos.

Assim, a dimensão objetiva impõe ao Estado não apenas a abstenção, mas um comportamento positivamente vinculado à efetividade dos direitos humanos. A principal forma pela qual o Estado cumpre sua função de concretização e desenvolvimento dos direitos humanos é por meio da elaboração de leis (GAVARA DE CARA, 2007, p. 279). O Tribunal Constitucional Federal alemão relaciona a dimensão jurídica objetiva dos direitos fundamentais não apenas com a interpretação e aplicação do direito, mas também com sua criação. Neste sentido, podemos afirmar que "a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos." (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 71).

As Constituições Mexicana de 1917 e a Alemã de Weimar de 1919 são citadas como marco de inserção de direitos sociais entre os direitos fundamentais mas foram marcadas também pela falta de concretização desses direitos (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 45). Sem diminuir a importância destas Constituições, para que tenhamos verdadeiramente Estado de Direito, é necessário ir além da previsão constitucional de direitos fundamentais. É fundamental que o Estado desenvolva ações no sentido de promover, proteger e tutelar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive, quando necessário, dotando-os de bens materiais necessários para o gozo daqueles direitos.

A necessidade da realização do comando das normas constitucionais no plano dos fatos é defendida desde Konrad Hesse, que reconhece que a Constituição não é só a "Constituição real" constituída pelas forças sociais e políticas, sendo também a "Constituição jurídica", com força normativa e com influência sobre a realidade social:

Para usar a terminologia acima referida, "Constituição real" e "Constituição jurídica" estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. (HESSE, 1991, p. 15).

Entre os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988, se incluem os direitos sociais. O capítulo da Constituição de 1988 que trata dos direitos sociais se encontra no Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais. Foi clara, portanto, a opção do constituinte, na esteira de diversas outras constituições contemporâneas, em alçar à categoria de direitos fundamentais os direitos sociais. Esta opção decorre da constatação de que apenas os direitos fundamentais de primeira dimensão não eram suficientes para que os cidadãos vivessem de forma digna.

Para o que se discute neste trabalho, entre os direitos humanos sociais destacamos os direitos trabalhistas. Entendemos que a efetividade dos direitos humanos e a existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito depende da efetividade do próprio Direito do Trabalho e do princípio da proteção que lhe é característico. Nessa linha:

São impensáveis a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito sem a presença de um Direito do Trabalho relevante na ordem jurídica e na experiência concreta dos respectivos Estado e sociedade civil. É que grande parte das noções normativas de democratização da sociedade civil (e, em certa medida, também do Estado), garantia da dignidade da pessoa humana na vida social, garantia da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no plano da sociedade, subordinação da propriedade à sua função social, garantia da valorização do trabalho na atividade econômica e do primado do trabalho e especialmente do emprego na ordem social, desmercantilização de bens e valores cardeais na vida socioeconômica e justiça social, em suma, grande parte das noções essenciais da matriz do Estado Democrático de Direito estão asseguradas, na essência, por um amplo, eficiente e incisivo Direito do Trabalho disseminado na economia e sociedade correspondentes. (DELGADO; DELGADO, 2012, p. 47).

A redução da proteção do Direito do Trabalho, tão pretendida por uma parte significativa do setor produtivo, vai de encontro, portanto, ao Estado Democrático de Direito desenhado pelas constituições ocidentais, por ser um fator que vai levar ao prejuízo da efetividade dos direitos humanos sociais.

2. Crise e direito do trabalho

A partir da década de 1970, tem início a crise do Direito do Trabalho, devido ao fim do período de crescimento econômico pela qual passou a Europa a partir do

fim da Segunda Guerra Mundial. Isto porque, em tempos de crise, é uma afirmação corriqueira a necessidade de redução dos custos da contratação de mão-de-obra, a partir de reformas que reduzam e flexibilizem as normas de proteção ao trabalho. Nesse sentido, o modelo do Estado do Bem-estar Social é bastante criticado e com isso tem ocorrido diversas reformas que vão no sentido da flexibilização pretendida.

Algumas vozes dissonantes desse discurso, observando os efeitos nas relações de trabalho causados pelas reformas anteriores, argumentam que a redução dos custos da mão-de-obra não se mostraram eficientes em sua finalidade de aumentar os níveis de emprego, mas produzem apenas piora das condições sociais dos trabalhadores, diminuição da representatividade sindical laboral e aumento do poder do empregador. Sobre as reformas ocorridas no ordenamento espanhol, temos:

Esta conclusión tan asertiva es algo que todos conocen/conocemos. Las posiciones gubernamentales y empresariales que siguen reiterando como un mantra la necesidad de seguir reformando la ley laboral como condición para la recuperación económica y la creación de empleo saben perfectamente que emplean un argumento falso, que no resiste la comparación histórica con los ciclos de creación y destrucción de empleo en nuestro país, ni puede explicar las diferencias abismales entre las distintas regiones españolas en razón del nivel de empleo⁷. (BAYLOS, 2013, p. 117).

É importante destacar que a redução dos custos da mão-de-obra por meio da diminuição da proteção da legislação trabalhista implementa-se de duas maneiras (PORTO, 2009, p. 95), quais sejam: redução das próprias tutelas existentes na legislação e redução do campo de incidência da tutela. O campo de incidência da tutela trabalhista é função do reconhecimento da relação de trabalho subordinado, porque a subordinação é pressuposto para a aplicação da tutela. Assim, pode-se diminuir o âmbito de aplicação da proteção trabalhista reduzindo-se o conceito de subordinação, e criando-se tipificações de relações de trabalho configuradas como autônomas.

Nos parece que a redução da proteção trabalhista por qualquer das duas maneiras citadas acima, ainda que em contextos de crise, não é a melhor solução, justamente porque a efetividade do Direito do Trabalho e consequentemente dos direitos sociais dependem de que se tenha em mente sempre o princípio da proteção, para que as pessoas que trabalham tenham uma vida digna:

⁷ “Esta conclusão tão positiva é algo que todos conhecem/conhecemos. As posições governamentais e empresariais que seguem repetindo como um mantra a necessidade de continuar reformando a lei laboral como condição para a recuperação econômica e a criação de emprego sabem perfeitamente que usam um argumento falso, que não resiste à comparação histórica com os ciclos de criação de emprego em nosso país, nem pode explicar as diferenças abismais entre as distintas regiões espanholas em razão do nível de emprego.” (tradução livre)

El proceso histórico de la sujeción del trabajo al Derecho responde, antes que a un propósito de buena ordenación productiva, a una exigencia, universalmente sentida, de dignificación de las condiciones de vida y trabajo de una capa mayoritaria de la población, la formada precisamente por los trabajadores asalariados⁸. (MELGAR, 2013, p. 31).

Deve-se ter em mente que o reconhecimento da autonomia da vontade não significa que ela é exercida de maneira absoluta, sem limites, mas, sim, deve ser vista como autonomia privada da vontade, harmonizando-se com a efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores. Do contrário, representaria, em verdade, a negação da liberdade real especialmente nos contextos em que as partes da relação estiverem em condições muito diferentes de poder:

Para a Lei Fundamental, que desvaloriza e sujeita a restrições bastante amplas a propriedade privada e a liberdade de empresa, garantes da liberdade são os direitos fundamentais, cujo conceito constitucional não é meramente formal, antes aparecendo rodeado das garantias e condições materiais do seu exercício e da sua real efetivação.

É, pois, esta a liberdade que a ordem jurídico-constitucional pretende garantir, uma liberdade real e efetiva, um verdadeiro poder de autodeterminação dos diversos sujeitos de direito, sem o qual, aliás, os próprios princípios de direito civil não passarão de uma ficção. Na verdade, a autonomia privada e a liberdade negocial só fazem sentido se forem exercidas de forma livre e esclarecida, isto é, pressupõem, para serem reais, a possibilidade de uma verdadeira autodeterminação daqueles sujeitos, o que só pode ser garantido pela actuação dos direitos fundamentais. (ABRANTES, 2005, p. 128).

Especialmente no Direito do Trabalho, em que se encontra marcada a grande diferença entre as partes, leva-nos a concluir que a consagração da autonomia da vontade pura e simples vai fazer com que a parte mais forte imponha as cláusulas contratuais ao trabalhador:

Na realidade, nem os sujeitos dispõem de igual liberdade quanto à celebração do negócio, nem detêm iguais possibilidades quanto à estipulação de cláusulas negociais ou à exigência do seu cumprimento, manifestando-se assim um claro desequilíbrio, que tende a acentuar-se em conjunturas de desemprego. Contrariamente ao empregador, o trabalhador tem absoluta necessidade de outorgar o contrato, uma vez que para ele é vital alienar a disponibilidade da

⁸ “O proceso histórico da sujeição do trabalho ao Direito atende, antes que a um propósito de boa ordenação produtiva, a uma exigencia, universalmente sentida, de dignificação das condições de vida e trabalho de uma parcela majoritária da população, a formada exatamente pelos trabalhadores asalariados.” (tradução livre)

sua força de trabalho, única mercadoria de que é possuidor, a fim de auferir o sustento próprio e do seu agregado familiar. (ABRANTES, 2005, p. 36).

Assim, a existência da crise e a necessidade de proteção da liberdade das pessoas não podem ser argumentos a ensejar a flexibilização cada vez maior do Direito do Trabalho, a uma porque as diversas alterações legislativas nesse sentido não se mostraram efetivas no aumento do nível de emprego e na consequente diminuição da crise; a duas porque a autonomia privada deve ser exercida de maneira compatível com os direitos humanos e a três porque a falta de intervenção do Estado em relações marcadas pela diferença de poder entre as partes protege a liberdade apenas de uma das partes já que a liberdade da parte hipossuficiente nestas condições é apenas formal.

3. Parassubordinação – o problema da zona *grise* entre a autonomia e a subordinação

A parassubordinação é um instituto que surgiu no direito italiano com o objetivo de conceder alguns direitos aos trabalhadores que se encontram na zona *grise* entre a subordinação e a autonomia, implementando uma pequena proteção trabalhista. Entre os países ibero-americanos, a Espanha é o melhor exemplo para o estudo dos contornos e dos efeitos da parassubordinação, por tê-la introduzido em seu ordenamento por meio da Lei 20/2007 – *Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, LETA.

Esta lei foi criada a fim de regular os aspectos relativos às relações de trabalho autônomas “*stricto sensu*” e também para regular a configuração e os direitos dos trabalhadores parassubordinados espanhóis, denominados *trabajadores autónomos económicamente dependientes* – TRADE’s, para resolver o problema do enquadramento das relações de trabalho que se encontram na zona *grise* entre a autonomia e a subordinação. Nesse sentido, transcrevemos o oitavo parágrafo do item III do preâmbulo da Ley 20/2007:

La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el artículo 11, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo.⁹

⁹ “A intenção do legislador é eliminar esas zonas fronteiriças cinzas entre as três categorías. Daí que o artigo 11, ao definir o trabalhador autónomo economicamente dependente seja muito restritivo, delimitando conforme critérios objetivos as hipóteses em que a atividade se executa fora do âmbito de organização e direção do cliente que contrata o autónomo.” (tradução livre)

Em primeira análise, a previsão legal do trabalhador parassubordinado foi vista como um fator de aumento do âmbito de aplicação da tutela da legislação trabalhista, por dispensar certo grau de proteção trabalhista ao trabalhador que se encontra na zona *grise* e que, não havendo a previsão legal da relação de trabalho subordinada, se enquadrariam como autônomos puros, sem nenhuma proteção da legislação trabalhista (ROBORTELLA, 2012, p. 275).

Todavia, este não é o melhor caminho com vistas a efetividades dos direitos humanos do trabalho. Em atenção aos contornos que têm sido utilizados para definir o trabalho parassubordinado, a melhor opção seria ampliar o conceito de subordinação, o que ensejaria o enquadramento destes trabalhadores da zona *grise* na relação de trabalho subordinada, com proteção trabalhista integral (SOUTO MAIOR, 2011, p. 60).

A figura do trabalhador autônomo economicamente dependente – TRADE - está prevista no artigo 11.1 da LETA¹⁰. Os contornos gerais da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente são a prestação pessoal de serviços e o fato desse trabalhador depender economicamente de um cliente, porque pelo menos setenta e cinco por cento de sua remuneração é proveniente de sua relação com este.

A forma de prestação de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes se constitui predominantemente de elementos do trabalho autônomo, mas também por alguns elementos do trabalho subordinado (VIZUETE, 2012, p. 30).

A dependência econômica, necessariamente existente pelo fato de que, ao menos 75% dos rendimentos do TRADE são percebidos de um único cliente, os diferencia dos trabalhadores autônomos *stricto sensu* ao mesmo tempo que os coloca em uma situação de necessidade de proteção similar aos trabalhadores assalariados (VIZUETE, 2012, p. 43). A questão que aqui necessariamente se coloca é se há razão para que a proteção trabalhista do TRADE seja aplicada em um grau inferior à do trabalhador subordinado.

¹⁰ Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo

1. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

“Artigo 11. Conceito e âmbito subjetivo

1. Os trabalhadores autónomos económicamente dependentes a os que se refere o artigo 1.2.d) da presente Lei são aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominante para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, de que dependem economicamente por perceber dele, ao menos 75 por cento de suas retribuições por rendimentos de trabalho e de atividades econômicas ou profissionais.” (tradução livre)

Note-se que a expressão “ao menos 75%” permite enquadrar entre os trabalhadores parassubordinados espanhóis um trabalhador cuja remuneração recebida de um só cliente varia de 75 a 100%, ou seja, permite-se inclusive a exclusividade de cliente do TRADE.

O artigo 11.2.a da LETA estabelece que o TRADE não pode contratar outros trabalhadores nem subcontratar parte ou toda sua atividade com terceiros. Com essa previsão, se acentua o caráter pessoal e individual da prestação de serviços do TRADE. Este requisito, exatamente por acentuar a característica da dependência econômica do TRADE, o aproxima ainda mais do trabalhador subordinado.

Recentemente, a Ley 31, de 9 de setembro de 2015, alterou a redação deste dispositivo trazendo hipóteses em que é possível a contratação de um trabalhador pelo TRADE para substituir a si próprio em sua atividade laboral¹¹.

Ainda com relação à configuração da dependência econômica do TRADE, a LETA, no seu artigo 11.2.b, estabelece que o serviço dos TRADE's deve ser prestado necessariamente de maneira diferente da dos trabalhadores assalariados¹². O motivo desta disposição é que caso contrário, estaremos diante de uma situação em que claramente há a configuração da subordinação direta e não apenas da

¹¹ Lo dispuesto en el párrafo anterior, respecto de la prohibición de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, no será de aplicación en los siguientes supuestos y situaciones, en los que se permitirá la contratación de un único trabajador: 1. Supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses. “O disposto no parágrafo anterior, a respeito da proibição de ter a seu cargo trabalhadores por conta *ajena*, não será aplicado nas seguintes hipóteses e situações, nas quais se permitirá a contratação de um único trabalhador: 1. Hipóteses de risco durante ” 2. Períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente. 3. Por cuidado de menores de siete años que tengan a su cargo. 4. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada. 5. Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, debidamente acreditada.

“O disposto no parágrafo anterior, a respeito da proibição de ter a seu cargo trabalhadores por conta *alheia*, não será aplicado nas seguintes hipóteses e situações, nas quais se permitirá a contratação de um único trabalhador: 1. Hipóteses de risco durante a amamentação de um menor de nove meses. 2. Períodos de licença por maternidade, paternidade, adoção ou acolhimento, pré-adoativo ou permanente. 3. Por cuidado de menores de sete anos que tenham a seu cargo. 4. Por ter a seu cargo um familiar, por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau inclusive, em situação de dependência, devidamente comprovada. 5. Por ter a seu cargo um familiar, por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau inclusive, com uma deficiência igual ou superior a 33 por cento, devidamente comprovada.” (tradução livre)

¹² Essa disposição legal tem a finalidade de coibir fraudes à relação de trabalho, porque, a subordinação depende do modo pelo qual a atividade laboral é desenvolvida e por isso, no momento em que há trabalhadores parassubordinados prestando sua atividade da mesma forma que os trabalhadores subordinados, há uma clara fraude no que diz respeito ao enquadramento da relação de trabalho.

dependência econômica e a fronteira entre os TRADE's e os assalariados estará definitivamente excluída.

Identifica-se na nova espécie de relação de trabalho - TRADE - muito mais traços de empregado do que do trabalhador autônomo, como se vê a seguir:

Además, la configuración que se hace en la LETA de los TRADE choca con lo que técnicamente se ha entendido como trabajador autónomo, debido a que los trazos perfilados por la norma se acercan y aproximan más a una relación laboral, con especialidades, que a una verdadera relación de tipo civil o mercantil entre cliente y trabajador. (HERNANDEZ NIETO, 2010, p. 181).¹³

Analisando a existência da subordinação na relação de trabalho dos parassubordinados sob a perspectiva multidimensional do poder diretivo do empregador, verifica-se não há em essência diferença entre estes e os trabalhadores subordinados, o que torna injustificável a criação dessa nova figura:

Em realidade, não se trata de criar nova figura. Trata-se, sim, ao fim e ao cabo, de uma deturpação da figura tradicional do empregado. Se o trabalhador supostamente "autônomo" trabalha de forma pessoal e contínua para um tomador específico, sem autonomia ou liberdade, integrado na atividade produtiva do empresário, não se trata, verdadeiramente, de trabalhador autônomo ou "autônomo por conta alheia", mas, nada mais, nada menos, que um empregado travestido de autônomo. Em verdade, um empregado. (HENRIQUE, 2011, p. 207).

A dependência econômica torna o trabalhador parassubordinado tão hipossuficiente quanto o subordinado. A necessidade da proteção da legislação trabalhista decorre da hipossuficiência do trabalhador e não da subordinação em si. A subordinação é um critério criado pelo sistema para configurar a relação de emprego. A previsão legal de um novo tipo de relação de trabalho na qual o trabalhador tem o mesmo grau de hipossuficiência que os empregados, não se mostra condizente com a busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, já que a consequência desta normatização especial é a redução do grau de aplicação da tutela a esta nova espécie de trabalhador.

Nessa mesma linha:

Dessa forma, o que distinguiria o trabalhador subordinado do parassubordinado é apenas a dependência pessoal, pois ambos se encontram na mesma situação de hipossuficiência. Por isso discordamos dessa distinção. O que justifica a aplicação das tutelas trabalhistas, como já notado, não é a sujeição às ordens patronais, mas, sobretudo, a hipossuficiência do trabalhador. Se ambos -

13 "Além disso, a configuração que se faz na LETA dos TRADE choca com o que tecnicamente se tem entendido como trabalhador autônomo, devido a que os traços perfilados pela norma se aproximam mais a uma relação laboral, com especialidades, que a uma verdadeira relação de tipo civil ou mercantil entre cliente e trabalhador." (tradução livre)

subordinados e parassubordinados – encontram-se nessa situação, o fato de se excluir esses últimos do campo de aplicação das normas trabalhistas é discriminatório. Trata-se de uma distinção sem um motivo razoável, pois a ausência de dependência pessoal não é uma razão válida para excluir a aplicação das tutelas trabalhistas. (PORTO, 2009, p.106).

A situação de instabilidade do parassubordinado, com a aplicação apenas parcial dos direitos normalmente estabelecidos aos empregados, os torna ainda mais vulneráveis do que os subordinados, principalmente quando se leva em conta que a maioria dos aspectos das relações de trabalho parassubordinadas podem ser pactuadas pelas partes, no exercício de sua autonomia da vontade:

Mas as sequelas da parassubordinação avançam para muito além do próprio Direito. Remetido a si mesmo, esse trabalhador a meio caminho perde a consciência de classe; privatiza-se enquanto cidadão; passa a compor o que Gorz chama de não classe, desculturado e mais uma vez solto. Além disso, tende a se tornar um trabalhador fluido, dócil, flexível – e, nesse sentido, ainda mais subordinado do que o empregado formal. (VIANA, 2011, p. 29).

Verifica-se, portanto, que, tanto quanto o trabalhador subordinado, o parassubordinado necessita de proteção em relação ao tomador de seus serviços, tendo em vista a situação de hipossuficiência em que o mesmo se encontra. Sob essa perspectiva, não se justifica a criação deste *tertium genus* com grau de proteção trabalhista menor do que o dos empregados subordinados.

Quanto à proteção social dispensada aos TRADE's, repisamos que, em relação aos trabalhadores subordinados, ela é bastante reduzida. O artigo 14.1 da LETA, por exemplo, estabelece que o TRADE tem o direito de interromper sua atividade por um período de 18 dias úteis por ano. Ocorre que no silêncio deste dispositivo legal quanto à remuneração destes dias, a celebração do contrato entre o TRADE e o cliente é que vai defini-la. Ou seja, não se garante por norma cogente que os dias de descanso anual sejam remunerados.

Da mesma forma se passa com o artigo 16 da LETA, que estabelece as causas de interrupção justificada da atividade do TRADE. Esta previsão tem a finalidade apenas de garantir a continuidade do contrato de trabalho e impedir que estas interrupções ensejem a extinção do contrato por vontade do cliente, mas a definição se as interrupções serão remuneradas também será objeto de cláusula contratual, posto que a lei silencia a respeito. Normalmente, por mais justificada que esteja a interrupção da prestação de serviços, ocorrerá uma diminuição da remuneração do TRADE, fato ainda mais grave quando se leva em conta o fato de que pelo menos 75% da sua remuneração, será proveniente da relação dele com seu cliente.

A definição da jornada de trabalho, dos feriados e dos descansos semanais e a fixação de indenização por resolução do contrato de trabalho são outros tantos

exemplos que na relação de trabalho subordinada são definidos por normas cogentes mínimas que permitem que as partes as alterem apenas para melhorar a condição do trabalhador, parte hipossuficiente da relação, e que na relação de trabalho dos TRADE 's são de livre alteração pelas partes.

Vale dizer que a autonomia privada, em um contexto de desigualdade das partes da relação, certamente característica da relação de trabalho dos TRADE 's devido a sua dependência econômica, não passa de liberdade formal. Isto porque a parte mais fraca da relação vai quase sempre abrir mão de seus direitos, pois a opção será isto ou abrir mão do trabalho e da sua remuneração.

Nesse aspecto, cremos que reside o motivo da distinção de tratamento que o Estado deve ter entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, de acordo com o que noz traz Melgar (2013, p. 269):

Mientras que el Código Civil eleva a la categoría de contrato arquetípico aquel en que la relación jurídica se configura de acuerdo con los dictados de la autónoma voluntad de las partes (los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente..... según la permisiva fórmula del art. 1255 del Código, solo condicionada al genérico cumplimiento de la ley, la moral y el orden público), la relación jurídica de trabajo recibe una vasta ordenación imperativa desde fuera del dominio de la autonomía de la voluntad de las partes.¹⁴

A situação de dependência econômica dos TRADE 's os coloca em posição de total desigualdade em relação ao seu cliente, o que reduz sobremaneira, quando não elimina, a possibilidade deste trabalhador influir nas condições do seu contrato de prestação de serviços. Em verdade, no mais das vezes, os TRADE 's celebram contratos de adesão com seu cliente, em que sua opção é apenas aceitar as condições impostas, ou não celebrar o contrato. Nesse sentido:

En cuanto al fenómeno de la contratación en masa, estamos ante un instrumento que permite a las empresas regular el contenido de un conjunto de contratos referentes al mismo tipo de prestación, homogeneizándolos mediante cláusulas predeterminadas. De esta forma, al ser establecidas individualmente por aquéllas, el TRADE como sujeto contractualmente debilitado a consecuencia de su situación de dependencia económica, ve notablemente reducido el margen negocial que tiene reconocido.¹⁵ (VIZUETE, 2012, p. 79).

¹⁴“Enquanto o Código Civil eleva à categoria de contrato arquetípico aquele em que a relação jurídica se configura de acordo com os ditames da autonomia da vontade das partes (os contratantes podem estabelecer os pactos, cláusulas e condições que entendam convenientes..... segundo a fórmula permissiva do artigo 1255 do Código, condicionado somente ao genérico cumprimento da lei, da moral e da ordem pública), a relação jurídica de trabalho recebe uma vasta ordenação imperativa que foge ao domínio da autonomia da vontade das partes.” (tradução livre)

¹⁵“Em relação ao fenômeno de contratação em massa, estamos diante de um instrumento que permite às empresas regular o conteúdo de um conjunto de contratos referentes ao

Em Portugal, o que mais próximo temos de regulação da relação de trabalho na zona *grise* são as chamadas “situações equiparadas”, estabelecidas no artigo 10º do Código do Trabalho, que pretende enquadrar trabalhadores sem subordinação jurídica, mas que trabalhem sob dependência econômica do beneficiário da atividade. No caso do Direito Português, inexistente definição dos requisitos fáticos que ensejem a situação equiparada, e é ainda mais reduzida do que em Espanha a proteção trabalhista dispensada a estes trabalhadores, já que o citado artigo 10º determina a aplicação a eles somente das normas legais respeitantes a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança e saúde no trabalho.

No Brasil, há alguma jurisprudência reconhecendo a parassubordinação, a despeito da falta de previsão legal¹⁶. Entendemos que esse reconhecimento da parassubordinação quando não é prevista pela legislação é ainda pior para o trabalhador. Isto porque onde a parassubordinação foi instituída, a proteção ao trabalhador existe ainda que em um grau insuficiente, conforme argumentamos acima. No Brasil, pela falta de previsão legal, quando se reconhece a parassubordinação, faz-se para reconhecer a inexistência de vínculo de emprego e, assim, considerar a relação de trabalho como autônoma e portanto sem qualquer grau de proteção trabalhista.

A ideia de que os processos produtivos evoluíram a um ponto em que os trabalhadores possuem mais conhecimento tecnológico e, que por isso, são menos subordinados do que outrora não se mostra de acordo com a realidade. Em verdade, a grande maioria dos trabalhadores desenvolve sua atividade de maneira cada vez mais controlada pelo tomador de serviço, o que lhe retira qualquer autonomia:

A imagem da empresa transformada em lugar de aperfeiçoamento pessoal para seus assalariados é pois, uma criação essencialmente ideológica. Obscurece a percepção das transformações reais, a saber: a empresa substitui o trabalho por máquinas, produz mais e melhor

mesmo tipo de prestação, homogeneizando-lhes mediante cláusulas predeterminadas. Desta forma, ao serem estabelecidas individualmente por aquelas, o TRADE, como sujeito contratualmente debilitado em devido a sua situação de dependência econômica, vê notavelmente reduzida a margem negocial que tem reconhecida.” (tradução livre)

¹⁶ Nesse sentido é a seguinte decisão: **E M E N T A:** CONTRATO DE PARCERIA. CABELEIREIRO. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. Diante da regularidade do contrato de parceria firmado entre as partes, com o ajuste de percentual expressivo a título de rateio; além da ausência dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, não há que se falar em existência de relação empregatícia. ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. FIXAÇÃO DE HORÁRIO. PARASSUBORDINAÇÃO. O fato de o locador reservar-se ao direito de estipular o seu horário de funcionamento não caracteriza a existência de um poder diretivo quanto às atividades do autor. Trata-se de mera organização empresarial, atendendo ao mínimo de coordenação a que todas as relações humanas devem observância. (Processo Nº 0050000-67-2012.5.16.0016; data de publicação: 28/05/2013). TRT da 16ª Região. Relatora: Des. Márcia Andrea Farias da Silva. Consulta disponível em: <<http://www.trt16.jus.br/site/index.php?acao=conteudo/jurisprudencia/index.php>>. Acesso em 15/06/2014.

com uma fração decrescente dos efetivos antes empregados e oferece aos trabalhadores de elite que ela seleciona privilégios que têm por contrapartida o desemprego, a precariedade do emprego, a desqualificação e a insegurança da grande maioria.

A mudança técnica produz, portanto, como seu efeito, a segmentação e a desintegração da classe operária. Uma elite é ganha, em nome da ética do trabalho à colaboração com o capital; a massa é precarizada ou marginalizada e serve de exército de reserva a uma indústria que deseja poder rapidamente ajustar o número de empregados às variações da demanda. (GORZ, 2003, p. 71).

Esse problema se torna ainda mais grave quando se leva em conta que, na tipificação de relações de trabalho supostamente com menor grau de subordinação, e portanto com menor grau de proteção ao trabalhador, na maioria das vezes são empurrados para esses postos exatamente os trabalhadores menos qualificados, que possuem menor remuneração e que, por isso, tem uma condição de hipossuficiência ainda maior do que a dos demais trabalhadores. Ou seja, tipificam-se relações de trabalho menos protegidas exatamente para quem mais precisa de proteção.

Dessa forma, pensamos que os contornos que foram definidos para os trabalhadores parassubordinados espanhóis, especialmente a porcentagem de remuneração percebida de um mesmo cliente, nos parecem enquadrar nesta figura trabalhadores cuja hipossuficiência tem o mesmo grau dos trabalhadores assalariados, o que torna injustificada a previsão legal de uma tutela protetiva que, como se argumentou, é bastante insuficiente.

Diante disso, cabe revisitar o conceito de subordinação, imprimindo efetividade aos direitos humanos dos trabalhadores, elevando os trabalhadores parassubordinados ou os TRADE's à condição de "cidadão social".

4. Subordinação – a adaptação de seu conceito ao contexto contemporâneo

A subordinação é o pressuposto de fato que foi criado para diferenciar os trabalhadores autônomos dos subordinados e conseqüentemente, funciona como "chave de acesso" à proteção trabalhista, tendo em vista que somente aos trabalhadores subordinados é assegurada a plenitude dos direitos trabalhistas. (PORTO, 2009, p. 200).

O contexto social no qual o conceito de subordinação surgiu foi o da revolução industrial, em que os processos produtivos se desenvolviam de maneira centralizada, e com ordens diretas e constantes por parte do empregador ao trabalhador. Entretanto, como qualquer conceito jurídico, o de subordinação não é estático. Sua aplicação precisa se dar de maneira adaptada a cada realidade social.

Desde a revolução industrial, os processos produtivos passaram por uma grande evolução. As três mais importantes doutrinas de gerência dos meios de

produção - entre os quais está a força de trabalho - são o taylorismo, o fordismo e o toyotismo. Essas três correntes, têm em comum a separação rígida entre o planejamento e a execução do serviço, o que é uma exigência do sistema competitivo, marcado por uma necessidade crescente de eficiência dos processos produtivos. Isso implica um controle cada vez maior da força de trabalho:

A segunda arena de dificuldade geral nas sociedades capitalistas concerne à conversão da capacidade de homens e mulheres de realizarem um trabalho ativo num processo produtivo cujos frutos possam ser apropriados pelos capitalistas. Todo tipo de trabalho exige concentração, autodisciplina, familiarização com diferentes instrumentos de produção e o conhecimento das potencialidades de várias matérias-primas em termos de transformação de produtos úteis. Contudo, a produção de mercadorias em condições de trabalho assalariado põe boa parte do conhecimento, das decisões técnicas, bem como do aparelho disciplinar, fora do controle da pessoa que de fato faz o trabalho. (HARVEY, 2014, p. 118).

No toyotismo, a ideia central é a prática estrutural do enxugamento da empresa e as reduções de pessoal, como uma forma de aumentar a competitividade. Isso é obtido principalmente com a flexibilização da organização do trabalho; com a polivalência do trabalhador, que passa a operar quatro a cinco máquinas de processos diferentes; e com a elevação do desgaste da força de trabalho até níveis considerados desumanos (OLIVEIRA, 2004, p. 24).

Importante ressaltar que a flexibilidade e a necessidade do trabalhador operar várias máquinas não lhe dá uma maior autonomia sobre sua atividade. Isso porque o sentido da flexibilidade da organização do trabalho é o da possibilidade de adaptação rápida do processo produtivo para que se modifique o produto, tendo em vista que a produção just in time, de acordo com o que o mercado demanda, é outra forte característica do toyotismo. Ou seja, o comando, por assim dizer, da flexibilidade se encontra sob controle do tomador de serviços e não do trabalhador.

Luisa Galantino (2012, p. 296) expõe que:

Como já afirmado, a empresa funciona como um relógio - que se ativa se todas as partes trabalham como foram projetadas e se transforma em um organismo no qual todas as partes desenvolvem funções especializadas que interagem entre si.

Não parece haver dúvidas de que a flexibilização da atividade produtiva demanda uma redefinição da disciplina da relação de trabalho, construída em função do tipo social típico não mais prevalente do trabalhador desqualificado da grande indústria, contratado a tempo integral e por prazo indeterminado na cadeia taylorista de produção caracterizada pela rigidez dos locais, dos tempos e dos modos de produção. (GALANTINO, 2012, p. 296).

Assim, ao comparar uma empresa com um relógio - algo cujas partes precisam funcionar de maneira precisamente coordenada - não podemos pensar

que as partes desse relógio fictício são mais livres em seu funcionamento. Entendemos que os processos produtivos precisam ser flexíveis para que se adaptem, mas sob o comando do empregador e em cada nova situação para a qual o processo produtivo mudou, as partes devem funcionar precisamente coordenadas novamente.

A separação rígida entre a gerência e a execução deixa nas mãos do tomador de serviços o controle do trabalho, diminuindo sobremaneira o domínio e a autonomia do trabalhador sobre a execução de sua atividade. É certo que os processos produtivos sofreram outras evoluções depois das três correntes gerenciais citadas, mas todas elas seguem a linha de manter o controle do trabalho nas mãos do proprietário dos meios de produção e fora das mãos do trabalhador e muitas vezes até aumentar a necessidade e controle, tendo em vista a necessidade de redução de custos a fim de enfrentar a concorrência.

Em um entendimento contrário ao que alguns autores identificam como um esmaecimento do poder diretivo do empregador, uma análise mais cuidadosa observa que os meios tecnológicos, cujo controle se encontra nas mãos do proprietário dos meios de produção, é um fator que permite um maior controle da atividade laboral por parte do empregador, pois, "Os novos métodos de gestão e as novas tecnologias introduziram, porém, diversos cambiantes reforçando a capacidade fática de controle sobre os trabalhadores." (LEITÃO, 2014, p. 459).

No processo produtivo contemporâneo, ao mesmo tempo pulverizado, articulado e padronizado, a subordinação é internalizada pelo trabalhador. A internalização é ainda aumentada quando a contraprestação pelo trabalho é efetuada por unidade de obra. Assim, "A empresa não precisa mais se preocupar com isso. A subordinação não está mais na pessoa, porém na coisa, no produto, na produção." (RENAULT, 2011, p. 42).

Nesse mesmo sentido:

Os pagamentos por unidade produzida, sob várias formas, ainda são comuns atualmente, e representam a conversão do salário por tempo numa forma que tenta, com êxito muito desigual, arrolar o trabalhador como cúmplice voluntário de sua própria exploração. Hoje, contudo, o pagamento por peça feita está combinado com o controle sistemático e minucioso por parte da gerência sobre os processos do trabalho, controle que às vezes é exercido mais coativamente do que era quando se utilizava a forma de pagamento por tempo. (BRAVERMAN, 1981, p. 64).

O entendimento que propomos para a adaptação do conceito de subordinação às relações de trabalho contemporâneas depende do reconhecimento de que o poder diretivo do empregador se encontra, ainda que diferido, pulverizado, exercido por meios diferentes da ordem direta e da concentração do trabalhador num estabelecimento da empresa, cumprindo horários fixos (ALMEIDA, 2012, p. 318).

Assim sendo, a subordinação clássica, baseada nas relações de trabalho predominantes quando da revolução industrial e que se mantiveram até o modelo taylorista-fordista, caracterizava-se principalmente por um controle físico do empregador sobre o trabalhador. Nesse contexto, o ambiente de trabalho centralizado era pressuposto para a subordinação. Contemporaneamente, com a evolução dos processos produtivos, há necessidade de revisão dos contornos da subordinação:

Hoje, a subordinação opera por outras vias que não só a direta e incisiva, dependente do ambiente de trabalho para que possa configurar-se. Embora mais viva do que nunca, torna-se possível sem a necessidade de um ambiente empresarial ou de um espaço fixo predeterminado para legitimar-se. É o caso, por exemplo, do trabalho em domicílio, onde o empregador, regra geral, exerce seu poder diretivo por meio do controle do resultado da produção. (DELGADO, 2006, p. 191).

A evolução dos contornos da subordinação levou ao desenvolvimento do conceito de subordinação objetiva, "com o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, as linhas mestras desses padrões conformadores do estado de subordinação também se alteram e evoluem." (VILHENA, 2005, p. 510).

Segundo a concepção objetiva da subordinação, ela está presente quando a atividade do trabalhador se insere na dinâmica produtiva do tomador de serviço, independentemente da existência de ordens diretas acerca da atividade do trabalhador:

Como suporte dessa integração, abre-se um tráfico de prestações, que levam o empresário a contar com a iterativa entrega das peças feitas e, por via de consequência, a tomar medidas acautelatórias da regularidade desse tráfico, da perfectibilidade das tarefas executadas, o que acaba por configurar, objetivamente, a subordinação. (VILHENA, 2005, p. 514).

De acordo com o que já expusemos, a inexistência de ordens diretas, e mesmo a falta de controle rígido de horário, não quer dizer a inexistência do controle do empregador sobre a atividade do trabalhador. O controle reside exatamente na inserção da atividade do trabalhador na dinâmica produtiva da empresa e se reveste de diversas formas no processo produtivo contemporâneo.¹⁷

¹⁷ O seguinte trecho de jurisprudência brasileira traz um exemplo do reconhecimento do poder diretivo do empregador por meio da inserção da atividade do trabalhador no processo produtivo da empresa, independentemente da frequência das ordens diretas: **RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO OBJETIVA E SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. TRABALHO INTELECTUAL, QUE SE CARACTERIZA POR SUBORDINAÇÃO SUBJETIVA MENOS INTENSA, PORÉM ENQUADRANDO-SE NO MODERNO E ATUALIZADO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO. Afastamento das noções de parassubordinação e de informalidade.** O Direito do Trabalho, classicamente e em sua matriz constitucional de 1988, é ramo jurídico de inclusão

Nos parece que a ideia da subordinação objetiva capta bem as diferentes formas pelas quais se manifesta o poder diretivo do empregador, posto que, a inserção da atividade do trabalhador dentro do processo produtivo do empregador mostra que ele não tem o controle organizativo de sua atividade, não importa se recebe ordens diretas, ou se o controle de sua atividade é feito por meio de outros meios, como os eletrônicos, ou mesmo somente por meio da padronização rígida dos produtos e da remuneração do trabalhador por produção.

A noção da subordinação objetiva não exclui obviamente a noção clássica da subordinação. Assim, seja por meio da inserção da atividade do trabalhador na dinâmica produtiva do empregador, seja por meio das ordens constantes e diretas, configura-se a subordinação:

Todavia, mesmo nos dias atuais, em inúmeras relações de emprego, talvez na maior parte delas, a subordinação ainda se faz presente em sua acepção tradicional. Desse modo, a matriz clássica não pode ser abandonada ou substituída, mas, sim, deve ser acrescida de uma nova dimensão, que propomos denominar subordinação integrativa. Assim, a universalização proposta implica que se deve considerar configurada a subordinação quando essa se manifeste em qualquer

social e econômica, concretizador de direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º, CF). Volta-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF). Instrumento maior de valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, IV, art 170, *caput* e VIII, CF) e veículo mais pronunciado de garantia de segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça às pessoas na sociedade econômica (Preâmbulo da Constituição), o Direito do Trabalho não absorve fórmulas diversas de precarização do labor, como a parassubordinação e a informalidade. Registre-se que a subordinação enfatizada pela CLT (arts. 2º e 3º) não se circunscreve à dimensão tradicional, subjetiva, com profundas, intensas e irreprimíveis ordens do tomador ao obreiro. Pode a subordinação ser do tipo objetivo, em face da realização pelo trabalhador dos objetivos sociais da empresa. Ou pode ser simplesmente do tipo estrutural, harmonizando-se o obreiro à organização, dinâmica e cultura do empreendimento que lhe capta os serviços. Presente qualquer das dimensões da subordinação (subjetiva, objetiva ou estrutural), considera-se configurado esse elemento fático-jurídico da relação de emprego. No caso concreto, a Reclamante demonstrou o trabalho não eventual (até mesmo diário), oneroso, pessoal e subordinado às Reclamadas, por um período superior a quatro anos e em atividade-fim das empresas. Por outro lado, as Reclamadas não se desincumbiram do encargo de comprovar que a relação jurídica se desenvolveu sob forma diversa daquela estabelecida no art. 3º da CLT, incidindo a presunção (e a prova) de reconhecimento do vínculo empregatício, por serem os fatos modificativos ônus probatório do tomador de serviços (Súmula 212, TST; art. 818, CLT; art. 333, II, CPC). Ressalte-se que circunstancial flexibilidade de horário, em trabalho diário de segunda a sábado, não traduz autonomia e ausência de subordinação, principalmente a subordinação objetiva, além da estrutural. Em face desses dados, deve o vínculo de emprego ser reconhecido. Recurso de revista conhecido e provido. (PROCESSO Nº TST-RR-528100-67.2006.5.02.0081; data de publicação: 19/12/2011). Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Consulta disponível em: < <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em 15/03/2014.

das duas dimensões: a clássica ou a integrativa. (PORTO, 2009, p. 252).

Assim, a concepção da subordinação objetiva, tal como formulada por Vilhena, já possui a ideia de que ela se acresce e não exclui a concepção clássica de subordinação. Mas, a nosso ver, o mérito da ideia da subordinação integrativa é o de deixar explícito o fato das duas noções se somarem.

Para concluir, entendemos que o empregado é subordinado, e fica excluída a sua condição de autônomo, quando produz o que, quando e onde o empregador o determina, não importando se a determinação é exercida por meio de ordens diretas ou por meio da inserção da atividade do empregado no processo produtivo do tomador de serviços, utilizando-se dos diversos meios de controle que a tecnologia atual permite. O fenômeno do poder de direção deve ser analisado sob a perspectiva multidimensional, pois não importa o modo pelo qual o tomador de serviço dirige a atividade, se diretamente ou não (PORTO, 2009, p. 42).

5. Conclusão

A atual fase do constitucionalismo busca a efetividade e a promoção universal de todos os direitos humanos. Dentre os direitos humanos, destacamos os sociais que, devido à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, devem ser promovidos de maneira igual e em consonância com os demais, tal como os direitos de liberdade, os políticos e os culturais. A vinculação positiva aos direitos humanos exige do Estado um comportamento ativo que se volte à promoção desses direitos.

Para a promoção dos direitos humanos sociais, não se pode prescindir da efetividade do Direito do Trabalho, posto que somente por meio dela, boa parte da população tem condições de se manter em condições dignas de vida.

E mais, não é a conformação da subordinação que define a necessidade ou não da proteção de uma das partes da relação de emprego. A necessidade de proteção decorre do fato de que uma das partes da relação é hipossuficiente em relação à outra, ensejando a necessidade do Estado intervir na autonomia da vontade, a fim de garantir que os direitos humanos sejam observados no seio dessa relação.

A instituição da figura do trabalhador parassubordinado, ao menos nos moldes em que foi feita na Espanha, permite que sejam empurrados para esse tipo de relação os trabalhadores cujo grau de hipossuficiência é igual ao dos trabalhadores assalariados e, por isso, não se justifica a aplicação a eles de uma proteção menos ampla da legislação trabalhista.

Nesse contexto, a proteção que a Ley 20/2007 espanhola dispensa aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes é insuficiente, porque possibilita que muitos aspectos da relação sejam definidos de acordo com a autonomia privada das partes. Neste tipo de relação, com a característica de grande diferença de poder entre as partes, a consagração pura e simples da autonomia da

vontade se converte em verdade na possibilidade da parte mais forte da relação impor suas cláusulas. A proteção da liberdade, neste caso, é só para um dos polos, já que a do trabalhador se vê reduzida sobremaneira pela sua condição de hipossuficiência.

A evolução dos processos produtivos se deu com o recrudescimento do controle dos detentores dos meios de produção sobre a força de trabalho. Com isso, se desenvolveram diversas formas pelas quais se manifesta o poder diretivo do empregador. Isso significa que, mesmo com a possibilidade de produção dispersa no espaço e algumas vezes até no tempo, o trabalhador tem sua autonomia organizativa cada vez mais diminuída, motivo pelo qual entendemos que a afirmação de que a subordinação tem esmaecido não é verdadeira para a grande maioria das relações de trabalho contemporâneas.

Com isso, para adaptar o conceito de subordinação, como pressuposto de fato que distingue os trabalhadores autônomos dos trabalhadores assalariados, devemos enxergar essas diversas maneiras de manifestação do poder diretivo do empregador para que sejam enquadrados na relação de trabalho típica, com proteção ampla, os trabalhadores que da proteção precisam.

A subordinação clássica depende de ordens diretas e constantes do empregador ao trabalhador. A isso se acresce a concepção objetiva de subordinação, por meio da qual se entende que o trabalhador cuja atividade se insere em um processo produtivo controlado por outrem, exatamente por meio dessa inserção, acolhe o poder de organização do empregador e por isso não tem autonomia organizativa, o que resulta no reconhecimento da sua condição de trabalhador subordinado.

Vê-se, portanto, que é perfeitamente possível e até mesmo necessário, a partir do reconhecimento da nova conformação da subordinação, nos moldes da subordinação objetiva, incluir os trabalhadores parassubordinados no âmbito da relação de emprego, com proteção trabalhista ampla e que, se torna desnecessária e até mesmo um fator de retrocesso, a criação de um *tertium genus* entre trabalhadores subordinados e autônomos.

Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- ALMEIDA, Margarida Barreto de. Relação de trabalho e relação de emprego: atuação do Ministério do Trabalho e Emprego. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. p. 309-322.
- BAYLOS, Antonio. Crisis del derecho del trabajo y política de austeridad (sobre la reforma laboral española de 2012). In REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta

- Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e justiça social: um tributo a Mauricio Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013. p. 115-124.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Recurso Ordinário Nº 0050000-67.2012.5.16.0016, da Primeira Turma. Relatora: Des. Márcia Andrea Farias da Silva. São Luiz, 28 de maio de 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista Nº 52810067.2006.5.02.0081, da Sexta Turma. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Brasília, 19 de dezembro de 2011.
- BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Tradução Nathanael Caixeiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- GALANTINO, Luisa. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho: anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. Tradução Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2012. p. 287-305.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. **Teoría y realidade constitucional**. Madrid; n. 20, p. 277-320, 2007.
- GORZ, André. **Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica**. Tradução Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2003.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 25. ed. São Paulo: Loyola, 2014.
- HENRIQUE, Virgínia Leite. O novo estatuto do trabalhador autônomo espanhol: nova roupagem para a velha exploração. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana**. São Paulo: LTr, 2011. p. 201-212.
- HERNANDEZ NIETO, Juan Antonio. La desnaturalización del trabajador autónomo: el autónomo dependiente. In **Revista universitaria de ciencias del trabajo**. Logroño: n. 11, p. 177-194, 2010. Disponível em: <<http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%2011/11208.pdf>>. Acesso em 19 jun. 2014.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A precariedade: um novo paradigma laboral? In REIS, João et al (Coord.). **Para Jorge Leite:** escritos jurídico-laborais. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 455-467.
- MELGAR, Alfredo Montoya. **Derecho del trabajo.** 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Eurenice de. **Toyotismo no Brasil:** desencantamento da fábrica, envolvimento e resistência. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho:** uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RENAULT, Luís Otávio Linhares. Parassubordinação: para quê? In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação:** em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2011. p. 33-49.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A reconstrução do conceito de subordinação. In MANNRICH, Nelson et al (Coord.). **Atualidades do direito do trabalho:** anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012. p. 268-286.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A supersubordinação. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação:** em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2011. p. 50-86.
- VIANA, Márcio Túlio. Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do direito. In RENAULT, Luís Otávio Linhares et al (Coord.). **Parassubordinação:** em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana. São Paulo: LTr, 2011. p. 23-32.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- VIZUETE, Esther Guerrero. **El trabajador autónomo dependiente económicamente:** un estudio jurídico laboral. Valladolid: Lex Nova, 2012.

DIMENSÃO OBJETIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Objective dimension of the legal certainty

ANA FLAVIA MESSA¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Segurança Jurídica: Elemento da Segurança. 1.1. Segurança como Necessidade. 1.2. Segurança como Valor. 1.3. O vocábulo Segurança. 1.4. Perspectiva Internacional da Segurança. 2. Conceito de Segurança Jurídica. 3. Sentido Formal de Segurança Jurídica. 4. Dimensões da Segurança Jurídica. 5. Dimensão Objetiva da Segurança Jurídica

Resumo: O presente trabalho objetivou analisar a dimensão objetiva da segurança jurídica

Palabras chave: segurança – dimensão objetiva

Abstract: This study aimed to analyze the objective dimension of legal certainty

Keywords: security - objective dimension

1 – A Segurança Jurídica: Elemento da Segurança

1.1. Segurança como Necessidade

A segurança jurídica é um elemento da segurança², já que integra sua estrutura de proteção a uma sociedade e a cada um de seus integrantes contra ameaças de qualquer natureza, não obstante seja uma parte dotada de autonomia própria.

A segurança, com muitos outros conceitos genéricos, é termo amplo, não isento de subjetividade e relativo, pois a segurança total, absoluta e permanente, é impossível diante do futuro imprevisível, realidade mutável e incerteza do

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutoranda pela Universidade de Coimbra. Doutoranda pela Universidade de São Paulo. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Membro do Conselho Editorial da International Studies on Law and Education. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

² LUCHAIRE, François. *"La sécurité juridique en droit constitutionnel français"*. Disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil.../secjur.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2013; DELPIAZZO, Carlos e. *"El principio de seguridad juridica en el mundo virtual"*. In Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. Disponível em revistaderecho.um.edu.uy. Acesso em 18 de outubro de 2013.

conhecimento³. A questão não é saber se existe ou não segurança, mas se estamos lidando com mais ou menos segurança.

A segurança, desde as épocas mais primitivas, pode ser entendida como uma necessidade⁴ individual, ou seja, uma aspiração básica⁵ inerente ao ser humano⁶ de buscar um estado de proteção sem ameaças, ou então como uma necessidade social⁷, ou seja, o desejo da coletividade de querer compreender a realidade⁸, com a obtenção de condições de proteção contra ameaças ou perigos, que garantam um planejamento de vida e a produção de um futuro de forma consciente. Foi numa perspectiva cognitiva que começou a existir a segurança.

No primeiro sentido, privilegia-se o ângulo subjetivo da segurança⁹; no segundo, dá-se relevo ao ângulo objetivo ou funcional. Neste quadro, o estudo da segurança será feito sob o ângulo funcional, e não do ponto de vista subjetivo em que se avalia a segurança, no seu sentido interno ou psicológico, como um estado de espírito ou um sentimento¹⁰ das pessoas¹¹, já que trata-se de um ângulo variável no contexto dos processos intrapsíquicos¹² e comportamentais dos sujeitos¹³.

³ "A civilização moderna tem almejado cada vez mais a segurança, mas não estou rigorosamente certo de que a eliminação de todo o perigo contribua para a felicidade" (RUSSEL, Bertrand. *A autoridade e o indivíduo*, trad. Bras. Rio de Janeiro: Zahar, 1977).

⁴ "Necessidade é, em resumo, a privação de certas satisfações." (MASLOW, A. *Introdução à psicologia do ser*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1962)

⁵ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. *Fundamentos de Antropologia: um ideal de excelência humana*. São Paulo: Inst. Bras. Filosofia Ciência Raimundo Lúlio, 2005. p. 338.

⁶ "El último [la seguridad], sobre todo, y como ya se ha indicado numerosas veces, va junto con el terror del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido" (COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ed. Ariel, 1961).

⁷ "entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada que não tenha necessidade de segurança jurídica para atingir os objetivos e até mesmo sobreviver (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Segurança e Direito. O renascer do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980).

⁸ "não há dúvida de que o homem almeja conhecer a si mesmo e conhecer o mundo em que está imerso, com o desejo de atingir aquele saber fundamental que dê coerência a seu agir, aquele saber básico que forneça o sentido último de sua vida e lhe ofereça mais plena explicação da realidade que o cerca". (HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008).

⁹ Neste ângulo, Agra faz distinção entre insegurança objetiva, como aquela relativa a problemas sociais, e a subjetiva, como sentimento com dimensões cognitivas e afetivas (Agra, C. d. (2007). Podemos medir a Criminalidade e a Segurança? Sep. De Inovação, poder e desenvolvimento: Congresso de Cidadania, 227-234).

¹⁰ MIRANDA, Ana Paula Mendes de. *Informação, política de segurança pública e sentimento de (in)segurança*. In VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Actas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2004. p. 18.

¹¹ "La seguridad es una de las principales aspiraciones humanas, surge de las necesidades de la interacción social, implica un estado subjetivo de certeza que proporciona al ser humano una sensación de confianza" Gianopoulos, Set Leonel López. "La retroacción de los efectos de la sentencia de concurso mercantil. Un análisis desde la seguridad jurídica", in Revista Del Instituto de la Judicatura Federal em 12/11/2013).

¹² Bowlby, J. *La separación afectiva*. Barcelona: Edicion es Paidos: Barcelona, 1985.

O caráter sociológico da segurança é apoiado na necessidade natural do homem de viver em grupos¹⁴. Há uma disposição natural do homem para a vida associativa, sendo a necessidade de convivência uma característica humana. Há uma necessidade instintiva e insuperável de associação presente na natureza humana de buscar uma estabilidade e previsibilidade no enfrentamento do cotidiano do dia a dia¹⁵. Num primeiro momento, surge a necessidade como sobrevivência, e com a evolução como busca do bem-estar.

Nos grupos sociais de tempos primitivos, a sobrevivência foi alcançada como desenvolvimento da capacidade humana em superar o mundo natural, através das formas de cooperação e divisão de tarefas entre os membros do grupo. Os homens precisavam organizar-se em sociedade, para defender-se dos inimigos, abrigar-se e produzir comida para sobreviver. Nestas sociedades, o desenvolvimento social humano foi condicionado à necessidade de que os esforços cooperativos resultavam mais eficientes que as ações individuais. E juntamente à cooperação, partilharam conhecimento, experiência e sentimentos com os seus semelhantes.

Desde as origens do homem, de acordo com a evolução natural da humanidade, a busca da sobrevivência nestas sociedades primitivas, foi desenvolvida desde à adaptação ao mundo natural, até a transformação do meio ambiente, com o surgimento de estruturas de poder e propriedade¹⁶.

¹³ "Entretanto, ainda que se venha inserir grande parte da discussão das necessidades ou carências nas condições de qualidade, bem-estar e materialidade social de vida, não se pode desconsiderar as variáveis culturais, políticas, filosóficas, religiosas e biopsicológicas." (WOLKMER, Antonio Carlos. *As necessidades humanas como fonte insurgente de direitos fundamentais*. In Veredas do Direito, Vol. I, nº 3 – Jul./Dez. de 2004, p. 85 à 92).

¹⁴ "o homem é naturalmente um animal político", (Aristóteles, in *A Política*. vol. I, p. 9). "A primeira causa de agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum" (Cícero, in *República*, vol. I, p. 15).

¹⁵ "o homem é induzido fundamentalmente por uma necessidade natural, porque o associar-se com os outros seres humanos é para ele condição essencial de vida. Só em tais uniões e com o concurso dos outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir os fins de sua existência" (RANELLETTI, Oreste. *Instituzioni di Diritto Pubblico*. Milano: Editora A. Giuffrè, 1955).

¹⁶ Período paleolítico (5.500.000 – 10.000 a.c): caça e coleta de alimentos, controle do fogo e do uso de instrumento de osso, madeira e pedra; no período mesolítico (10.000 – 8.000 a.c): cultivo de plantas, domesticação de animais, uso de armas mais sofisticadas, e período neolítico (8.000 – 4.000 a.C.): com formação das sociedades comunitárias, baseadas na cooperação entre todos os membros do grupo, e nas divisões de trabalho, ainda divididos de forma etária e sexual, com aprimoramento de tecnologias, surgimento das atividades comerciais e da urbanização. (PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

As sociedades, desde os primórdios, foram surgindo por necessidade de segurança, concretizada na busca da sobrevivência¹⁷ e proteção, e com a evolução, foram adquirindo formas de organização, sendo que cada avanço representava a construção de novas relações sociais. Na trajetória evolutiva, o homem desenvolveu o conforto e a capacidade de interação.

A satisfação da necessidade social de segurança¹⁸, através da compreensão, da certeza das coisas e da realidade¹⁹, bem público²⁰, é uma tarefa que deve ser cumprida, e que depende de meios que visem prover previsibilidade na vida social e planejamento em relação ao futuro, de forma a garantir o exercício da cidadania.

Num primeiro momento a segurança surge como necessidade de agrupamento social. Mas quando a necessidade passa a ser de organização na convivência entre os membros da sociedade, surge a noção da segurança jurídica. A organização pode ser vista no plano político, quando verificamos a questão do Poder/Estado dentro de uma sociedade, e no plano jurídico, quando nos deparamos com a existência do Direito.

Independentemente do tipo de segurança, podemos afirmar que a satisfação da necessidade social de segurança²¹, é obtida pela organização e proteção estabelecidas pelo Direito²² e pelo Estado²³. De acordo com o contexto histórico e o

¹⁷ Em sentido contrário: segurança é uma habilidade para conseguir ambições políticas e sociais prioritárias, já a sociedade é uma condição existencial (WILLIAMS, Paul D. *Security Studies: An Introduction*. In: *Security Studies: An Introduction*. Editor: Paul D. Williams. London and New York: Routledge, 2008).

¹⁸ "num Estado de direito democrático, sem um sentimento geral e profundo de segurança, não são praticáveis as mais elementares facetas da liberdade" (LOUREIRO, Manuel Dias. *A política de segurança interna*. Lisboa: Ministério da Administração Interna, 1995).

¹⁹ "A segurança ontológica se refere à crença que a maioria das pessoas têm na continuidade de sua auto-identidade e na constância dos ambientes de ação social e material circundantes" (BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernidade reflexiva: trabalho e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997)

²⁰ TEIXEIRA, Nuno Severiano. *Contributos para a política de segurança interna: Setembro de 2000 a Março de 2002*. Lisboa: Ministério da Administração Interna, 2002.

²¹ "La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica porque la certeza de saber a que atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente a de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica" (Garrone, J. A., *Dic. Juríd. Abeledo-Perrot, T. III*, Bs. As. 1987).

²² "A segurança é a razão do Direito" (CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O Problema da Segurança no Direito*. São Paulo: RT, 1964); "O objetivo do Direito é a paz" (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo Direito*. Tradução Pietro Nassetti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008). "O direito é, portanto, uma ferramenta que fornece as condições necessárias para vida interativa em sociedade e para realização de valores morais inquestionáveis como a liberdade e a justiça" (SUMMERS, Robert S. Lon Fuller. Stanford: Stanford University Press, 1984); ²³ "O Direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações. Como se pode observar, se, por um lado, o anseio de justiça é profundo e tem movido toda a evolução do Direito, é certo que, desde as sociedades primitivas, a necessidade de segurança, que nos vem do próprio instinto, tem precedência lógica e cronológica, pois sem ela nenhuma ordem poderia sequer existir." (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

processo evolutivo os anseios sociais por segurança mudam, sofrendo variação temporal e espacial, devendo o Direito²⁴ e o Estado promover adequação às mudanças, com respostas aos problemas e necessidades estruturais da vida do indivíduo e do grupo compatíveis no horizonte do presente e futuro, para que haja o estabelecimento do equilíbrio, justiça e bem-estar.

1.2. Segurança como Valor

A segurança além de ser necessidade social, com acepção ampla e não isenta de subjetividade, é um valor jurídico²⁵, na medida em que funciona como fator de consenso social²⁶ e mínimo existencial da dignidade de uma comunidade política²⁷. A segurança como valor exterioriza uma diretriz geral que inspira a vida em sociedade, bem como um fim primordial do Estado na consecução das suas tarefas de consecução do interesse público.

A segurança²⁸ como valor deve funcionar como instrumento de equilíbrio entre a ordem e progresso social²⁹, entre a manutenção e evolução da ordem³⁰,

²³ "a segurança, a par da liberdade e da paz pública, é encarada como uma das tarefas mais complexas e prioritárias dos Estados democráticos" (PARREIRA, Luis Newton - Tardes de Queluz. *A Guarda face aos desafios do ambiente de segurança do século XXI*. Revista Pela Lei e Pela Grei. N.º 92 (Outubro-Dezembro 2011), p. 63).

²⁴ "Segurança na teoria jurídica significa garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos" (Silva. José Afonso da. *Democracia. segurança e garantismo*. Notícia do Direito Brasileiro. Brasília. n.7. p. 163-174.2000); "...segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, que é próprio de tudo que vive. A sociedade, como o direito que nela e para ela se cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento." (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004).

²⁵ "Valores, por exemplo, segurança, liberdade, riqueza, patriotismo, são símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes. A este nível de abstração, eles podem ser entendidos, e, de fato, afirmados sem inibições, como fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso social" (FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Rigidez ideológica e flexibilidade valorativa - para uma análise da dimensão axiológica do Direito*", in Anais do VIII Congresso Interamericano de Filosofia e V da Sociedade Interamericana de Filosofia, Instituto Brasileiro de Filosofia, São Paulo: 1974, pp.471-478).

²⁶ "Com efeito, desde que o homem se reúne em sociedade, não pode deixar de reconhecer que é preciso que esta goze de segurança, de ordem, de meios para seu progresso; e que ele deve concorrer para a felicidade da comunidade social de que faz parte: esse é o interesse geral" (PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: Editora 34, 2002).

²⁷ "se não há segurança na sociedade, a vida se torna insuportável" (TORRES, João Camillo de Oliveira. *Natureza e Fins da Sociedade Política: visão cristã do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1968).

²⁸ "não seremos humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos" (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, trad. De Plínio Dentizien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003).

²⁹ "Em si, progredir significa apenas "ir para frente" implicando a ideia de um acréscimo. Entretanto, nem sempre é possível afirmar que tal acréscimo é necessariamente positivo. Com efeito, até a respeito de um tumor se pode dizer que está progredindo; mas, neste caso, o que aumenta é um mal, uma doença. Portanto, em muitos contextos a noção de

buscando equacionar a estabilidade e evolução através de mecanismos de adaptação à realidade³¹, numa tentativa de permitir a revisão dos padrões culturais preexistentes, crenças com as mudanças³² e inovações surgidas com progresso³³, buscando sempre conformação com a diretriz contemporânea da efetividade na resolução dos problemas³⁴.

Assim, quando ocorre discrepância ou descompasso entre a realidade *a quo* e uma situação possível surge percepção do problema da insegurança que exige solução com base num instrumental evolutivo diverso do que foi projetado e construído para satisfazer as exigências da estrutura social e ideologia de um contexto histórico pretérito³⁵.

1.3. O vocábulo Segurança

Na busca de uma delimitação semântica, é necessário estabelecer que o processo de averiguação do termo "segurança", pressupõe um contexto na qual ela seja inserida, em razão da difusão do termo em diversos tipos de discurso e linguagem.

A análise da origem e evolução do termo "segurança" permite a compreensão, ainda que parcial, do seu sentido, de forma a facilitar a precisão do seu conteúdo e do uso na linguagem.

O termo "segurança" vem do latim *securus*, que significa ato ou efeito de segurar, sem temor, tranquilo, fora de perigo, sem medo, garantido, sem

progresso é neutra. Todavia, com referência ao progredir da história, a noção de progresso é positiva. Para o iluminismo, como também para nós hoje, progresso é um crescimento da civilização, um aumento para melhor, um melhoramento". (SARTORI, Giovanni. *Homo Videns: televisão e pós-pensamento*. Trad. Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 2001).

³⁰ "a segurança implica um equacionamento entre outros importantes valores: a ordem e o progresso. O primeiro refere-se à manutenção, à continuidade, enquanto o segundo relaciona-se à evolução." (GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2005).

³¹ "...o Direito é, pois, o resultado de uma relação permanente e iterativa entre a mutabilidade e a estabilidade." (RIVAS DE SIMONE, Diego Caldas. *Segurança jurídica e tributação: da certeza do direito à proteção da confiança legítima do contribuinte*. São Paulo: Quartier Latin, 2011).

³² "Não há nada permanente, exceto a mudança" (Heráclito).

³³ "O homem tem uma capacidade biológica limitada para mudança. Quando essa capacidade é ultrapassada, ele entra em choque com o futuro..... "A maioria dos voluntários do Corpo de Paz e, na realidade, dos viajantes, tem a reconfortante certeza de que regressará à cultura que deixou; a vítima do choque do futuro não tem essa certeza."" (TOFLER, Alvin. *O choque do futuro*. Lisboa: Edição Livros do Brasil, 1970)

³⁴ "A dificuldade maior não está em persuadir as pessoas a aceitarem as ideias novas, mas em persuadi-las a abandonar as antigas" (KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 2009).

³⁵ **"Para compreender as modificações de muitos ambientes pessoais, temos necessidade de olhar além deles. E o número e variedade dessas modificações estruturais aumentam à medida que as instituições dentro das quais vivemos se tornam mais gerais e mais complicadamente ligadas entre si. Ter consciência da ideia da estrutura social e utilizá-la com sensibilidade é ser capaz de identificar as ligações entre uma grande variedade de ambientes em pequena escala"** (MILLS, C. Wright. *A Imaginação Sociológica*, Rio de Janeiro. Zahar, 1982).

preocupações. *Securus* deriva da expressão *SINE CURA*, de *SE*, “sem, desprovido de”, mais *CURA*, “cuidado”, ou seja, “estar com tudo garantido, não precisar cuidar”³⁶.

O termo “segurança”, em francês, *sûreté*; em inglês, *security*; em italiano, *sicurezza*, entre outros idiomas, pode ser associado à figura geométrica de um quadrado, já que numa ideia aproximada e metafórica, a figura dá a ideia de estabilidade, firmeza, uma estrutura sólida e confiável.

Segurança³⁷ é derivado de segurar, exprime gramaticalmente, a ação e feito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Segurança, qualquer que seja a sua aplicação, insere o sentido de tornar a coisa livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal. Neste particular, portanto, traduz a mesma ideia de seguridade, que é o estado, a qualidade, ou a condição, de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado dos danos ou prejuízos eventuais³⁸.

No que se refere ao significado da palavra “segurança”, o debate é polêmico, já que é termo multidisciplinar e que possui múltiplos significados. Um dos modos possíveis de procurar entendimento do vocábulo “segurança” é estabelecer as várias concepções correlatas ao termo³⁹, na tentativa de extrair o seu significado: a) estabilidade, ou seja, com a ideia de estado firme, equilibrado e duradouro. O que é estável pode tornar-se alterável, pois as mudanças¹ fazem parte da evolução temporal e espacial, desde que seja alcançada situação de harmonia¹ evitando prejuízos em caso de danos ou riscos; b) ausência de perigo ou de eventuais danos, numa situação de tranquilidade ou conforto, sem ameaças na existência ou integridade de alguma coisa; c) proteção ou garantia, a ideia é assecuratória, no sentido de amparo ou auxílio de alguma coisa, seja no cunho preventivo a evitar atentados ou violações, seja no cunho defensivo de proteção de algo. É a combinação da ideia da defesa, ou seja, proteção ao indivíduo contra riscos, opressão, arbitrariedade, agressões; e de proteção, ou seja, a segurança visa prevenir e/ou corrigir uma situação de risco, violação; d) ordem, no sentido de situação de tranquilidade, harmonia, um arranjo congruente e harmonioso de uma situação; e) certeza, segurança traz a ideia de firmeza, precisão, algo que tem base seja na experiência, seja nos princípios da razão; f) confiança, harmonia e cuidado ou cautela.

³⁶ Sin, Se. Del latín “sine”, cuya forma fundamental es se. Es um prefijo de negación ó separación. Ejemplos: SEGURO – El que vive ajeno de cuidado, el que no teme peligros. Algunos lo refieren á sine, sin, cura, cuidado. Otros á se, de si, curare, tener cuidado. (LEON, Jesús Díaz de. *Curso de raíces latinas: investigación filológica del origen latino de las voces castellanas*. 3. ed. México: Librería de La Vida de C. Bouret. Paris, 1920).

³⁷ “Etimologicamente, entende-se como segurança o ato ou efeito de segurar, a condição daquele ou daquilo em que se pode confiar, a caução, garantia, o protesto ou afirmação” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999).

³⁸ Silva, De P. e. *Vocabulário jurídico*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

³⁹ “condição daquele ou daquilo em que se pode confiar (...). Garantir, afirmar, assegurar (...). Caução, garantia (...). Afimar, afiançar, garantir (...). Tranquilizar, serenar, sossegar”. De acordo com o vocábulo “segurança”. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986)

Em resumo, embora o vocábulo possua diversos significados, numa análise profunda e detalhada podemos dizer que todos os sentidos da expressão giram em torno da ideia de proteção ou ausência de perigo⁴⁰. É a certeza, a qualidade de algo ou alguém, está livre e isento de todo perigo, dano ou risco⁴¹.

1.4. Perspectiva Internacional da Segurança

A Segurança pode ser vista sob o enfoque dos direitos humanos como um direito essencial da pessoa ao nível da comunidade internacional – perspectiva universalista ou internacionalista.

Embora já no tempo anterior da primeira guerra mundial, com o movimento da Cruz Vermelha e do crescente vermelho, e o surgimento da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho se tivesse revelado o primeiro diálogo internacional voltado aos direitos humanos, foi no período pós-segunda guerra que houve a internacionalização dos direitos humanos, com o surgimento de atos normativos e entidades voltadas à proteção dos Direitos Humanos⁴².

Neste contexto, o tema da Segurança interessa não apenas ao plano interno, dentro do sistema jurídico do país, mas também no plano externo, com previsão em documentos internacionais.

Nas diversas declarações, convenções e pactos assinados no período pós-segunda guerra constam referência à segurança, como um valor a ser tutelado, além da menção das várias espécies de segurança.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento elaborado durante a revolução francesa proclama a segurança como direito natural de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares (*Artigo 2º - O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão*).

Na Carta das Nações Unidas, documento de fundação da ONU, em seu preâmbulo há na previsão expressa dos ideais e os propósitos dos povos cujos governos se uniram para constituir as Nações Unidas, a necessidade de proteção segurança internacional, devendo os Estados privilegiarem a paz, em detrimento da força armada, que deve ser usada apenas de forma excepcional quando para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Além da referência no preâmbulo, o tema da segurança surge como propósito das Nações Unidas no sentido de manter a paz e a segurança internacionais, e, para esse fim, deve tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios

⁴⁰ Oliveira, Ariana Bazzano de. *Segurança humana: avanços e desafios na política internacional*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Campinas, 2011.

⁴¹ GARFIAS, María Elena Lugo. "Seguridad nacional y migración. El caso de México y Estados Unidos da América", in México: Revista del Centro de Derechos Humanos, ano 1, n.3, 2006, p.08.

⁴² "A assinatura de todas estas declarações, convenções e pactos, associação à proliferação de organizações não-estaduais, assinala a preocupação internacional de garantir certos direitos fundamentais do homem, na perspectiva de manifestações fundamentais de princípios inscritos na consciência jurídica universal, que seria comum a todas as nações civilizadas e aos povos de todos os continentes." (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012).

pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.

Em dez de dezembro de 1948, em Paris, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴³, marco inicial do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesta declaração, surge o direito à segurança pessoal (*Artigo 3º - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*) e segurança social (*Artigos 22 e 25 - Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social - um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle*).

Em 1966 surge o Pacto internacional dos direitos civis e políticos, consagrando a segurança pessoal (*Artigo 9º - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais*), a segurança ou ordem pública e a segurança nacional, e também o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a previsão da segurança nacional e da ordem pública.

Em 22 de novembro de 1969 é adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, que entrou em vigor em 18 de julho de 1978. A convenção conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, manteve a trilogia dos pactos de 1966, prevendo segurança pessoal (*Artigo 7º - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais*), pública e nacional.

No âmbito europeu surge em 1950 a Convenção Europeia para salvaguarda dos direitos do homem com os seus protocolos adicionais, prevendo a segurança pessoal, pública e nacional; a Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores em 1989, que consagra segurança pública, nacional e a laboral, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2001 com previsão da segurança pública, laboral (meio do trabalho) e social.

No ambiente africano surge em 1986 a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembleia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981, representa fator de consolidação do sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Na Carta de Banjul há a previsão de obrigações pertinentes à segurança do Estado, enfatizando que os Estados africanos em direito à paz e segurança. Além da preocupação com a segurança do Estado, tanto no plano nacional, como no plano internacional, a Carta africana prevê a segurança pessoal (*Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser privado da sua*

⁴³ "...a Declaração Universal acrescenta, aos documentos nacionais, uma dimensão internacional que nenhum deles podia dar aos direitos humanos....Por outro lado é capital que se possa ter realizado, pela primeira vez na história, em escala mundial e apesar da diferença das culturas e das tradições, um acordo, mesmo que formal, sobre um conjunto de valores que definem um ética comum." (RIVERO, Jean & MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

liberdade salvo por motivos e nas condições previamente determinados pela lei. Em particular, ninguém pode ser preso ou detido arbitrariamente). Por fim, há previsão da segurança coletiva, como fator de interesse comum e de manutenção da ordem.

Ainda no contexto da proteção internacional dos direitos humanos, surge atos internacionais que merecem destaque em matéria de segurança: como no Relatório anual *Freedom in the World 2000 da Freedom House*, Relatório nacional sobre direitos humanos no Brasil (Relatório da Human Rights Watch), dentre outros.

2. Conceito da Segurança Jurídica

No âmbito do Direito, o tema da segurança jurídica⁴⁴ em geral é objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial⁴⁵, com inúmeros artigos, monografias⁴⁶ e livros⁴⁷ do assunto, constituindo-se um dos assuntos principais do Direito Público, em face da exigência social de um mínimo de certeza e estabilidade⁴⁸ no direito das pessoas e nas expectativas juridicamente criadas a que está inerente uma ideia de

⁴⁴ Há os negativistas que ignoram, desconfiam ou repudiam a segurança jurídica. (J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Stevens, New York, Londres, 1949).

⁴⁵ Como exemplo no Brasil em fevereiro de 2014 encontramos associados ao termo Segurança Jurídica no ementário eletrônico do STF 421 acórdãos e 4266 decisões monocráticas. Um paradigma comparativo é que em agosto de 2003 eram apenas 37 decisões indexadas no STF (COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e os cidadãos. *Revista CEJ*, Brasília, n.27, 2004, p. 110-120). Em Portugal, em maio de 2014 encontramos associados ao termo Segurança Jurídica no ementário eletrônico do Tribunal Constitucional de Lisboa 2429 acórdãos.

⁴⁶ Não há na doutrina do século passado investigações acadêmicas de caráter monográfica sobre segurança jurídica, embora o tema tenha sido manifestado em diversos institutos que visam a estabilidade das relações sociais, como na prescrição, coisa julgada, dentre outros.

⁴⁷ Cabe ressaltar que existem trabalhos doutrinários sobre o tema da Segurança Jurídica em geral: Humberto Ávila (Segurança Jurídica, Editora Saraiva, 2013), Carlos Aurélio Mota de Souza (Segurança Jurídica e Jurisprudência, Editora LTR, 1996), Ricardo Henry Marques Dip (Segurança Jurídica e a Crise Pós Moderna, Editora Quartier Latin, 2012), Marco Tullio Bottino (Segurança Jurídica no Brasil, SINICESP, 2012), Armando Castelar Pinheiro (Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações, IPEA, 2005), Osvaldo Ferreira de Carvalho (Segurança Jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais, Editora Juruá, 2014), Paulo André Jorge Germanos (Segurança Jurídica, Editora Campus Elsevier, 2010), Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (Segurança Jurídica e a Crise no Direito, Vol. I, Arrares Editores, 2012);

⁴⁸ **"A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes."** (NICOLAU JUNIOR, MAURO, *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?*, in www.jurid.com.br, disponível em 10/03/05, acesso em 29/03/12, p.21).

proteção⁴⁹ da confiança dos cidadãos e da comunidade jurídica e na atuação do Estado⁵⁰.

A segurança jurídica⁵¹ representa um anseio ou necessidade do ser humano⁵² de viver em uma sociedade organizada⁵³ e com proteção jurídica⁵⁴ contra perigos, riscos ou contingências do tempo, do espaço e do convívio social⁵⁵.

A necessidade humana por segurança jurídica consubstanciada na organização e proteção, além de manifestar-se em diversos institutos que visam estabilidade das relações sociais, esteve presente em todos os momentos da história da humanidade, com reflexos específicos em cada época⁵⁶, no contexto de um processo evolutivo caracterizado pela constatação de que *o que é sólido pode acabar por se tornar fluído com o progresso* e a situação de *fluidez gera busca por uma solidez duradoura*⁵⁷.

A segurança jurídica, projeção do Estado de Direito⁵⁸, representa expressão cuja abordagem conceitual não só é difícil, pela multiplicidade de significados⁵⁹,

⁴⁹ "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida...o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 2000).

⁵⁰ Acórdão nº 401/2014 do Tribunal Constitucional de Lisboa.

⁵¹ "A segurança é uma necessidade humana básica, considerada um das principais causas da própria existência do Direito. Se a existência do ordenamento jurídico decorre da necessidade humana de segurança, não há como conceder um ordenamento em que ela não esteja presente... enquanto a concretização da segurança é causa final do Direito, a necessidade da segurança é sua causa eficiente." (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. Temas de Direito Administrativo 19. São Paulo: Malheiros, 2008).

⁵² "a segurança e a liberdade são elementos essenciais, logo, ontológicos da relação de cuidado-de-perigo que estrutura todo o comportamento humano" (COSTA, José Faria da. *Poder e Direito Penal*. Revista de Legislação e Jurisprudência. n. 3942. Ano 136º. Janeiro-Fevereiro de 2007. p. 154)

⁵³ CINTRA, Marcos. *Segurança Jurídica e os Tributos*. In *Segurança Jurídica no Brasil*/organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Democracia, segurança e garantismo*. *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília. n.7. p. 163-174.2000

⁵⁵ La seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana y el "saber a que atenerse" es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz comum de sus distintas manifestaciones em la vida y fundamento de su razón de ser como valor jurídico (LUÑO, Antônio Enrique Perez)

⁵⁶ ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit: Historie des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales*. Paris: Dalloz, 2005.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

⁵⁸ "O conceito de segurança jurídica é considerado conquista especial do Estado de Direito. Sua função é a de proteger o indivíduo de atos arbitrários do poder estatal, já que as intervenções do Estado no direito dos cidadãos podem ser muito pesadas e, às vezes, injustas." (STEIN, Torstein. *A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha*. Cadernos Adenauer, Rio de Janeiro, n. 3, 2000. (Acesso à Justiça e Cidadania. Fundação Konrad Adenauer Stiftung).

dependentes do contexto legal, cultural e político em que o tema está inserido⁶⁰, que deriva da indispensável vinculação do termo à ideia de estabilidade jurídica, mas também desconcertante em razão de apresentar noção ambígua e imprecisa, de forma a obstaculizar a revelação com profundidade de todos os elementos que digam respeito à sua essência⁶¹.

A dificuldade de dar uma definição concreta a precisa aumenta em face do caráter dúplice da segurança jurídica, que separou as noções de segurança jurídica objetiva e segurança jurídica subjetiva. A divisão da segurança jurídica em dimensões foi definida na Alemanha em 1956 no caso da "Viúva de Berlim"⁶².

É com base neste *leading case*⁶³ que se costuma assinalar o surgimento da dimensão subjetiva da segurança jurídica⁶⁴ consubstanciada na tutela da confiança⁶⁵ legítima dos administrados nas condutas da Administração Pública, ao lado da dimensão objetiva. Há mais de 50 anos que a separação dimensional da segurança jurídica, nascida por construção jurisprudencial alemã, foi desenvolvida com inegável expansionismo e repercussão na seara do direito público.

A exigência da segurança jurídica, ínsita no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, traduz e reflete valor fundamental contemplado de forma

⁵⁹ ROLDÁN, Martínez. "La seguridad jurídica: realidad o ilusión", en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, volumen V, Ministerio de Justicia (Madrid, 1988), p. 3349.

⁶⁰ Maire-Claire Belleau et Rebecca Johnson, « La diversité identitaire et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada : Conséquences sur la sécurité juridique » (2008) 110 R. du N. 319 à la p. 322.

⁶¹ "La seguridad jurídica es un concepto de una significación tan amplia y de una trascendencia y relevancia tales para cualquier ordenamiento jurídico, que mal haríamos en pretender abordar a profundidad todos y cada uno de los elementos que resultan de su esencia, o que confluyen al mismo tiempo para darle su dimensión integral." (Arrázola Jaramillo, F. *El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho*. Revista de Derecho Público, 32- Enero -Junio de 2014 - Universidade de los Andes - Facultad de Derecho)

⁶² "Cuida-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão do pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente." **(MS 24268/MG - MINAS GERAIS - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 05/02/2004 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).**

⁶³ GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2002; SCHONBERG, Soren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford, 2000.

⁶⁴ Em sentido contrário: o princípio da confiança legítima surgiu com o Código Administrativo da República Popular da Polônia de 14 de junho de 1960 (J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, T. I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pág. 365).*

⁶⁵ "...é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica." (LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos da Ética Jurídica*. Madri: Civitas, 1985).

expressa ou implícita, em normas de direito positivo, impregnado de elevada significação político-jurídica, da estabilidade da ordem jurídica, da previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta e da interdição da arbitrariedade⁶⁶ dos poderes públicos com a salvaguarda dos cidadãos perante o Estado⁶⁷.

Embora o tema da segurança jurídica já tenha disso objeto de preocupações desde o século XII, ele surge, no quadro atual da evolução do Direito, nesta era da pós-modernidade, com as transformações do Estado Contemporâneo, e evolução do direito positivo, como uma necessidade de estabilidade social, sem petrificação da ordem⁶⁸, de normalidade e sem sobressaltos, e uma exigência de segurança nas relações jurídicas com mínimo de certeza que as pessoas devem poder depositar na ordem jurídica de um Estado de Direito, através de uma justificação racional e transparente dos atos do poder público, com proteção das situações pessoais e confiabilidade do Direito.

O tema da segurança jurídica, cultivado de forma ampla na doutrina, é princípio⁶⁹, e, portanto, norma jurídica a ser observada em determinada sociedade organizada⁷⁰. A normação principiológica da segurança jurídica – que concorre para

⁶⁶ “A segurança é, assim, praticamente, a base da Justiça. Um regime social em que haja segurança, em que haja ordem, estabilidade nessa ordem e certeza de que será respeitada e mantida, será por isso só um regime justo. O fim do Direito é realizar esse regime, conseguir o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade.” (NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1981).

⁶⁷ “A segurança jurídica se expressa, hoje, praticamente, na previsibilidade da atuação estatal, partindo a doutrina moderna do conceito de paz jurídica para a compreensão de que a segurança jurídica requer confiabilidade, certeza e interdição da arbitrariedade no Estado de Direito.” (PRUDENTE, Antonio Souza. *Medida provisória e segurança jurídica*. Revista de informação legislativa, nº 138, p. 237-248, abril/junho de 1998).

⁶⁸ “La arbitrariedad, denunciada también desde la perspectiva de la quiebra de la confianza legítima, por afectar a las legítimas expectativas de los poderes públicos y de la ciudadanía, se descartó asimismo toda vez que “la observancia estricta de esta línea argumental abocaría a la petrificación del ordenamiento desde el momento en que una norma promulgada hubiese generado en un sector de la ciudadanía o entre algunos poderes públicos la confianza en su vigencia más o menos duradera ..., y no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 17 y las resoluciones allí citadas).” [STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 9 c)] – sentencia 19/2013 do Tribunal Constitucional espanhol)

⁶⁹ “princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida” (NOVAIS, JORGE REIS. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2011)

⁷⁰ No Direito alemão o princípio da segurança jurídica tem envergadura constitucional, porquanto entendido como subprincípio do Estado de Direito. No direito positivo francês a noção de segurança jurídica não está expressamente edificada. No Direito Espanhol o princípio da segurança jurídica foi incorporado expressamente ao texto da Constituição de 1978 na condição de princípio geral do ordenamento jurídico. (VALIM, Rafael. *O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010).

a formação da estabilidade jurídica do povo - tem por objetivo regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desse instituto, como também assegurar o acesso dos cidadãos à regularidade funcional da ordem jurídica e ao aperfeiçoamento do exercício do poder estatal consubstanciado na calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.

É importante ressaltar que a segurança jurídica funciona como requisito indispensável na busca da realização dos valores éticos⁷¹, (aliás, a segurança jurídica é pré-condição básica para consecução dos valores⁷², como Justiça⁷³ e Bem-Estar)⁷⁴, além de possibilitar o desenvolvimento da sociedade⁷⁵, sendo relevante para os estudos e tendências do Direito Público.

A segurança jurídica, como corpo intermediário⁷⁶ que é, posicionando-se entre a ordem jurídica e a justiça⁷⁷, atua como canal de expressão dos anseios

⁷¹ "Es verdad que en el Derecho encarnar valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad personal de los individuos, las libertades básicas de estos, el bienestar general o bien común, etc.; y es verdad que un Derecho no estará justificado sino en la medida en que sirva satisfactoriamente a dichos valores. Pero es verdad también que el Derecho no surge primeramente como un estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo la necesidad de un cambio progresivo mero tributo a esos valores de superior rango, sino que es gestado bajo. El Derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una urgencia de certeza (saber a qué atenerse) y de seguridad (saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido); o sea bajo el estímulo de una urgencia de orden en la vida social." (SICHES, Luís Recaséns. Tratado de Sociología. Porto Alegre: Globo, 1970).

⁷² "Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) (...) Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material" (Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>. Acesso em 27 de julho de 2012).

⁷³ "Certo é que um direito inseguro é, por regra, um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade. Assim, a segurança legítima do direito é apenas aquela que signifique garantia contra arbitrariedade e contra injustiças". (SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (org.), Constituição e segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte, Fórum, 2004, p. 16).

⁷⁴ "Não é discutido por ninguém que a ordem seja o primeiro fim do direito, aquele sobre o qual todo o resto se apóia, aquele na ausência do qual todos os outros valores desaparecem." (ROUBIER, Paul. Théorie Générale du Droit: Historie des Doctrines Juridiques et Philosophie des Valeurs Sociales. Paris: Dalloz, 2005).

⁷⁵ "...a segurança está também diretamente ligada ao desenvolvimento econômico e social das sociedades, pois nenhum progresso é possível num contexto de permanente insegurança". (PITON, André Paulino. O paradoxo: liberdade, segurança e justiça na união europeia. Dissertação de Mestrado, Coimbra, janeiro de 2008)

⁷⁶ O direito tem dupla vocação: a de proporcionar segurança a uma sociedade e a de fazer imperar a justiça em suas relações (...) O princípio da segurança jurídica é, assim, tão valioso, que sua violação compromete toda a instituição que o transgredir, ao trair a confiança geral, cimento das civilizações, e a boa-fé dos que deveriam ser protegidos pela ordem

sociais de previsibilidade e objetividade das relações jurídicas na realização de valores⁷⁸, que servem de padrões de conduta política e jurídica em torno dos quais se forma um consenso fundamental entre os integrantes da comunidade política⁷⁹. Nos últimos tempos, o tema da Segurança Jurídica foi desenvolvido, de forma a constituir chave reflexiva na sociedade atual do século XXI⁸⁰, em que afigura-se com nitidez um ambiente de riscos, incertezas⁸¹ e mudanças significativas, inclusive de paradigmas⁸² construídos pela modernidade ocidental⁸³, trazendo novos ares em sua organização e valores, com repercussão imediata no âmbito do Direito,

jurídica (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁷⁷ "A segurança é o estabelecimento da justiça no tempo e, por seu turno, implica a coexistência entre ordem e progresso. A segurança como valor tem o papel de manter a grande equação de justiça no Estado. É por meio dela que se busca conservar a ideia de direito que a comunidade política considerou justa. Evita-se, portanto, deixar o conteúdo mínimo de justiça do regime democrático ao sabor de doutrinas que possa vir a negá-lo, de modo a comprometer a própria democracia." (GUSSI, Evandro. *A segurança na Constituição*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS. 2005).

⁷⁸ "O mundo do Direito, portanto, não é o da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe." (JUNIOR, Humberto Theodoro. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. In *Revista de Doutrina TRF4*. Edição 58, publicada em 19/9/2006).

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal: Almedina, 2000.

⁸⁰ "O século XXI será recordado na História da Humanidade como o século da mudança, do perigo iminente, do "choque das civilizações, da insegurança colectiva, da desconfiança do "outro", das injustiças praticadas, da Guerra do Iraque e, principalmente, dos trágicos atentados terroristas ocorridos a 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, a 11 de março de 2004, em Espanha, e a 7 de julho de 2005, em Londres. (RODRIGUES, José Noronha. *A Política Exterior e de Segurança Comum*. Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Tomo LVIII. Nº 317. Janeiro/março 2009. Universidade do Minho, Portugal)

⁸¹ "científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo que se afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós." (CARVALHO NETTO, Menelick de & SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

⁸² Paradigmas são instrumentos de compreensão da realidade, gerados num contexto histórico, científico e social, que possibilitam previsibilidade no sentido de funcionamento e planejamento da vida das pessoas em sociedade. Os paradigmas jurídicos são construções teóricas estruturantes que funcionam como padrão ou modelo ordenador das relações sociais. Com a evolução e as novas exigências, os paradigmas construídos transformam-se em insatisfações teóricas, pois o pensamento jurídico tem por finalidade reduzir a incerteza do direito. A conscientização e a concretização dos paradigmas jurídicos permitem a compreensão da realidade e do sistema jurídico, gerando a possibilidade de análise crítica com debates e sugestões, características de um processo evolutivo. É caminhar de um conhecimento de regulação para um conhecimento por emancipação.

⁸³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós modernidade*. Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dez. 2008.

provocando reflexões e a necessidade de posturas novas diante de opções e variações num contexto de complexidade e dinamicidade.

Com a garantia da estabilidade jurídica, consubstanciada na previsibilidade e certeza das relações sociais, o tema segurança jurídica estimula o crescimento econômico, incentiva investimentos⁸⁴, permite o reconhecimento de direitos⁸⁵, e contribui para a realização de um *bom governo*, já que a organização e proteção jurídicas na gestão governamental do Estado propiciam um criterioso planejamento democrático.

3. Sentido Formal de Segurança Jurídica

A segurança jurídica, em sentido formal é vinculada à própria ideia de Direito, como valor social do ordenamento jurídico, à existência das fontes formais do direito, sobretudo da lei, com análise dos requisitos exteriores das normas legais e de sua linguagem jurídica, e à estabilidade do Direito no tempo e no espaço.

Em relação à vinculação com a ideia do Direito, podemos afirmar que numa primeira dimensão histórica, a segurança jurídica é um objetivo ou valor a ser perseguido pelo Direito⁸⁶, de forma a contribuir com redução da incerteza e criação de bases para um planejamento futuro, estabelecendo uma ordem necessária no convívio social, sem o caráter absoluto, pleno e petrificador de imobilização do próprio dinamismo do direito.

Enquanto valor essencial e primário do sistema jurídico⁸⁷, pressuposto imanente⁸⁸ ao conceito de direito, indispensável à existência do ordenamento jurídico, não recebeu maior reflexão dos juristas ou ainda uma conceituação ainda que imprecisa do termo, tendo por escopo viabilizar as relações estabelecidas pela

⁸⁴ O governo da Espanha 'lamenta' a decisão da Bolívia de nacionalizar quatro filiais administradas pelo grupo espanhol Iberdrola e recorda a La Paz a importância da 'segurança jurídica' para os investimentos estrangeiros no país. 'A segurança jurídica é uma exigência inevitável de qualquer investimento estrangeiro na Bolívia', declarou o ministro da Indústria espanhol, José Manuel Soria (Espanha recorda Bolívia sobre a importância da segurança jurídica, in [www. g1.globo, com/economia](http://www.g1.globo.com/economia), disponível em 30/12/2012, acesso em 20/5/2012).

⁸⁵ "O Estado de Direito segue a linha do direito, se auto-limitando, protegendo as liberdades individuais, contrapondo-se ao estado de poder, ou totalitário, sendo constitucionalmente organizado. Os dois fundamentos do estado de Direito são a segurança e a certeza jurídica. A segurança e a certeza do direito são indispensáveis para que haja justiça, porque é óbvio que na desordem não é possível reconhecer direitos ou exigir o cumprimento de obrigações". (MARTINS, Eliezer Pereira. Segurança jurídica e certeza do direito em matéria disciplinar; aspectos atuais. Rio de Janeiro, Renovar, Revista de Direito Administrativo, vol. 230, out-dez/2002, p. 142)

⁸⁶ "Durant presque la totalité du 20e siècle, la sécurité juridique est considérée dans le discours doctrinal européen comme un « objectif » du droit ou, en d'autres mots, comme une « valeur » vers laquelle les systèmes juridiques doivent tendre. em tant que « valeur », les juristes conçoivent la sécurité juridique" (NADEAU, martin. Perspectives pour un principe de sécurité juridique en droit canadien: les pistes du droit européen comme une norme générale de caractère non juridique.

⁸⁷ RIPERT, Georges. *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949

⁸⁸ TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

vida social, criando condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros⁸⁹.

O Direito, enquanto ordem normativa⁹⁰ é instrumento da segurança jurídica, já que por meio do estabelecimento de normas jurídicas tem o papel de reger as relações humanas, de forma a garantir coexistência social pacífica⁹¹. A formulação do complexo normativo numa sociedade exprime a exigência necessária de ordem nas inter-relações convivenciais⁹², prevenindo conflitos e possibilitando estabilidade, harmonia e equilíbrio na vida social⁹³.

No aspecto formal da segurança jurídica, vinculado à própria ideia de Direito, dá-se relevo à positividade do Direito, na existência do Direito ordenando⁹⁴ e viabilizando o convívio do ser humano nas relações intersubjetivas e com o Estado⁹⁵; é através da existência da estrutura normativa, representando a organização da vida em sociedade, que o Direito exprime sua verdadeira vocação de proporcionar segurança a uma sociedade⁹⁶.

⁸⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

⁹⁰ O direito é o que se precisa para que povo possa alcançar a sua estabilidade. (CARNELUTTI, Francesco. *A Arte do Direito*. São Paulo: Bookseller Editora, 2005).

⁹¹ "É sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo que enseja às pessoas a possibilidade de ser orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou que podem fazer, por lhes ser obrigatório ou conveniente, e o que não devem, não podem ou não lhes convém fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. Com isto, os sujeitos de direito podem ter uma certa segurança em relação ao futuro, o qual se lhes apresenta, então, com alguma estabilidade no que atina aos efeitos que terão amanhã os comportamentos que praticarem hoje (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.12).

⁹² "A regra de direito é social pelo seu fundamento, no sentido de que só existe porque os homens vivem em sociedade." (DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. Revisão e Tradução de Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996).

⁹³ "uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica." (MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1999).

⁹⁴ "Direito é a ordenação das relações de convivência" (GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007).

⁹⁵ "A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida." (DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1960).

⁹⁶ "...segurança pelo Direito, é representativa da concepção clássica de segurança jurídica, segundo a qual o Direito corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança às pessoas." (VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010).

Com a evolução do pensamento jurídico, o valor da segurança, como estado de ordem e paz social, decorrente da existência e funcionamento do próprio sistema jurídico, começa a ser visto como fonte de direito, positivado de forma expressa ou implícita nos diversos ordenamentos jurídicos. Num primeiro momento de positivação, surge como um direito fundamental nas principais declarações de direito, e depois passa a ser visto como um princípio ou sobreprincípio. Mesmo que não haja previsão explícita do princípio da segurança jurídica em texto normativo constitucional ou infraconstitucional, sua admissibilidade como norma jurídica é inegável, já que decorre da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito.

4. Dimensões da Segurança Jurídica

Tendo como pano de fundo a necessidade social de manter um mínimo de previsibilidade e estabilidade nas relações, a exigência de segurança jurídica traduz e reflete o interesse da literatura jurídica na disciplina do tema, manifestando-se a doutrina publicista e a jurisprudência⁹⁷ na ideia de que a segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito possui duas dimensões, a objetiva e a subjetiva.

As dimensões da segurança jurídica evidenciam aspectos ou enfoques de um conceito único, interdependentes e essenciais ao reconhecimento e afirmação de um conteúdo essencial da segurança jurídica. As dimensões se complementam, não havendo antagonismo entre elas, já que todas buscam a estabilidade das relações jurídicas⁹⁸.

Na dimensão subjetiva, segurança jurídica é o direito fundamental da pessoa de ter estabilidade e conforto na sua vida⁹⁹, nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos¹⁰⁰, num contexto de defesa do cidadão contra o arbítrio estatal consubstanciada na legítima expectativa dos cidadãos contra a instabilidade e de certeza das regras do jogo¹⁰¹.

A dimensão subjetiva da segurança Jurídica refere-se ao direito de seu titular de confiar¹⁰² nos atos, aos procedimentos e às condutas do Estado nos mais

⁹⁷ “É comum associar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, vendo naquele o lado objetivo e neste, o lado subjetivo da garantia geral da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito” (acórdão nº 67/2014 do Tribunal Constitucional de Lisboa).

⁹⁸ “A segurança jurídica estabelece o dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação estatal.” (ÁVILA. Humberto. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva, 2004).

⁹⁹ “...cada cidadão deve ter a certeza do que pode e deve fazer e estar certo de que caso alguém não cumpra para com ele os deveres que a lei impõe, os órgãos do Estado estarão prontos a defendê-lo” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. Direito Constitucional, vol. I, Policopiado: Lisboa: Faculdade de Direito, 1979, p. 230).

¹⁰⁰ O direito surge quando a pessoa conhece a realidade, de forma a poder prever as situações, e por consequência realizar planejamento de vida. Se o cidadão sabe de antemão o que pode acontecer, prever os efeitos do seu comportamento, do comportamento dos outros, inclusive do Estado terá garantia de estabilidade e certeza na vida.

¹⁰² “O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto,

diferentes aspectos da sua atuação. Nesta dimensão, o enfoque é o aspecto individual da segurança jurídica¹⁰³.

A dimensão objetiva da segurança jurídica representa a garantia do direito dos cidadãos à estabilidade jurídica. Nesta dimensão, o enfoque será reconhecer a segurança Jurídica, numa perspectiva social, ou seja, a segurança Jurídica deve ser definida e compreendida como elemento fundamental¹⁰⁴ e valor básico da coletividade como um todo¹⁰⁵.

A dimensão objetiva põe em pauta a busca de formas de legitimar a atuação do Estado no sentido de fornecer ao cidadão a confiança esperada, o direito de saber com o que podem contar por parte do Estado. Se de um lado o cidadão tem direito a um comportamento confiável do Estado¹⁰⁶; o Estado fornece tal comportamento adotando uma atuação legítima, ou seja, compatível com os princípios e garantias individuais e coletivas, na gestão da coisa comum, sempre voltado a finalidade precípua de assegurar o bem estar de todos e a convivência harmônica em sociedade¹⁰⁷.

Com o reconhecimento das duas dimensões da segurança jurídica, desenvolveu-se no direito comparado, em especial na Alemanha, a distinção entre os princípios da segurança jurídica e o da proteção da confiança ou confiança legítima¹⁰⁸. O princípio da segurança jurídica corresponde ao aspecto objetivo da

da paz jurídica" (LARENZ, Larenz. *Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, 1985).

¹⁰³ Em sentido contrário: "porque todos e cada um dos institutos jurídicos, em algum grau, ainda que mínimo, respondem à ideia de paz, admitem que essa paz seja medida em unidades objetivas de certeza ou em unidades subjetivas de segurança." (GUASP, Jaime. *Derecho*. Madrid: Graficas Hergon, 1971)

¹⁰⁴ Elemento fundamental da ordem objetiva da coletividade (HESSE)

¹⁰⁵ "A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, constituindo, as bases da ordem jurídica da coletividade" (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Livraria Lumen Juris, 2006).

¹⁰⁶ "...para os cidadãos, a actuação dos poderes públicos deve ser sempre uma actuação antevísivel, calculável e mensurável. Num Estado de Direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segunda a qual o comportamento dos poderes públicos deve ser um comportamento confiável."

¹⁰⁷ "O Estado atual e o do próximo século XXI precisam de administradores comprometidos com as necessidades do cidadão, que atuem com imparcialidade no exame do que ocorre ao seu redor e que as administrem de modo que expressem confiabilidade originada do uso da solução adequada, aplicando a lei ao fato conhecido e sem desrespeitar o direito subjetivo genérico da cidadania" (DELGADO, José Augusto. *Perspectivas do Direito Administrativo para o século XXI in Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes/coordenação Cármen Lúcia Antunes Rocha*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995).

¹⁰⁸ Parte da doutrina entende que a dimensão subjetiva é a certeza consubstanciada na confiança do cidadão nas leis, que lhe permite agir eticamente adotando condutas razoáveis e previsíveis (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: Editora LTR, 1996). No direito francês, a dimensão objetiva é o princípio da segurança jurídica, e a dimensão subjetiva é o princípio da

estabilidade das relações jurídicas e o princípio da proteção da confiança ao aspecto subjetivo, relacionado com a confiança das pessoas no comportamento, atos e procedimentos do Poder Público.

No entanto, o instituto da Segurança Jurídica, em sua Dimensão Objetiva, não tem suscitado atenção regular da literatura jurídica em geral¹⁰⁹. No máximo, os estudiosos apontam a existência da Dimensão Objetiva relacionando o tema com a Segurança da ordem jurídica, fincada na certeza da positividade do ordenamento, na estabilidade jurídica e na realização do Direito¹¹⁰.

Não há um desenvolvimento profícuo da problemática da legitimidade material e formal do agir estatal, de como garantir a estabilidade e certeza da vida, reconhecida como um direito fundamental, muito embora, seja um tema importante, complexo, atual e principal do Direito Público, no contexto da conformação da gestão pública com as exigências da boa administração pública consubstanciadas nos vetores da integridade e transparência públicas.

Por sua vez, o tema da Dimensão Subjetiva da Segurança Jurídica, da confiança legítima tem sido cultivado de maneira mais específica, sendo objeto, inclusive de teses, artigos e monografias em geral¹¹¹.

5. Dimensão Objetiva da Segurança Jurídica

Em face da existência das duas dimensões, o presente artigo tem por objeto a **Dimensão Objetiva da Segurança Jurídica**, que, enquanto enfoque da Segurança Jurídica, sugere uma série complexa de questões, sendo necessário definir a problemática do presente estudo.

No decorrer da pesquisa, em busca de uma resposta satisfatória, foi formulada a seguinte indagação: A segurança jurídica é garantida pelo próprio Direito ou pelo Estado? A equação sugere uma série complexa de respostas, impondo uma definição de opção a ser desenvolvida neste estudo direcionado na garantia da estabilidade das relações jurídicas.

O Direito é instrumento da segurança jurídica, já que enquanto ordem normativa¹¹² tem o papel de reger as relações humanas, por meio do

confiança legítima (VALEMBOIS, Anne-Laure. La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em droit français. Paris: Editore LGDJ, 2004).

¹⁰⁹ A insuficiência dos trabalhos doutrinários sobre a Dimensão Objetiva da Segurança Jurídica implica a inexistência de monografias ou livros sobre o tema.

¹¹⁰ COVIELLO, Pedro José Jorge. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

¹¹¹ Já na Dimensão Subjetiva da Segurança Jurídica, o tema da Confiança Legítima, o tema ganhou destaque com a publicação de inúmeros artigos e livros: (VALEMBOIS, Anne-Laure. La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em droit français. Paris: Editore LGDJ, 2004; MAFFINI, Rafael. Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006; Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito brasileiro: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro; PIRES, Rita Calçada & PIRES, Manuel. Segurança e confiança legítima do contribuinte. Lisboa: Coleção Ensaio, 2013).

estabelecimento de normas jurídicas, de forma a garantir coexistência social pacífica¹¹³. À medida que o Direito perde sua autoridade de outorgar segurança jurídica à sociedade, com a determinação de regras gerais de conduta que permitem uma convivência pacífica e ordenada, o tema ganha destaque¹¹⁴.

No entanto, a segurança jurídica, além de tarefa ou missão contida na própria ideia do Direito¹¹⁵, é um instituto cuja viabilidade depende de uma atuação estatal direcionada em buscar a ordem social e a certeza das relações jurídicas.

Logo, na doutrina tradicional da dimensão objetiva, a segurança jurídica pode ser entendida como uma **finalidade do Direito** consubstanciada na elaboração, aplicação e interpretação clara e precisa das normas jurídicas de forma a criar condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências de seus fatos à luz da liberdade reconhecida¹¹⁶, ou então como **função do Estado** de garantir a segurança jurídica através de meios adequados e suficientes: no primeiro sentido privilegia-se o aspecto formal da segurança jurídica, que diz respeito ao que deve ser protegido; no segundo dá-se relevo ao aspecto substancial da segurança jurídica abrangendo como deve ser protegida ou garantida a Segurança Jurídica.

Neste sentido, com base na doutrina tradicional, e em busca da definição do círculo problemático, será analisada a segurança jurídica como função do Estado. Neste contexto será feita a identificação de como e porque o Estado garante a Segurança Jurídica, considerada como fator de estabilidade das relações sociais, desenvolvimento e progresso dos povos.

O Estado pode e deve garantir Segurança Jurídica em homenagem à estabilidade das relações jurídicas. DEVE, pois além de ser um fim do Estado representativo da ordem na convivência social e da realização do Estado Democrático de Direito, constitui um dever de tutela do direito fundamental de

¹¹² O direito é o que se precisa para que povo possa alcançar a sua estabilidade. (CARNELUTTI, Francesco. *A Arte do Direito*. São Paulo: Bookseller Editora, 2005).

¹¹³ "É sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo que enseja às pessoas a possibilidade de se orientarem, graças à ciência que, de antemão, lhes é dada sobre o que devem ou que podem fazer, por lhes ser obrigatório ou conveniente, e o que não devem, não podem ou não lhes convém fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. Com isto, os sujeitos de direito podem ter uma certa segurança em relação ao futuro, o qual se lhes apresenta, então, com alguma estabilidade no que atina aos efeitos que terão amanhã os comportamentos que praticarem hoje (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.12).

¹¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Os limites da autoridade do Direito no Brasil*. Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹⁵ MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2007; CALVACANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964; ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Coimbra: Almedina, 1995; COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002; MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010,

confiança legítima; PODE, porque não há obstáculos dogmáticos à concepção de um Estado provedor da Segurança Jurídica.

Se ao mesmo tempo afirmarmos que o Estado tem o encargo de ser provedor da segurança jurídica, dentro do contexto de análise da Dimensão Objetiva, só se pode reconhecer a existência desta dimensão objetiva, se se reconhecer também a existência do direito das pessoas de terem garantida a referida Segurança, o que aliás é objeto de análise de outra dimensão da Segurança, a Dimensão Subjetiva ou Confiança Legítima.

E aí o ponto central da presente pesquisa, e um dos principais problemas na dinâmica das relações da sociedade contemporânea: Como o Estado deve garantir a Segurança Jurídica? Por que o Estado deve garantir a Segurança Jurídica? Qual a abrangência de um Estado provedor da Segurança Jurídica?

Além de ser uma indagação extremamente ampla, o tema da Segurança Jurídica em geral apresenta uma abrangência natural, não apenas por ser **multidisciplinar**, ou seja, seu estudo possui inter-relações com diversos fenômenos, social, político, econômico, mas também pelo seu caráter **transversal**, em razão da sua capacidade de atingir todas as áreas do Direito¹¹⁷.

Em relação ao porque do Estado garantir a Segurança Jurídica, com a assunção do encargo assecuratório do direito do cidadão à confiança legítima, o argumento invocado é o de que além de ser um fim justificador da sua existência (a finalidade da Segurança Jurídica é elemento ou característica do Estado), é seu dever proteger os direitos fundamentais. A segurança jurídica, além de princípio jurídico, constitui projeção de uma garantia¹¹⁸ titularizada pelo cidadão que deriva da indispensável vinculação do Direito e do Estado à estabilidade e clareza às relações sociais.

Compete ao Estado garantir a ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade, criando condições de certeza e igualdade, gerando um equilíbrio na convivência social. É que a segurança jurídica, enquanto projeção finalística do Estado, nada mais é senão o dever de tutela do próprio Estado em relação ao direito fundamental de estabilidade nas relações jurídicas. A essência do postulado da Segurança Jurídica, enquanto função do Estado, além de

¹¹⁷O tema da Segurança Jurídica é tratado nos diversos ramos do Direito, como por exemplo, em Direito Tributário: Leandro Paulsen (Segurança Jurídica em matéria tributária, Livraria do Advogado, 2010), Heleno Torres (Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica, Editora Revista dos Tribunais, 2011); em Direito Administrativo: Rafael Valim (O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 2010), Guilherme Ferreira Gomes Lima (Princípio da Segurança Jurídica e Controle de Preços em Contratos Administrativos. Editora Forum, 2013), Patrícia Verônica N. C. S. de Souza (Segurança Jurídica no Processo Administrativo Disciplinar, Editora Forum, 2012), Augusto Neves Dal Pozzo (Tratado sobre Segurança Jurídica no Direito Administrativo, Editora Forum, 2013).

¹¹⁸ Há divergência sobre a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais. Uma parte da doutrina sustenta que direitos são bens ou vantagens disciplinados na Constituição Federal; garantias são os meios usados para proteger ou defender os direitos (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2010). Outra parte, por sua vez, sustenta que direitos e garantias são sinônimos (DORIA, Antonio de Sampaio. Curso de direito constitucional: os direitos do homem. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1946).

derivar da necessidade de estabilidade das relações jurídicas, representa uma estrutura social para efetivação dos direitos e garantias fundamentais e constitui meio adequado para tornar efetivo e real o equilíbrio e a certeza na sociedade civil.

Na efetivação da função do Estado em prover segurança jurídica, a questão é identificar qual **a proteção que o Estado deve conceder aos cidadãos**, no seu direito à estabilidade e à previsibilidade, no sentido de promover melhores oportunidades de desenvolvimento pessoal e social para toda a coletividade, impedir a dominação institucional de qualquer dos Poderes da República, obstar o exercício abusivo das prerrogativas estatais em flagrante desrespeito ao regime das liberdades públicas, e principalmente melhorar, facilitar, promover o próprio funcionamento da estrutura estatal, com mais eficiência, resultado, em conformação com um “governo aberto”¹¹⁹.

Na busca de uma resposta satisfatória optamos pela ideia de que a segurança jurídica, num contexto de Dimensão Objetiva, precisa ser protegida pelo Estado através do exercício de uma boa administração consubstanciada em uma gestão pública íntegra e transparente. No contexto de que o Estado deve solucionar e não criar problemas no funcionamento da sua estrutura a boa administração aparecer como diretriz para compreensão do encargo estatal de promover, conservar e aprimorar a prossecução da segurança jurídica.

A boa administração é a identificação das técnicas, formas, processos que visam melhorar de alguma maneira a tomada das decisões governamentais na sociedade, não podendo constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

Considerando: a necessidade da boa administração como meio para o desenvolvimento da segurança jurídica como função do Estado, e a existência de uma variedade de instrumentos de *good governance*¹²⁰, e com base no estudo da qualidade e aperfeiçoamento da administração pública, entendemos que a exigência fundamental da boa governança depende da união entre dois fatores essenciais: *integrity* e *openness*.

O Estado deve executar uma gestão pública com arranjos institucionais efetivos e adequados em torno dos alicerces da *integrity* e *openness*. Cabe ressaltar

¹¹⁹ “..o governo – que era a única solução institucional imperativa de direção política nas sociedades, com seu método exclusivista de decisão política próprio das sociedades fechadas -, cada vez mais se torna governança – como alternativa de solução dialogada e negociada: método optativo de decisão política para as sociedades abertas.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

¹²⁰ The path towards good governance requires a long-term vision centred on a genuine consideration of the needs of citizens and business. Building trust should be a priority. Consensus building and a strategic approach are the pre-conditions for successful reform. The active engagement of all stakeholders is needed. The European Commission is a partner in this process, providing funding and guidance, as well as facilitating the exchange of know-how and experience. Together, we will build high-quality public services that meet the needs of citizens and foster business and job creation (In Promoting good governance - European Social Fund thematic paper. European Commission: Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion Unit E1 Manuscript completed in January 2014)

que binômio *integrity* e *openness* podem sofrer variações temporais e espaciais, e que, portanto, devem ser interpretados em prol do desenvolvimento do país e da eficiente administração do Estado.

Sendo uma construção teórica coerente, que aponta um caminho de explicação melhor para a Dimensão Objetiva da Segurança Jurídica, e adaptado para a realidade contemporânea, a concepção de um Estado provedor da Segurança Jurídica com base na Boa Governança é fundamentada na:

1) *integrity*: no contexto pós-positivista a caracterização e a consequente definição da integridade pública, como suporte da Boa Governança dependem do entendimento da sua dimensão formal e material.

Na *dimensão formal*, o problema da integridade pública não é apenas a vinculação do Estado com a legalidade, repensar os novos paradigmas do direito público em tempos de consensualidade, pluralismo, reciprocidade e cooperação, mas compreender como cumprir o imperativo da lei, dogma democrático, expressão da vontade geral e elemento conciliador entre liberdade e autoridade. Em termos gerais, pode-se afirmar que o cumprimento exige respeito ao Direito e aos princípios jurídicos, através de três formas: a) pressão social, ou seja, a mobilização da sociedade em atos públicos como protestos; b) pressão política, ou seja, monitorar Estado na efetivação dos direitos humanos, com diálogo contínuo com os seus poderes; c) exigibilidade jurídica, ou seja, exigência de implementação do Direito, seja na via administrativa, via judicial ou via internacional.

Na *dimensão material*, por sua vez, a ideia é criar direcionamentos na vida em sociedade combinando: a) publicidade: é a divulgação clara e objetiva das informações; b) coerência: escolha discricionária prioritária; a prioridade não é mera escolha governamental discricionária baseada num critério de conveniência e oportunidade, mas uma decisão tomada com assento constitucional e cosmopolita. A prioridade com assento constitucional é a escolha que privilegia a eficácia dos direitos fundamentais. A prioridade com assento cosmopolita é a escolha que privilegia a cooperação ou integração não apenas com a iniciativa privada, mas também com a ordem internacional; c) abertura eficiente: é a criação de políticas públicas dialogadas, com procedimentos de negociação e participação, do cidadão nos negócios do Estado e o equilíbrio do poder, e objetivos claros e avaliações de impactos futuros e inovadores.

2) *openness*: é a correção e legalidade dos atos na gestão pública, com a exigência da licitude através da elaboração e aplicação de medidas de prevenção e combate da corrupção pública, baseadas em padrões de comportamento baseados na objetividade e honestidade e critérios de controle e responsabilidade.

A LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO BRASIL

The Trade-union Freedom in Brazil

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

LUIZ MANOEL ANDRADE MENESES

Universidade Federal de Sergipe

Sumário: 1 Introdução. 1 Enquadramento da representatividade sindical no Brasil. 2. Adequação da regra constitucional brasileira à Convenção 87 da OIT. 3 Controle de convencionalidade como forma de efetivar a Convenção 87 da OIT no Brasil 3.1 Teor da recente reclamação contra o Brasil na OIT, em razão da não ratificação da Convenção Nº 87 Da OIT. 4. Conclusões. 5. Referências.

Resumo: Esse artigo trata das peculiaridades da liberdade sindical no Brasil. O Brasil adota uma liberdade sindical mitigada, diante das limitações impostas pelas normas jurídicas, tais como a unicidade sindical (artigo 8º da Constituição Federal), que veda a sobreposição na mesma base territorial de sindicato da mesma categoria, e o imposto sindical, que impõe o desconto de anualidade para custear o sistema sindical. Contraditoriamente, se assiste o nascimento de várias centrais sindicais e associações de grau superior, no mesmo território. Assim, apenas a base sindical de representação observa a unicidade sindical. Esse monopólio de representação induz a fragmentação da representatividade, através da formação de sindicatos mais específicos. Urge a ratificação da Convenção 87 da OIT, para não colocar em risco a participação do Brasil como membro desta Organização, ante a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Mediante o controle de convencionalidade e o reconhecimento do caráter supralegal dos tratados internacionais, o Estado brasileiro já se encontra vinculado à referida convenção.

Palavras chave: Liberdade sindical. Unicidade. Direito fundamental. Organização sindical. Brasil.

Abstract: This article deals with the peculiarities of the trade-union freedom in Brazil. Brazil adopts a union freedom mitigated, given the limitations imposed by the juridical rules, such as the uniqueness union (Article 8 of the Federal Constitution), which seals the overlap in the same territorial base union in the same category, and the union tax, which imposes the annuality discount to fund the union system. Contradictorily, we are witnessing the birth of several unions and higher-level associations in the same territory. Thus, only the union base representation observes the uniqueness union. This monopoly of representation leads to the

fragmentation of the representation, by forming more specific unions. Urges the ratification of the ILO (International Labor Organization) Convention 87, not to jeopardize the participation of Brazil as a member of this organization, compared to the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. By the control of the conventionality and recognition of supra-legal character of international treaties, the Brazilian State is already bound by that Convention.

Keywords: Trade-union freedom. Uniqueness. Fundamental right. Union organization

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da liberdade sindical tal como previsto no ordenamento jurídico brasileiro e a posição da OIT, em observância ao disposto na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A redação do art. 8º da Constituição Federal traz limites à liberdade sindical, implicando interferência do Estado Brasileiro na liberdade de organização sindical ao estabelecer a observância da unicidade sindical, o que implica a vedação de sobreposição, na mesma base territorial, de organização sindical do mesmo grau¹. O princípio da unicidade, contudo, não se assimila à exigência de apenas um sindicato representativo da categoria, mas que apenas um sindicato tenha legítima representação de uma categoria na mesma base territorial.

¹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Adicionados aos critérios brasileiros de representatividade sindical, a utilização intensiva do trabalho sob diversas vertentes, com o surgimento do mais variado modo de produção que aumenta dia após dia, criando-se novos vínculos sociais, é necessário se repensar a forma associativa sindical que o Brasil tem adotado.

Neste viés, a própria República Brasileira vem adotando o sistema plural, no âmbito das centrais sindicais e das entidades sindicais de grau superior (confederações e federações), recusando fazê-lo no âmbito dos sindicatos de base. No entanto, a liberdade sindical é considerada direito fundamental do trabalhador e essencial para o exercício da democracia pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), sem quaisquer restrições.

Diante disso, cabe analisar essa temática com vistas a conceber aplicabilidade ao princípio da máxima efetividade dos direitos humanos dos trabalhadores.

1. Enquadramento da representatividade sindical no Brasil.

Historicamente, a República Brasileira ingressou na OIT (Organização Internacional do Trabalho), quando da assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, assumindo um compromisso internacional de incorporar um novo modelo de constitucionalismo social. Na Constituição de 1934 adotou um modelo de pluralismo sindical que fora afastado pelas Constituições subsequentes, que passaram a adotar o modelo da unicidade sindical.

A atual Constituição Federal quebrou o modelo excludente de representatividade, para adotar um modelo híbrido em que o artigo 8º assegura, expressamente, a liberdade de associação sindical, enfatizando em seu inciso V que ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato. Porém, no inciso II deste mesmo artigo, veda a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, não podendo ser inferior à área de um Município, e, no inciso IV, mantém a possibilidade de cobrança do "imposto sindical", independentemente da filiação sindical ou não do trabalhador.

Diante desse cenário, verifica-se uma contradição no sistema brasileiro ao adotar uma liberdade sindical mitigada principalmente diante da unicidade na base do sistema sindical, ou seja, a liberdade existe apenas na adesão ao sistema associativo e não na possibilidade de existência de múltiplas associações, sem qualquer interferência do Estado em suas gestões. Na verdade, a Constituição optou por adotar um procedimento negativo da visão social representativa, preferindo um sistema rígido, ainda que mitigado na prática, nos órgãos de cúpula sindical, como veremos adiante, a um sistema de liberdade sindical ampla ou total.

Ressalte-se que a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata sobre a liberdade sindical e a proteção ao direito de sindicalização, foi consagradamente aprovada na 31ª Conferência Internacional do Trabalho, em São Francisco, nos Estados Unidos, no ano de 1948, com vigência no plano internacional a partir de 1950; apesar dos seus 65 anos de existência, o Brasil ainda reluta em ratificá-la.

Estabelece o artigo 2º da referida Convenção que: *"Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas"*.

Nesse viés, percebe-se que a norma internacional não apresenta incompatibilidade com a Constituição de 1988, ao abordar a constituição de sindicatos sem necessidade de autorização prévia, vê-se que a regra é condizente com o inciso I do artigo 8º, que apenas exige o registro sindical junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, a fim de verificar exclusivamente a unicidade sindical.

Não restam dúvidas de que a constituição, extinção, organizações gerencial, administrativa e financeira, número de dirigentes, processo eleitoral, duração de mandato, base territorial, atividades abrangidas pela categoria, sindicalização, formas de custeio, etc., devem estar definidas e regulamentadas no estatuto da entidade sindical.

Nesse mesmo sentido de ampla liberdade, os artigos 4º e 5º da norma internacional referida estão em sintonia com o nosso ordenamento jurídico atual².

A multicitada convenção, em seu artigo 3.1 resguarda a autonomia sindical perante influências externas, acerca do direito das organizações criadas ou constituídas de poderem definir seus próprios atos associativos, estatutos, regulamentos administrativos, bem como todas as demais normas relacionadas à eleição de seus representantes, à gestão e à implantação de suas políticas e planos de ação³.

Já o artigo 3.2 da Convenção nº 87 discorre a respeito da proibição expressa de que autoridades públicas ou governamentais venham intervir na existência ou funcionamento das organizações sindicais, seja por atos governamentais, administrativos, legislativos ou judiciais, ou pela tomada de medidas que limitem a capacidade de livre elaboração dos estatutos, condicionem a eleição dos representantes, manipulem a gestão das entidades ou reduza a livre formulação dos programas de ação.

Ainda sob os ideais de autonomia, preservação e livre organização dos organismos sindicais, dispõem os artigos 4º e 5º (acima transcritos), os quais indicam a tentativa de garantir os anseios e interesses dos representados perante

² Art. 4º - *As organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas à dissolução ou à suspensão por via administrativa.* Art. 5º - *As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de constituir federações e confederações, bem como o de filiar-se às mesmas, e toda organização, federação ou confederação terá o direito de filiar-se às organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores.*

³ Art. 3 — 1. *As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.*

as forças patronais e estatais, combatendo a prática de condutas antissindicais. Nesses aspectos, inexistiu obstáculo no modelo sindical brasileiro que se apresente para impedir a ratificação da Convenção nº 87 da OIT.

O *caput* do artigo 8º da Constituição não deixa dúvidas quanto à liberdade sindical ali disposta, ao estabelecer que "*é livre a associação profissional ou sindical, ...*". No entanto, a limitação à liberdade sindical vem disposta nos incisos que seguem, propiciando ampla ingerência estatal no campo da inter-relação entre os entes sindicais e entre esses e seus representados, com regras incompatíveis com o ideal de liberdade preconizado pelo tratado internacional em apreço.

Entre os obstáculos ressalta-se a unicidade sindical, que impede a constituição de mais de uma entidade sindical representante da mesma categoria em mesma base territorial, compreendendo a área mínima de um Município. Paradoxalmente, o monopólio de representação tem fomentado a proliferação de sindicatos pequenos, muitas vezes meramente formais, ou seja, sem atuação real, mediante a fragmentação de sindicatos de maior abrangência, seja através do desmembramento de sua base territorial, até o limite de um Município⁴, seja através da dissociação de categorias antes agrupadas em sindicato mais abrangentes.

Nesse desmonte, várias decisões judiciais amparam a fragmentação da representatividade, através da formação de sindicatos específicos, inclusive da Suprema Corte Brasileira (STF), sob diversos argumentos falaciosos, por exemplo: a) de que a criação de novo sindicato, por desdobramento de sindicato preexistente, não implica ofensa ao princípio da unicidade sindical, confundindo os conceitos de unidade, a qual se constrói nos moldes da liberdade sindical, com o de unicidade, que é uma imposição estatal⁵; b) Atribuindo à "vontade da categoria" a criação de sindicatos de menor abrangência ou mais específicos, ao tempo que essa suposta vontade é negado em relação a eventual anseio de pluralidade⁶; c) adotando o

⁴ O Brasil era subdividido em 2013 em 5.570 municípios, número com tendência de crescimento. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/cresce-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>, acesso 09/10/2015 às 20h18.

⁵ "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não implica ofensa ao princípio da unidade sindical a criação de novo sindicato, por desdobramento de sindicato preexistente, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior a de um município. 2. Agravo regimental desprovido." RE 573533 AgR / SP - SÃO PAULO, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Julgamento: 14/02/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-056 DIVULGADO 16-03-2012, PUBLICADO 19-03-2012".

⁶ "EMENTA: SINDICATO. DESMEMBRAMENTO. ATIVIDADE ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. A existência de um determinado sindicato não constitui óbice intransponível à formação de outros de menor abrangência ou mais específicos em relação às atividades desenvolvidas, caso seja a vontade da categoria, não havendo, portanto, a figura do direito adquirido em relação à base territorial ou à representatividade. O desmembramento da categoria em

critério da especificidade, que enfraquece a organização dos trabalhadores, em detrimento do princípio da agregação, que a fortaleceria, como veremos em seguida⁷.

O princípio da especialidade, que embasa o desmembramento sindical, deve sofrer restrições impostas pelo princípio da razoabilidade e da liberdade sindical plena, prevista na Convenção 87 da OIT. O desmembramento de uma categoria já existente deve ser feito segundo critérios objetivos que garantam a efetiva representatividade sindical, a justificarem a real necessidade do afastamento de um determinado grupo de trabalhadores do grupo principal abrangido pela categoria econômica primitiva, de modo que o desmembramento não sirva apenas para favorecer a classe empresarial, que pode assim negociar com um grupo menor de trabalhadores, os quais, diante do número reduzido, perdem seu poder de barganha de melhores condições trabalhistas, ocasionando com isso redução significativa da condição social desses mesmos trabalhadores.

Seguindo esta linha de raciocínio, a melhor jurisprudência, ainda que minoritária, adota o princípio da agregação, o qual, diante do conflito entre entidades sindicais prestigia aquele que tenha maior representatividade e que seja mais combativo, por exemplo: a) buscando a inferência do sindicato mais representativo e legítimo, aquele mais amplo, abrangente e forte, em geral o mais antigo e atuante, em detrimento do sindicato mais restrito e limitado, em regra o mais recente⁸; b) identifica como mais legítimo e representativo o sindicato com

sindicatos visando a uma melhor representação de seus interesses é comum no meio sindical, fruto da autonomia e liberdade garantidas constitucionalmente como também da realidade que se forma pela manifestação dos grupos profissionais e econômicos.” TRT 3ª. Região, 2ª. Turma, Relator Des. Luiz Ronan Neves Koury, 01523-2011-013-03-00-4 RO, publicado no DEJT de 29.08.2012”.

⁷ “EMENTA: DESMEMBRAMENTO SINDICAL. Consoante artigo 570 da CLT, o enquadramento sindical, no sistema brasileiro, ocorre pelo critério da especificidade, sendo admitida, também, conforme parágrafo único do citado dispositivo, a criação de entidades sindicais formadas por atividades similares ou conexas, cuja dissociação de um segmento da categoria para formação de sindicato específico é autorizada pelo artigo 571 da CLT. Por outro lado, o inciso II do artigo 8º da Carta Magna de 1988, consagra o princípio da unicidade, que veda a formação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial e para representação de igual categoria profissional. Sucede que, quando a criação do sindicato se der por desdobramento de um sindicato que abrange trabalhadores de diversas categorias, prevalece o critério da especificidade.” 0161500-18.2009.5.03.0110 RO (01615-2009-110-03-00-9 RO), Data de Publicação: 06/09/2010, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator: Juiz Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar, Revisor: Des. Rogerio Valle Ferreira, Divulgação: 03/09/2010. DEJT. Página 93”.

⁸ “RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SINDICATO-AUTOR SINTHORESP. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E ASSISTENCIAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. INFERÊNCIA DO SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO E LEGÍTIMO, AFIRMATIVO DA UNICIDADE CONSTITUCIONALMENTE DETERMINADA. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO SINDICAL COMO DIRETRIZ REGENTE DESSA ANÁLISE. SINDICATO OBREIRO MAIS AMPLO, ABRANGENTE, FORTE E REPRESENTATIVO, USUALMENTE MAIS ANTIGO, EM DETRIMENTO DO SINDICATO MAIS RESTRITO E

categoria profissional mais larga e abrangente, que envolve inúmeros segmentos similares a mais do que o segmento específico e delimitado referenciado pelo outro sindicato – que, sendo mais recente, foi produto de divisão da categoria ampla representada pelo sindicato mais antigo⁹.

DELIMITADO, USUALMENTE MAIS RECENTE. AGREGAÇÃO SINDICAL PRESTIGIADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Decidindo o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio civilista da especificidade, em contraponto ao princípio da agregação, deve ser reformada a decisão regional. Isso porque deve ser identificado como mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional o sindicato obreiro mais amplo, com maior número de segmentos laborativos representados, além de mais antigo, que na hipótese é o SINTHORESP, de 1941, em contraponto ao SINDIFAST, de 2000, invocado pelo Regional. Esse entendimento ajusta a interpretação ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, CF). A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo porém incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II CF/88) e concretizar a consistência representativa que tem de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 2604007420095020074, 260400-74.2009.5.02.0074, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/05/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013) <Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23350750/recurso-de-revista-rr-2604007420095020074-260400-7420095020074-tst>>”.

⁹ *“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. INFERÊNCIA DO SINDICATO MAIS REPRESENTATIVO E LEGÍTIMO, AFIRMATIVO DA UNICIDADE CONSTITUCIONALMENTE DETERMINADA. PRINCÍPIO DA AGREGAÇÃO SINDICAL COMO DIRETRIZ REGENTE DESSA ANÁLISE. SINDICATO OBREIRO MAIS AMPLO, ABRANGENTE, FORTE E REPRESENTATIVO, USUALMENTE MAIS ANTIGO, EM DETRIMENTO DO SINDICATO MAIS RESTRITO E DELIMITADO, USUALMENTE MAIS RECENTE. AGREGAÇÃO SINDICAL PRESTIGIADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E PELO TRT. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. Decidindo o TRT o conflito intersindical com suporte no princípio da agregação, de modo a identificar como mais legítimo e representativo o sindicato com categoria profissional mais larga e abrangente, que envolve inúmeros segmentos similares a mais do que o segmento específico e delimitado referenciado pelo outro sindicato – que, sendo mais recente, foi produto de divisão da categoria ampla representada pelo sindicato mais antigo -, ajusta-se sua interpretação ao melhor e mais consistente sentido objetivado pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, I, II e III, CF). A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo porém incompatível para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela Constituição (art. 8º, I e II CF/88) e concretizar a consistência representativa que tem de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do princípio da agregação, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 348003120095020043, 34800-31.2009.5.02.0043, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 04/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013) <Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24149442/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-348003120095020043-34800-3120095020043-tst>>”.*

Pode-se inferir que, a continuar prevalecendo no sistema brasileiro a unicidade sindical, ratificado pelos Tribunais Brasileiros, a extinção de sindicatos nacionais, estaduais, regionais ou intermunicipais é uma tendência, em face da formação de sindicatos de base territorial menor, com a finalidade única de garantir a unidade da categoria e evitar que outras entidades venham tentar dividi-la no futuro.

Assim, estão nascendo muitos “sindicatos de gaveta”, cuja existência está apenas no papel, sem qualquer ação sindical concreta, colaborando para o crescente aumento no número de sindicatos registrados no Ministério do Trabalho e Emprego¹⁰, em prejuízo da organização dos trabalhadores e, em última instância, facilitando a precarização dos direitos sociais dos trabalhadores.

Noutro aspecto, apesar de a regra constitucional enfocar que a unicidade vale para entidades sindicais de quaisquer graus (sindicatos, federações e confederações), o certo é que se assiste o nascimento de várias associações de grau superior, federações e confederações, sob a permissão da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 533 a 535)¹¹, sem prejuízo de entes já constituídos naquele âmbito de representação

¹⁰ Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil, em julho de 2012 havia registro de 14.552 sindicatos: 4.639 patronais e 9.913 de trabalhadores. De janeiro a abril de 2012, o MTE recebeu 336 pedidos para a criação de novos sindicatos. <Disponível em <http://www.brasil.gov.br/governo/2012/07/nova-portaria-do-mte-regula-registro-de-novos-sindicatos>, acesso em 09/10/2015 às 21h08>.

¹¹ Art. 533 - Constituem associações sindicais de grau superior as federações e confederações organizadas nos termos desta Lei.

Art. 534 - É facultado aos Sindicatos, quando em número não inferior a 5 (cinco), desde que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, organizarem-se em federação.

§ 1º - Se já existir federação no grupo de atividades ou profissões em que deva ser constituída a nova entidade, a criação desta não poderá reduzir a menos de 5 (cinco) o número de Sindicatos que àquela devam continuar filiados.

§ 2º - As federações serão constituídas por Estados, podendo o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio autorizar a constituição de Federações interestaduais ou nacionais.

§ 3º - É permitido a qualquer federação, para o fim de lhes coordenar os interesses, agrupar os Sindicatos de determinado município ou região a ela filiados; mas a união não terá direito de representação das atividades ou profissões agrupadas.

Art. 535 - As Confederações organizar-se-ão com o mínimo de 3 (três) federações e terão sede na Capital da República.

§ 1º - As confederações formadas por federações de Sindicatos de empregadores denominar-se-ão: Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional de Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional de Transportes Terrestres, Confederação Nacional de Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional das Empresas de Crédito e Confederação Nacional de Educação e Cultura.

§ 2º - As confederações formadas por federações de Sindicatos de empregados terão a denominação de: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, Confederação Nacional dos Trabalhadores em

Neste formato, a cada cinco sindicatos é facultada a criação de uma federação, o que, na prática conduz à criação de diversas federações conforme o alinhamento político-ideológico dos respectivos sindicatos, superado assim nesse aspecto o modelo da unicidade. Do mesmo modo, a partir de três federações, faculta-se a criação de uma confederação, o que viabiliza a concretização da pluralidade sindical, também neste particular.

Por sua vez, proibidas no período da ditadura política (1964-1985), as centrais sindicais conquistaram liberdade relativa a partir de 1975. Com participação efetiva, atuam de forma a unir horizontalmente os trabalhadores de diversas categorias, influenciando sobremaneira os Sindicatos, como também, nos movimentos políticos.

Cada central atua conforme sua influência em diversos grupos de trabalhadores ou em determinados setores econômicos do País, admitindo a filiação de sindicatos, federações e confederações. Apesar do relevante papel desenvolvido pelas centrais sindicais, não estão inseridos no sistema sindical, de modo não sofrem a restrição da representação unitária, mas de outro lado não podem celebrar convenções e acordo coletivos; todavia, atuam no âmbito do diálogo social e são destinatárias de percentuais do imposto sindical.

Não obstante a marcante combatividade, as centrais sindicais não tinham atuação jurídica, já que não podiam representar seus filiados administrativa ou judicialmente, constituindo-se em meras organizações políticas, não governamentais (ONGs), como qualquer outra associação civil sem fins lucrativos definida na legislação comum.

Apenas com a Lei 11.648 de 31 de março de 2008, as centrais foram formalmente reconhecidas¹², ainda assim como organizações gerais de trabalhadores, conforme reza o caput do artigo 1º da mencionada lei, não compondo a organização sindical brasileira (integrada pelo sindicato, federação e confederação), a despeito de apresentar dimensão superior. A incorporação das centrais sindicais no direito coletivo do trabalho brasileiro arrefeceu a bandeira pela ratificação da Convenção 87 da OIT¹³.

Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Comunicações e Publicidade, Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Educação e Cultura.

¹² No início de 2015, o Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil reconhecia as seguintes centrais sindicais, as quais obtiveram índice de representatividade superior a 7%, nos termos da art. 4º da lei nº 11.648/2008: a) Central Única dos Trabalhadores – CUT (33,67%); b) Força Sindical – FS (12,33%); c) União Geral dos Trabalhadores – UGT (11,67%); d) Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB (9,13%); e) Nova Central Sindical de Trabalhadores – NCST (7,84%); e f) Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB (7,43%).

¹³ Note-se que o sistema brasileiro, ao tempo em que admite a pluralidade para as centrais sindicais, as inclui na partilha do imposto sindical, com a cota de 10%, nos termos do artigo 589, II, b, da CLT, rateada consoante o índice de representatividade acima. Aspectos que,

Diante deste contraditório sistema brasileiro, em que apenas a base sindical de representação deve respeitar a unicidade sindical, que tem por base uma antiga perspectiva do regime corporativista italiano, é imperioso fazer uma releitura de normas de Direito Sindical Brasileiro, com vistas a Convenção 87 que expressa ser livre a organização sindical.

A respeito, cabe destacar com as lições da jurista italiana Luisa Galantino¹⁴, que o direito italiano já superou este modelo facista, ao consagrar no art. 39, §1º, da Constituição que “l’organizzazione sindacale è libera” (“a organização sindical é livre”) e no título III da legislação ordinária (“Statuto dei lavoratori” – lei de 20 de maio de 1970), o reconhecimento expresso da liberdade sindical no lugar de trabalho com vistas ao sindicato “maggiormente rappresentativi” (ou seja, “majoritariamente representativo”).

2 Adequação da regra constitucional Brasileira à Convenção 87 da OIT

O tratado em tela considera liberdade sindical a possibilidade de haver o pluralismo ou a unidade sindical, mas sempre pela vontade espontânea dos interessados, sem qualquer imposição na lei. O que busca a convenção é através da pluralidade consagrar a unidade sindical pela ampla espontaneidade dos interesses regentes e não por imposição legal, possibilitando uma efetiva representação dos interesses da classe que representa, inclusive com ampliação de normas coletivas protetivas.

Cabe destacar, com o professor José Luis Monereo Pérez¹⁵, que: “El principio de libertad sindical comprenderá singularmente el derecho a la autotutela colectiva, al ejercicio de medios dirigidos a ejercer una presión unilateral respecto de la contraparte en el conflicto.”

Assim, nestes moldes, a Convenção 87 já foi ratificada por 187 países membros da OIT, sendo fundamental para a quebra do monopólio sindical por categoria existente no Brasil. Com a adoção do modelo proposto pela OIT, o trabalhador pode constituir sindicato por empresa, pode decidir fusões ou desmembramentos, conforme entenda a melhor forma de defesa de seus interesses, sem quaisquer amarras criadas pelo legislador.

A Convenção nº 87, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, de 1948, foi tão importante quanto a Convenção nº 98 relativa ao Direito de Organização e Negociação Coletiva de 1949, que também passou a integrar o catálogo ou repertório das convenções fundamentais da OIT, consoante a Declaração sobre os Princípios Fundamentais no Trabalho, de 1998, acrescidas das

não obstante contraditórios, podem se somar para o efeito de arrefecer a luta pela ratificação da Convenção 87 pelo Brasil.

¹⁴ *Diritto Sindacale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 1-2.

¹⁵ *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. España: editorial Civitas, 1996, p. 63.

Convenções nº 29 sobre o trabalho forçado, de 1930; a 100 sobre a igualdade de remuneração, de 1951; 105 sobre a abolição do trabalho forçado, de 1957; 111 sobre a discriminação (emprego e profissão), de 1958; 138 sobre a idade mínima para a admissão ao trabalho, de 1973 e 182 sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para a sua eliminação, de 1999.

Estes atos internacionais são caracterizados pela vocação de aplicação universal, destinados à observância de todos os Estados Membros da Organização. Diante disto, resta imperiosa a revisão de nossa sistemática legal, ao tempo em que a opção brasileira por não ratificar a Convenção 87 da OIT coloca em risco sua participação como membro da Organização, conforme expresso na Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT¹⁶. Nesse sentido, é importante mencionar os professores Maristela Basso e Fabrício Polido, ao lecionarem que¹⁷:

"[...] a liberdade sindical como exercício da liberdade de associação integra o rol dos direitos individuais e coletivos sobre os quais se fundamenta a lógica e as razões da criação da OIT. Negar a ratificação da Convenção nº 87 é comprometer a própria participação na Organização como país-membro e tornar inócuos seus princípios objetivos. Dito de outra forma, não é possível, sob a perspectiva do princípio da consistência da conduta de um Estado, fazer parte da OIT, ratificando seu estatuto constitutivo e não ratificar a Convenção nº 87. Ademais, à proteção da pessoa humana não se contrapõe a nenhum diploma legal".

Frente a tais discussões acerca da necessidade de emenda à Constituição e de uma reforma legislativa sindical, o artigo 8.1 da Convenção 87 discorre sobre a premissa imperiosa de que os organismos sindicais delineiem suas ações em consonância com a legalidade, pois autonomia e liberdade não abrem pressuposto para arbitrariedade. Contudo, no artigo 8.2, percebe-se que a própria legalidade não tem o condão de poder suprimir ou prejudicar os direitos e garantias postulados na Convenção 87¹⁸.

¹⁶ "2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções, isto é: (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a efetiva abolição do trabalho infantil; e (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação".

¹⁷ BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. *A convenção 87 da OIT sobre Liberdade Sindical de 1948: Recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul./set. 2012.

¹⁸ "Art. 8 — 1. No exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente convenção, os trabalhadores, os empregadores e suas respectivas organizações deverão da mesma forma que outras pessoas ou coletividades organizadas, respeitar a lei. 2. A legislação nacional não deverá prejudicar nem ser aplicada de modo a prejudicar as garantias previstas pela presente Convenção".

No mesmo sentido, diversos precedentes do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT ratificam a imperiosa necessidade de conferir ampla aplicação à liberdade sindical, insculpida na Convenção 87 da OIT¹⁹.

É imperioso destacar ainda que, independentemente da ratificação da Convenção nº 87 da OIT, deve-se considerar as previsões do artigo 5º da Constituição Federal brasileira²⁰, que tratam do caráter autoaplicável das normas que discorrem sobre direitos e garantias fundamentais, tal como nos mostram os §§ 1º e 2º.

¹⁹ "A unidade do movimento sindical não deve ser imposta mediante intervenção do Estado por via legislativa, pois esta intervenção é contrária aos princípios da liberdade sindical (Recompilação de 1996, parágrafo 289; informe 320º, caso nº 1963, parágrafo 220; e informe 324º, caso nº 2067, parágrafo 988)".

"A existência de uma organização sindical num determinado setor não deveria ser obstáculo à constituição de outra se os trabalhadores assim o desejassem (Recompilação de 1996, parágrafo 276; informe 306º, caso nº 1884, parágrafo 691; e informe 315º, caso nº 1935, parágrafo 21)".

"Disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau de organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estando em conformidade com os princípios da liberdade sindical (Recompilação de 1996, parágrafo 277)".

"Embora possa ser vantajoso para trabalhadores e empregadores evitar a multiplicação de organizações defensoras de seus interesses, toda situação de monopólio imposta por via legal está em contradição com o princípio da liberdade de escolha de organizações de empregadores e de trabalhadores (Recomendação 1996, parágrafo 288; e informe 338º, caso nº 2348, parágrafo 995)".

"A unidade sindical estabelecida voluntariamente pelos trabalhadores não deveria ser proibida e deverá ser respeitada pelas autoridades públicas (Informe 320º, caso nº 1963, parágrafo 220)".

"Por força do artigo 2º da Convenção nº 87, os trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que julguem convenientes, inclusive organizações que agrupem trabalhadores de centros de trabalho e localidades diferentes (Recompilação de 1996, parágrafo 283; e informe 306º, caso nº 1862, parágrafo 103)".

²⁰ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Consequentemente, não é válida a alegação de incompatibilidade com o direito interno, para deixar de aplicar garantias reconhecidas por tratados e convenções internacionais. O § 3º do referido artigo afirma que, quando passados pelo processo legislativo pertinente, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos terão força de Emenda Constitucional.

Em uma análise conjunta entre os §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF brasileira, Maristela Basso e Fabrício Polido concluem que tratados e convenções internacionais são acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico, independentemente de ratificação, mudando apenas o *status* a ser adquirido. Nesse sentido, pertinente o seguinte trecho extraído da obra destes professores²¹:

"Essa é a indagação central que se faz hoje em direito internacional quando enfrentamos, no Brasil, a discussão a respeito do conflito entre as fontes (in-ternas e internacionais). A finalidade do § 2º do art. 5º é não deixar de fora do ordenamento jurídico brasileiro infraconstitucional, ademais dos princípios por ela adotados, os tratados internacionais de que o Brasil seja parte (signatário). Contudo, o juízo de admissibilidade e de aplicação desses tratados na ordem jurídica interna estaria nas mãos dos julgadores (e intérpretes). A aplicação do direito reconhecido na fonte internacional depende, por conseguinte, da análise do julgador. E isso se aplica a todo e qualquer tratado internacional, independentemente de pertencer ao rol dos direitos humanos (ou não). Se, por outro lado, forem tratados e convenções de direitos humanos, e estiverem aprovados pelo Congresso Nacional, ipso facto, já integram o arcabouço jurídico constitucional interno e o julgador não pode negar-lhes reconhecimento e aplicação".

A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda*. Neste particular, Flávia Piovesan, in *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (10 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 68-72), ensina:

"Ao realçar a supremacia do Direito Internacional em relação ao ordenamento jurídico nacional, argumenta ainda Hildebrando Accioly: 'É lícito sustentar-se, de acordo, aliás, com a opinião da maioria dos internacionalistas contemporâneos, que o Direito Internacional é superior ao Estado, tem supremacia sobre o direito interno, por isto que deriva de um princípio superior à vontade dos Estados. Não se dirá que o poder do Estado seja uma delegação do direito internacional; mas parece incontestável que este constitui um limite jurídico ao dito poder. (...) Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais.'"

²¹ BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. A convenção 87 da OIT sobre Liberdade Sindical de 1948: Recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul./set. 2012.

Como se não bastasse, a Corte Permanente de Justiça Internacional²², em parecer consultivo proferido a 31 de julho de 1930, declarou: "*É princípio geralmente reconhecido, do Direito Internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado. Destaca-se, ainda, a corrente doutrinária que defende a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos*".

Relevante o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC n. 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Ressaltou, em seu voto, o referido Ministro:

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cit., Inf. STF 48). Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque - alçados ao texto constitucional - se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim - aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional em Arquivos de Direitos Humanos, 2000, 1/3, 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) - a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas - até, se necessário, contra a lei ordinária - sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Alegar incompatibilidade com o artigo 8º da CF não é suficiente para negar prosseguimento à ratificação da Convenção 87 da OIT, uma vez que, conforme interpretação do artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, a observância

²² A Corte Permanente de Justiça Internacional, também conhecida como Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foi um tribunal de jurisdição internacional criado em 1921 no seio da Liga das Nações, sendo instalado no Palácio da Paz, em Haia, cujas atividades cessaram em 1940 por força da tomada daquela cidade pelas forças da Alemanha Nazi. Foi sucedido em 1945 pela Corte Internacional de Justiça criado no contexto da Organização das Nações Unidas.

de normas internacionais sobre direitos humanos não abre margem para discricionariedade.

Tal entendimento é consolidado inclusive no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, o qual refuta a possibilidade de um Estado-membro negar implantação a um Tratado sob a invocação de dispositivo de seu direito interno. Máxime estando a liberdade sindical entre os direitos fundamentais do trabalhador, consoante já reconhecido pela OIT.

3 Controle de convencionalidade como forma de efetivar a Convenção 87 da OIT no Brasil

O controle de convencionalidade constitui a compatibilidade das normas de direito interno do País com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado.

A importância dos tratados internacionais de direitos humanos vem sendo reconhecida pela jurisprudência dos tribunais brasileiros diante crescente utilização. À guisa de ilustração cabe citar a decisão do STF no Recurso Extraordinário 466.343-1 SP que, apesar da literalidade do art. 5º, inciso LXVII²³, decidiu que: “a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”.

Essa decisão teve por fulcro o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos -1969) que dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Cabe destacar, ainda, que o Tribunal Superior do Trabalho - TST, em decisão acerca do controle de convencionalidade relacionada às convenções nº 148 e 155 da OIT, posicionou-se no sentido de que existe um efeito paralisante das normas internas que estejam em descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos²⁴.

²³ Art. 5º, LXVII – “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

²⁴ “RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o

Noutra passagem o TST decide pela aplicabilidade da Convenção nº 98 da OIT, repudiando conduta antissindical que afrontava a liberdade sindical. Nesta decisão, o tribunal espancou quaisquer dúvidas quanto à vigência e eficácia dos diplomas internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, os quais estão incorporados ao sistema jurídico nacional, citando expressamente o direito fundamental à liberdade sindical²⁵.

direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST - RR: 18718720135120022, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 12/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)".

²⁵ "RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CONDUTA ANTISSINDICAL - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA DE PARTICIPANTE DE GREVE - CONVENÇÃO Nº 98 DA OIT - INTEGRAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO - INDENIZAÇÃO POR PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA. A questão objeto do recurso refere-se diretamente ao disposto na Convenção nº 98 da OIT, que trata do direito de sindicalização e de negociação coletiva. Nesse aspecto, embora ainda não seja habitual a utilização de normas de direito internacional como causa de pedir de pretensões trabalhistas, ou como fundamento de sentenças e acórdãos proferidos, a aplicabilidade dessas normas para solução das controvérsias judiciais está consagrada, não havendo dúvidas quanto à vigência e eficácia dos diplomas internacionais ratificados pelo Congresso Nacional. As decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional das normas estabelecidas no Pacto de San José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando na incorporação à legislação interna dos diplomas internacionais ratificados. Os precedentes alusivos ao Pacto de San José da Costa Rica marcam o reconhecimento dos direitos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais como normas de status supralegal, isto é, abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. A afirmação do direito fundamental à liberdade sindical, para sua plenitude e efetividade, importa na existência e utilização de medidas de proteção contra atos antissindicais. De acordo com a Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 49/52, todos os trabalhadores devem ser protegidos de atos discriminatórios que atentem contra a liberdade sindical, não só referentes à associação ou direção de entidades sindicais, mas também quanto à participação de atos reivindicatórios ou de manifestação política e ideológica,

Desse modo, no caso de a norma interna ser incompatível com um tratado internacional (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo status é de norma supralegal), opera-se de imediato a ineficácia da norma pátria (que, no entanto, continuará vigente, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congênere de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com a Convenção 87 em vigor no país faz-se por meio do controle de convencionalidade em razão de consagrar direito fundamental da OIT, que é coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade, conforme acima mencionado.

Por estas razões, embora o controle de convencionalidade e o reconhecimento do caráter supralegal dos tratados internacionais sejam modalidades recentes, conclui-se que o Estado Brasileiro já se encontra vinculado à observância das normas internacionais que consagram direitos fundamentais do trabalho, em conformidade com a Constituição da OIT de que aquele é parte signatária, devendo observar a ampla liberdade sindical, nos moldes da Convenção 87 da OIT.

A resistência obstinada do Estado Brasileiro em acatar integralmente a liberdade sindical, não obstante aplique a liberdade sindical relativizada²⁶, resultou em reclamação a ser encaminhada ao Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho²⁷, como veremos a seguir.

3.1 Teor da recente reclamação contra o Brasil na OIT, em razão da não ratificação da Convenção nº 87 da OIT

No dia 24 de agosto de 2015, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União no Distrito Federal – SINDJUS/DF apresentou reclamação no Comitê de Liberdade Sindical da OIT em face da

*conforme se destaca da redação do art. 1º da aludida convenção. Nessa medida, a decisão do 12º Tribunal Regional do Trabalho, em que aplicou, analogicamente, a Lei nº 9.029/95 para punir e coibir o ato antissindical da reclamada, que demitira por justa causa dezoito trabalhadores que participaram de greve, revela a plena observação do princípio da liberdade sindical e da não discriminação, e consagra a eficácia plena do art. 1º da Convenção nº 98 da OIT no ordenamento jurídico, no sentido de promover a proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 77200-27.2007.5.12.0019, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 15/02/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/02/2012)”.
p.*

²⁶ ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 131

²⁷ Disponível em:

<http://www.sindjusdf.org.br/Leitor.aspx?codigo=6632&origem=Todasnoticias>, acesso em 10/10/2015 às 08h33.

República Federativa do Brasil, alegando "*graves atitudes e posturas anti-sindicais*" que teriam sido praticadas pelo presidente do Supremo Tribunal Federal²⁸.

Sustenta o denunciante a existência de omissão do governo no combate a condutas antissindicais praticadas por autoridades administrativas do Poder Judiciário, relativas ao direito de greve, bem assim quanto à regulamentação de mecanismos para a negociação coletiva com os servidores públicos da União, o que inviabiliza a "*absoluta liberdade sindical no plano coletivo*".

Questiona ainda decisão do STF que limita o número de dirigentes sindicais liberados²⁹, interferindo na organização sindical e na negociação coletiva, o que contribui para as "*perdas inflacionárias dos salários*".

Nesse trilhar, sustenta que o Brasil violou as Convenções nº 87, 98, 151 e 159 da OIT. Ao final, requer seja o Brasil condenado a adotar "*medidas concretas no sentido de promover a imediata regulamentação do direito de greve para os servidores públicos, assegurando mecanismos de negociação coletiva, bem como todos os direitos constantes das Convenções 87 e 98 desta OIT*".

Como se vê, o pacto nacional firmado em torno de uma liberdade sindical mitigada é frágil e não se sustenta no afloramento das crises inerentes à relação capital-trabalho.

4. Conclusões

O princípio da liberdade sindical ocupa lugar de destaque na estrutura do Direito Coletivo do Trabalho, alçado a direito fundamental do trabalhador no âmbito da Constituição da OIT. Ele vem sendo reafirmado em diversos tratados e convenções internacionais, de modo especial a Convenção 87 da OIT, uma vez que não se pode conceber uma completa democratização sem a quota inerente e indispensável de liberdade sindical.

Destarte, o estudo da liberdade sindical no Brasil esbarra em uma questão relativamente complexa, que é a legitimidade ou não do modelo da unicidade sindical. Neste, proíbe-se a livre criação de sindicatos, restringindo-os a um único ente sindical por categoria profissional ou por atividade econômica em determinada base territorial, a qual, na realidade brasileira, não pode ser inferior a um Município.

No regime da pluralidade sindical não há limitação na criação dos órgãos sindicais, podendo estes ser livremente instituídos. É o modelo escolhido pela maior

²⁸ Disponível em <http://www.sindjusdf.org.br/anexosnoticias/6632.pdf>, acesso em 10/10/2015 às 08h33.

²⁹ O Supremo Tribunal Federal considerou recepcionada pela Constituição Federal norma da Consolidação das Leis do Trabalho que limita a quantidade de dirigentes de cada sindicato estabelecida no art. 522 que assim dispõe: A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral.

parte dos países democráticos, sendo a unidade sindical o melhor parâmetro a ser seguido.

Não obstante, ser este o modelo mais democrático, o Brasil tem adotado o modelo mais restritivo; no entanto, existem mecanismos jurídicos para que o Brasil acompanhe a tendência mundial de adotar o pluralismo sindical, ainda que com posterior unidade representativa, extirpando o sistema de índole evidentemente autoritária no qual se encontra atualmente arraigado.

O financiamento (ainda que parcial) do movimento sindical como um todo somado ao regime de unicidade implantado na base e a facilidade, inclusive com aval da jurisprudência majoritária, para a fragmentação das entidades com representação mais ampla (e, portanto, em princípio mais fortes e combativas) aplacaram a bandeira pela ratificação da Convenção 87 da OIT.

A normatização nacional em torno de uma liberdade sindical mitigada é frágil e não se sustenta no afloramento das crises inerentes à relação capital-trabalho, nem ante o avanço da Ordem Jurídica Internacional, a qual erigiu a liberdade sindical plena ao patamar de direito fundamental.

5. Referências

AROUCA, José Carlos. Organização Sindical no Brasil / passado, presente, futuro (?) / José Carlos Arouca – São Paulo: Ltr, 2013.

BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. A convenção 87 da OIT sobre Liberdade Sindical de 1948: Recomendações para a adequação do direito interno brasileiro aos princípios e regras internacionais do trabalho. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul./set. 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6. Ed. São Paulo: Ltr, 2013, p.1.242

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito sindical. – São Paulo: LTr, 2012.

CRIVELLI, Ericson. Democracia Sindical no Brasil / Ericson Crivelli. – São Paulo: Ltr, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

GALANTINO, Luisa. *Diritto Sindacale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2006.

NICOLADELI, Sandro Lunard. FRIEDRICH, Tatiana Scheila. O Direito Coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais: Volume II/revisão técnica Sandro Lunard Nicoladeli e Tayana Scheila Friedrich – São Paulo: LTr, 2013. Título original: La libertad sindical OIT.

ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 131 p.

SOUZA, Zoraide Amaral de. A Associação Sindical no Sistema das Liberdades Públicas / Zoraide Amaral de Souza. – São Paulo: LTr, 2008.

STÜRMER, Gilberto, A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho / Gilberto Stürmer. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA:

BRASIL. [Constituição da Republica Federativa do Brasil](#), de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº [5.452](#), de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro. Diário Oficial da União de 9 de agosto de 1943.

BRASIL. Decreto nº [7.030](#), de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, com reserva dos artigos 25 e 66. Diário Oficial da União em 15 de dezembro de 2009.

OIT. Convenção nº 87, de 09 de julho de 1948. Dispõe sobre liberdade sindical e proteção do direito sindical.

OIT. Convenção de Viena, de 23 de maio de 1969. Dispõe sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais.

HARMONIZAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO ECONÓMICA: A QUE PONTO ESTÁ O MERCOSUL?

Legal harmonization on Human Rights in economic integration Treaties: how far has MERCOSUR gone in this matter?

FRANCIELLE VIEIRA OLIVEIRA¹
Universidade do Minho/CAPES

Sumário: Introdução; 1. Os primeiros passos do processo de harmonização jurídica em matéria de direitos humanos no MERCOSUL; 1.1. Dos direitos sociais no MERCOSUL (direitos laborais); 1.2. Dos direitos sociais no MERCOSUL (direitos ambientais); 1.3. Dos direitos humanos no MERCOSUL; 2. Do problema da incorporação e consequentemente da harmonização jurídica em matéria de direitos humanos; 3. Da harmonização jurídica em matéria de direitos humanos por via dos tribunais do MERCOSUL; Considerações finais; Referências bibliográficas

Resumo: Este trabalho discorre sobre o processo de harmonização jurídica em matéria de direitos humanos no MERCOSUL, com o objetivo de desvendar o seu estado da arte. Inicialmente verifica-se que embora nos tratados do MERCOSUL nenhuma referência tenha sido feita aos direitos humanos, no decorrer de seu processo de integração foram sendo criados órgãos, grupos e normas voltadas à sua promoção e/ou à sua proteção. A primeira abertura do MERCOSUL aos direitos humanos deu-se com o reconhecimento dos direitos sociais, designadamente os direitos laborais e ambientais. Na sequência, o MERCOSUL passou a abranger outros direitos humanos em seu processo de integração. Acontece que, para além de grande parte das normas de direitos humanos não passarem de *soft law*, não existe um procedimento uniforme de incorporação e vigência das normas mercosurenhas, o que muito dificulta e até mesmo impede a sua invocação pelos Estados-Partes e particulares. O processo de harmonização jurídica das normas mercosurenhas resta portanto prejudicado, gerando uma grande insegurança jurídica no bloco. Em contrapartida, os casos levados aos tribunais do MERCOSUL, nos quais os direitos humanos serviram de parâmetro norteador das decisões dos árbitros e juízes, propiciaram a formação de importantes precedentes de preceitos interpretativos, que por sua vez poderão vir a influenciar decisões futuras.

Palavras chave: MERCOSUL; integração económica; direitos humanos; harmonização jurídica; decisões dos tribunais do MERCOSUL

Abstract: This paper analyzes the legal harmonization process in matter of human rights in MERCOSUR, with the goal of unveiling its state of art. Initially, it can be pointed out that although Mercosur's treaties had never done any reference to human rights, along its integration process there were being created bodies, groups and norms aimed at its

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Universidade do Minho/CAPES

promotion and/or its protection. The first opening of MERCOSUR to human rights took place with the recognition of social rights, namely labor and environmental rights. Subsequently, MERCOSUR has started to include other human rights in its integration process. It turns out that, besides most of human rights norms are characterized as soft law, there is not a uniform procedure of incorporation and effectiveness of MERCOSUR's norms, which greatly hinders and even prevents its invocation by States Parties and individuals. In this sense, the legal harmonization of MERCOSUR's norms ends impaired, generating a considerable legal uncertainty in the block. On the other hand, the cases brought before MERCOSUR's courts, in which human rights served as a guiding parameter for referees and judges' decisions, has given rise to the formation of important precedents of interpretative provisions, which are, in its turn, likely to influence next decisions.

Keywords: MERCOSUR; economic integration; human rights; legal harmonization; decisions of MERCOSUR's courts

Introdução

O mundo está cada vez mais integrado e isto decorre, em grande medida, da formação de blocos regionais ao redor do globo. Por blocos ou integrações regionais entende-se aqui organizações internacionais formadas por Estados vizinhos, que iniciam uma integração económica, levando gradualmente à criação de um ordenamento jurídico gerado a partir de acordos e tratados e, de seguida, a um processo de interpenetração destes acordos e tratados com o direito interno dos Estados envolvidos. De consequência, impõe-se a necessidade de harmonizar as normas destes ordenamentos jurídicos distintos, para que haja a consecução de uma melhor segurança jurídica e efetividade dos direitos.

Neste trabalho debruçaremos sobre este fenómeno de interpenetração entre ordens jurídicas, verificando como ocorre o processo de harmonização jurídica, especialmente em matéria de direitos humanos, na integração regional do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), com o intuito de investigar o seu estado da arte.

Para começar, sabemos que tradicionalmente os tratados de integração económica não têm como escopo principal a proteção dos direitos humanos, já que as questões relacionadas ao mercado e às transações comerciais ocupam o cerne das suas preocupações. Nos últimos anos, no entanto, a relação entre direitos humanos e integração económica tem sido um dos tópicos mais discutidos no âmbito do direito internacional económico². Destaca-se, neste sentido, os inúmeros estudos já realizados e em curso no contexto da integração económica da União Europeia (UE), que apesar de não ter introduzido normas de direitos fundamentais em seus tratados fundadores, hoje conta com um complexo sistema de proteção de direitos humanos, podendo ser citada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Relativamente às integrações económicas da América Latina, poucos são os estudos dedicados aos direitos humanos a nível regional. As constantes instabilidades político-económicas e as frequentes violações de direitos humanos nos Estados latino-americanos desestimulam o interesse pelo desenvolvimento de uma investigação mais atenta e cuidadosa sobre os seus processos de integração. Porém, seria um oxímoro estudar o direito da integração sem incluir nesta

² Cfr. U. Petersmann, *Human rights, International Economic Law and Constitutional Justice*, in *European Journal of International Law*, vol. 19, nº 4, 2008, p. 768-769.

constelação outras integrações regionais, ainda que um tanto quanto diferentes da UE. É por isso que este trabalho pretende ainda despertar o interesse da comunidade académica sobre o processo de harmonização jurídica em matéria de direitos humanos em outros contextos de integração regional económica, nomeadamente no MERCOSUL. Mas antes iremos descortinar, em breves linhas, o cenário que propiciou o surgimento do MERCOSUL, o qual conta como Estados-Partes fundadores a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai³.

A integração de Estados na América Latina constitui um projeto que acumula anos e expectativas. Desde os tempos de Simón Bolívar – o herói da independência contra o colonialismo espanhol – há ainda quem defenda a ideia de que os povos da América Latina nunca serão felizes enquanto não estiverem unidos⁴. Bolívar havia proposto às autoridades dos novos Estados ibero-americanos declarados independentes de reunirem-se em Panamá no ano de 1826, para levar a cabo sua visão de unidade política, criando uma confederação de povos ibero-americanos desde o México até a Argentina e o Chile. Os interesses contrários na América Latina, no entanto, mostraram-se desde sempre mais fortes do que a vontade de uma verdadeira união⁵.

A despeito das experiências pouco alentadoras do passado, a partir da década de 80 do século XX houve um novo impulso de formação de projetos de integração na América Latina. Isto se deve ao fato dos países latino-americanos não quererem ficar isolados da tendência global de formar blocos económicos, a exemplo do Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), da UE ou da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN). Para não estarem à deriva da economia mundial e também da chamada 'revolução liberal', a alternativa apresentada aos países latino-americanos residia na necessidade de mudança dos objetivos de suas políticas de integração, assim como na revisão de suas estratégias de cooperação internacional⁶.

Desde então houve uma verdadeira proliferação de novos projetos e acordos de integração na América Latina, de entre os quais podemos citar o Sistema de Integração Centro-Americana (SICA), a Comunidade Andina de Nações (CAN), o MERCOSUL, entre outros, que, por sua vez, possuem em sua gênese uma natureza essencialmente económica. Isto é, seus objetivos iniciais não tinham nada a ver com o estabelecimento de órgãos, normas ou regras que visassem a promoção e/ou proteção dos direitos humanos, uma vez que estes últimos tendencialmente opõem-

³ A partir de 12 de Agosto de 2012, a Venezuela foi incorporada oficialmente no Bloco como novo sócio. Estado-Associado desde 1996, a Bolívia é, atualmente, Estado-Parte em processo de adesão. Os outros Estados-Associados do MERCOSUL são Chile, Colômbia, Equador, Peru, Guiana e Suriname.

⁴ Cfr. SANGMEISTER Hartmut, *La perspectiva económica de la integración en América del Sur*, in Armin Von Bogdandy; César Landa Arroyo; Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, Madrid, Max-Planck-Institut, 2009, p. 115.

⁵ Cfr. SANGMEISTER Hartmut, *La perspectiva económica de la integración en América del Sur...*, cit, p. 115.

⁶ Cfr. SANGMEISTER Hartmut, *La perspectiva económica de la integración en América del Sur...*, cit, p. 116.

se ao discurso do liberalismo desenfreado, ou seja, são vistos como inimigos do mercado⁷.

Contudo, não podemos nos esquecer que este momento de formação de blocos económicos na América Latina veio acompanhado de um processo de redemocratização política na região, dado que os seus Estados haviam atravessado longos anos de ditadura. Assim sendo, uma das principais transformações ocorridas naquele momento foi o compromisso da maioria dos Estados latino-americanos com a proteção dos direitos humanos, tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito internacional. Em razão disso, ainda que os direitos humanos não fossem o objetivo imediato das suas integrações económicas, há que se ressaltar a importância e a influência que os tratados e acordos internacionais de direitos humanos passaram a exercer em âmbito nacional, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (que entrou em vigor em 1978); o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966); e a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1988), entre outros⁸.

Tendo em conta a repercussão desses tratados e acordos internacionais de direitos humanos na América Latina, bem como em virtude de outros fatores designadamente económicos, a partir da década de 90 do século XX uma outra vaga de integração surgiu na região, o que levou à introdução de cláusulas de direitos humanos nos acordos de integração económica, bem como à criação de órgãos competentes para operar a sua promoção⁹. Assim, em paralelo aos sistemas internacional e regional de proteção de direitos humanos, assistimos desde então uma mudança de paradigma na maioria dos subsistemas de integração regional económica da América Latina, conforme ver-se-á adiante, mas especificadamente no contexto do MERCOSUL.

1. Os primeiros passos do processo de harmonização jurídica em matéria de direitos humanos no MERCOSUL

Conforme já aqui mencionado, o MERCOSUL, do mesmo modo que outras integrações regionais, foi concebido como uma integração de carácter essencialmente económico. Em termos gerais, a tónica foi colocada na integração do mercado, enquanto os direitos humanos foram considerados de importância secundária¹⁰. Prova disso é o Tratado de Assunção (1991) – tratado fundador do

⁷ FRANCA-FILHO Marcílio Toscana; LIXINSKI Lucas; GIUPPONI Belén Olmos, *Protection of Fundamental Rights in Latin America FTA and Mercosur: An Exploratory Agenda*, in *European Law Journal*, vol. 20, nº 6, 2014, p. 811.

⁸ Neste sentido, veja: GARÍN Andrea Lucas, *Human Rights and Regional Integration in Mercosur: a bipolar relationship*, in VIII World Congress Constitutional Law on Constitutional Principles, México, Association of Constitutional Law, 2010, p. 4. Disponível em «<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/18/323.pdf>», última visualização em 13-10-2015.

⁹ FRANCA-FILHO Marcílio Toscana; LIXINSKI Lucas; GIUPPONI Belén Olmos, *Protection of Fundamental Rights in Latin America FTA and Mercosur: An Exploratory Agenda...*, cit, p. 812.

¹⁰ GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR*, in *Colombia International*, nº 81, 2014, p. 71.

MERCOSUL –, que enumerou em seu texto apenas objetivos relacionados à livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, bem como o estabelecimento de um mercado comum e a harmonização das legislações dos Estados-Partes nas áreas pertinentes, não deixando espaço para os direitos humanos¹¹.

No entanto, a partir das sucessivas crises económicas na década de 90, designadamente o efeito Tequila (1994) e a crise dos tigres asiáticos (1997), os Estados-Partes do MERCOSUL foram impulsionados a se juntarem no ano 2000 para firmarem a Carta de Buenos Aires, na qual acordaram uma maior integração social. Esta declaração de intenções se viu, por sua vez, complementada pela criação da Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do Mercosul, cuja função primordial é orientar a coordenação de políticas de desenvolvimento e ações conjuntas voltadas ao desenvolvimento social dos Estados-Membros¹². A partir de então verifica-se, no plano político, a criação de instituições e órgãos dedicados à promoção e/ou à proteção dos direitos sociais, e, no plano normativo, a elaboração de documentos com normas de direitos sociais.

A primeira abertura do MERCOSUL às normas de direitos humanos deu-se, portanto, com o reconhecimento de direitos sociais, nomeadamente direitos laborais¹³ e ambientais¹⁴. Tais direitos foram implementados através da adoção de várias declarações e acordos firmados a partir dos anos 90 e ao longo dos anos seguintes. Recentemente, esta tendência tem sido confirmada através das decisões dos tribunais do MERCOSUL, conforme será abordado mais adiante.

1.1. Dos direitos sociais no MERCOSUL (direitos laborais)

Alguns autores defendem que, apesar das suas limitações, o MERCOSUL tem potencial para ser reconhecido como um modelo de integração regional bem-sucedido em termos de proteção de direitos laborais¹⁵. Desde a década de 90 do século passado, as normas de direitos laborais se converteram em um tema importante na agenda doméstica da maioria dos Estados-Partes do MERCOSUL. Ao mesmo tempo, os principais atores social no MERCOSUL, nomeadamente sindicatos e organizações não-governamentais, passaram a intensificar as discussões sobre a relação entre mercado e trabalho, cabendo destacar o empenho da Federação dos

¹¹ Cfr. SCHIMIDT Jan Peter, *El estado actual del Mercosur y las perspectivas para su futuro desarrollo: problemas y oportunidades*, in Armin Von Bogdandy; César Landa Arroyo; Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, Madrid, Max-Planck-Institut, 2009, p. 515.

¹² Neste sentido, veja: *MERCOSUL SOCIAL*, disponível em «<http://ismercosur.org/mercosur-social/>», última visualização em 19-10-2015.

¹³ Sobre os direitos laborais no MERCOSUL, veja: PUCHETA Mauro, *Derechos Humanos y Derecho del Trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 3, n.º 6, 2015, p. 123-139.

¹⁴ Sobre os direitos laborais e ambientais no MERCOSUL, veja: GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR...*, cit, p. 67-97.

¹⁵ SCHAEFFER Kristi, *MERCOSUR and Labor Rights: The Comparative Strengths of Sub-Regional Trade Agreements in Developing and Enforcing Labor Standards in Latin American States*, in Journal of Transnational Law, vol. 45, n.º 1, p. 829.

Sindicatos dos Trabalhadores do Cone Sul no sentido de promover a elaboração de normas laborais a nível regional¹⁶.

Assim, relativamente à inserção de cláusulas sociais de direito laboral a nível regional, a Declaração de Montevideo, de 9 de Março de 1991, foi a primeira a fazer referência à necessidade de assegurar melhores condições de trabalho no MERCOSUL. De seguida, foi criado no mesmo ano o Subgrupo de Trabalho n.º 11, encarregado dos assuntos laborais, substituído no ano seguinte pelo Subgrupo de Trabalho n.º 10, que até hoje tem como função discutir e elaborar soluções para o implemento de melhores condições de trabalho no âmbito do MERCOSUL, bem como regular matérias relativas a assuntos laborais, emprego e seguridade social, nos países que integram o bloco.

Em 1992, foi firmado o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, laboral e administrativa, e, em 1994, o Fórum Consultivo Económico-Social (FCES). Os avanços que mais merecem destaque, entretanto, estão relacionados com o Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL (1997) – que procura estabelecer um mecanismo de coordenação dos sistemas de seguridade social –, bem como a Declaração Socio-laboral do Mercosul (1998) – que além de reconhecer explicitamente a liberdade de associação, o direito à negociação coletiva, o direito à greve, a proibição do trabalho infantil, entre outros, também afirma, em seu considerando n.º 9, que “a integração regional não pode confinar-se à esfera comercial e económica, mas deve abranger a temática social, tanto no que diz respeito à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por essa mesma integração e pelo processo de globalização da economia, quanto ao reconhecimento de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores no âmbito do MERCOSUL”.

Nesta mesma esteira a Decisão 61/00 instituiu em 2001 a Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do MERCOSUL, que tem como função propor medidas tendentes à coordenação de políticas e o desenvolvimento de ações conjuntas voltadas para o desenvolvimento social dos Estados-Partes. E, por fim, em 2007, o MERCOSUL aprovou a criação do Instituto Social do MERCOSUL¹⁷ e a Declaração de Princípios do MERCOSUL Social, a qual afirma que a integração mercosureña “deve ser um espaço onde convergem exigências de uma cidadania cada vez mais participativa, mais consciente dos seus direitos, deveres e obrigações, mas, acima de tudo, ciente da sua pertença a um espaço de maior contenção que é o MERCOSUL”.

Em que pese a natureza de *soft law* da maior parte dos instrumentos normativos firmados no sentido de assegurar melhores condições sociais em âmbito laboral, não se pode negar que o MERCOSUL, através da criação de instituições e órgãos especializados nesta matéria, está efetivamente aberto a reconhecer a importância que os direitos humanos desempenham em um processo de uma integração económica – ainda que também não seja pacífico o enquadramento dos direitos laborais enquanto direitos humanos, cujo mérito desvirtua-se dos objetivos deste trabalho.

¹⁶ Cfr. GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR...*, cit, p. 74.

¹⁷ Sobre o Instituto Social do MERCOSUL, veja em: «<http://ismercotur.org/mercotur-social/>», última visualização em 16-10-2015.

1.2. Dos direitos sociais no MERCOSUL (direitos ambientais)

Nenhuma disposição específica sobre os direitos de terceira dimensão – direitos ambientais – foi implementada no Tratado de Assunção, com exceção da referência contida em seu preâmbulo, que declara que os Estados-Partes buscam a realização de um mercado comum, acreditando que este objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e da preservação do ambiente.

Com base neste enfoque, os Estados-Partes mercosurenhos estabeleceram seguidamente uma posição conjunta a respeito do meio ambiente, que resultou na Declaração de Canela, firmada em fevereiro de 1992. Neste documento foram reconhecidos vários princípios ambientais relacionados à proteção da atmosfera, à diversidade biológica, à desertificação, aos bosques e recursos hídricos, ao ambiente marinho, aos resíduos perigosos e ao desenvolvimento sustentável, entre outros.

De seguida, na II Reunião de Presidentes do MERCOSUL, celebrada em junho de 1992, decidiram criar a Reunião Especializada em Meio-Ambiente (REMA), que seria o primeiro mecanismo institucional a endereçar questões ambientais ao MERCOSUL¹⁸. De entre as suas contribuições podemos citar a adoção das Diretrizes Básicas para a política ambiental (1994). Este documento estabelece uma série de princípios, objetivos e linhas de ação a serem observadas pelos Estados-Partes do MERCOSUL aquando da elaboração de suas políticas e normas ambientais. Em resumo, pode-se afirmar que este instrumento ressalta a necessidade de harmonizar a legislação ambiental dos Estados-Membros, considerando as particularidades de cada caso, para que assim sejam garantidas condições equânimes de competitividade.

Mais tarde, em 1995, os Estados-Partes aprovaram a Declaração de Taranco, que reconheceu o trabalho desenvolvido pela REMA, relativamente ao estudo promovido sobre as legislações dos Estados-Partes do MERCOSUL, na busca da harmonização das normas em matéria ambiental. Na mesma oportunidade, as autoridades ambientais pediram ao Grupo Mercado Comum (GMC) para atualizar o *status* institucional da REMA, a fim de criar o Subgrupo de Trabalho n.º 6 (Ambiente). O objetivo precípua do Subgrupo de Trabalho n.º 6 é formular e propor estratégias e diretrizes que garantam a proteção e a integridade do meio ambiente dos Estados-Partes, em um contexto de livre comércio e consolidação da união aduaneira¹⁹.

A partir dos anos 2000, a principal inovação se deu com a assinatura do Acordo-Quadro sobre Meio-Ambiente, que entrou em vigor em junho de 2004²⁰. Este é o principal instrumento em matéria ambiental no MERCOSUL. Nele está previsto que os Estados-Partes devem cooperar na implementação dos acordos

¹⁸ Cfr. ABIJAODI Maurício, *Harmonização de Legislação Ambiental no MERCOSUL*, 1.ª ed., Brasília, Edição do Autor, 2011, p. 61

¹⁹ Sobre o subgrupo de trabalho n.º 6, veja: «http://mercosurambiental.net/#p_6.w_s/Quienes-Somos.html», última visualização em 19-10-2015.

²⁰ Acordo-Quadro sobre meio ambiente (MERCOSUL/CMC/DEC. N°02/01), disponível em: «http://www.mercosur.int/msweb/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/Dec_002_001_Acor do%20Meio%20Ambiente_MCS_At%201_01.pdf», última visualização em 19-10-2015.

internacionais de direito ambiental que fazem parte, bem como também devem respeitar os princípios constantes da Declaração Rio (1992) – resultado da ECO-92.

A nível regional, o Acordo-Quadro sobre Meio-Ambiente sublinha a necessidade de cooperar na proteção do ambiente e na preservação das reservas naturais. Além do mais, o Capítulo III deste instrumento apresenta uma lista detalhada de tarefas a serem desempenhadas pelos Estados-Partes na implementação de normas de direito ambiental. Contudo, a despeito da relevância deste documento legal, sua observância não é obrigatória²¹, tal como as Declarações de Canela e Taranco, acima mencionadas, também não passam de mecanismos de *soft law*.

1.3. Dos direitos humanos no MERCOSUL

Conforme já aqui dito, o texto fundador do MERCOSUL não previu a proteção dos direitos humanos como base sobre a qual se deveria assentar o seu processo de integração. Contudo, com a abertura do MERCOSUL à nova vaga integracionista da década de 90 do século XX, pode-se constatar que em paralelo ao desenvolvimento de instrumentos e instituições de promoção e/ou proteção aos direitos laborais e ambientais, os direitos humanos de um modo em geral também passaram a representar um papel de destaque a nível regional.

Neste sentido pode-se mencionar a importância inicial da Comissão Parlamentar Conjunta (CPC) – criada em 1994, pelo Protocolo de Ouro Preto, tendo sido substituída pelo Parlamento do MERCOSUL (PARLASUL) em 2007 –, que impulsionou projetos relacionados com a promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos²². Através dos trabalhos desempenhados pela CPC, a democracia e os direitos humanos passaram a estar intrinsecamente conectados no MERCOSUL, sendo enquadrados como meta a ser alcançada no processo de integração e como forma de garantir a estabilidade necessária para a região prosperar economicamente²³.

Hoje em dia é o PARLASUL que vem realizando muitas das funções antes executadas pela CPC²⁴. Além disso, foi criado no seio do PARLASUL uma Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, que anualmente prepara um relatório sobre os direitos humanos no MERCOSUL, especificadamente no que diz respeito à implementação das normas do MERCOSUL e o seu impacto sobre os direitos humanos²⁵. Este relatório é exigido pelo número 3 do artigo 4.º do Protocolo Constitutivo do PARLASUL²⁶, consistindo portanto em um instrumento valioso para reforçar os direitos humanos a nível regional.

²¹ Cfr. Secretaría del MERCOSUR, *Medio ambiente en el MERCOSUR*, Asesoría Técnica, 2006, Disponível em «<http://www.mercosur.int/innovaportal/file/736/1/medioambienteenelmercosur.pdf>», Última visualização em 15-10-2015.

²² Cfr. LIXINSKI Lucas, *Human Rights in Mercosul...*, cit, p. 353.

²³ Cfr. LIXINSKI Lucas, *Human Rights in Mercosul...*, cit, p. 353.

²⁴ Cfr. LIXINSKI Lucas, *Human Rights in Mercosul...*, cit, p. 354.

²⁵ Cfr. LIXINSKI Lucas, *Human Rights in Mercosul...*, cit, p. 354.

²⁶ Disponível em:

«http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/4296/1/protocolo_pt.pdf», última visualização em 16-10-2015.

Importa também destacar que, em 2004, na cidade de Córdoba, foi criado o Observatório de Políticas Públicas de Direitos Humanos no MERCOSUL. Trata-se de uma organização regional constituída por representantes da sociedade civil dos Estados-Partes, com o objetivo de monitorar as políticas públicas de direitos humanos do bloco. O Observatório acompanha a agenda do MERCOSUL e gera espaço para a participação da sociedade civil em grupos técnicos de trabalho e foros de coordenação de políticas públicas de direitos humanos²⁷.

Noutro norte, os membros do judiciário das Cortes Supremas dos Estados-Partes têm-se envolvido ativamente na promoção dos direitos humanos dentro do bloco²⁸. Neste sentido importa mencionar a Declaração do VI Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL²⁹, que criou um Grupo de Trabalho responsável pela elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais no MERCOSUL, cuja previsão entretanto já constava do Programa de Trabalho do MERCOSUL 2004-2006³⁰.

De seguida (ainda em 2004), foi criada a Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias do MERCOSUL e Estados Associados (RAADDHH). Sua principal função é promover ações e discussões que favoreçam a implementação de normas internacionais de direitos humanos³¹. De entre os temas discutidos em suas reuniões, o combate à discriminação por orientação sexual ganhou destaque na V RAADDHH, realizada em Brasília, no ano de 2006. No seu relatório ficou acertado que deveriam ser adotadas medidas especiais para proteger as pessoas e grupos particularmente vulneráveis, que podem sofrer múltiplas formas de discriminação em razão do gênero, idade, nacionalidade, orientação sexual, situação económica ou posição social, deficiência física ou mental, estado de saúde, credo religioso ou qualquer outra condição suscetível de discriminação. Na sequência, em agosto de 2007, ocorreu o Seminário sobre Diversidade Sexual e Identidade de Gênero das Altas Autoridades em Direitos Humanos do MERCOSUL, na qual se expressou a necessidade urgente de se trabalhar para eliminar a discriminação por orientação sexual e idade nos países do bloco e reconhecer os direitos da diversidade sexual como direitos humanos fundamentais. Ainda no mesmo ano, no âmbito da IX RAADDHH, foi aprovada a criação do Subgrupo de Trabalho sobre Diversidade Sexual, Identidade e Gênero, responsável pelas questões de gênero e diversidade sexual³².

²⁷ Cfr. BEZERRA Ricardo dos Santos, *Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil*, in Tese de Doutorado, Departamento de Direito do Trabalho e Trabalho Social da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2011, p. 122.

²⁸ Cfr. LIXINSKI Lucas, *Human Rights in Mercosul...*, cit, p. 354.

²⁹ *Declaração do VI Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL*, disponível em: «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/DeclaracaodoVIEncontro.pdf>», última visualização em 19-10-2015.

³⁰ Disponível em: «<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec2603p.asp>», última visualização em 19-10-2015.

³¹ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos?*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 3, nº 6, 2015, p. 142-143.

³² Sobre a ata da IX Reunião de Altas Autoridade de Direitos Humanos e Chancelarias do Mercosul e Estados Associados e o Subgrupo de Trabalho sobre Diversidade Sexual, Identidade e Gênero, veja

Em 2009, no seguimento desta nova orientação política do MERCOSUL, foi criado o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH), vindo a complementar a atividade da RAADDHH³³. Trata-se de uma instância que realiza estudos e que também serve de instrumento de cooperação e coordenação de políticas do MERCOSUL, bem como é um espaço para discutir ideias sobre direitos humanos³⁴. Suas atividades estão divididas basicamente em quatro eixos: a) políticas de memória, justiça e reparação; b) políticas de prevenção de violência institucional e de segurança cidadã; c) políticas de igualdade e de não discriminação; d) infraestrutura institucional em matéria de direitos humanos³⁵.

O primeiro eixo de atividades do IPPDH teve importante significado, principalmente porque veio acompanhado de uma série de programas implementados a nível nacional, especialmente no Brasil e na Argentina, relacionados com a verdade e à memória dos tempos vividos na ditadura – ou seja, um período que marcou profundamente a existência de um passado em comum de violações massivas e sistemáticas ocorridas nos Estados-Partes³⁶. No âmbito desse tema, o IPPDH elaborou o documento “Princípios para as políticas públicas em matéria de locais de memória (2012)”³⁷. Este documento contém princípios destinados a guiar os Estados-Partes em suas políticas de criação, preservação e gestão de locais onde se cometeram graves violações aos direitos humanos, bem como no que diz respeito aos processos de reparação e/ou homenagem às vítimas³⁸.

Além disso, o IPPDH – ao prestar assistência ao ‘Grupo Técnico de obtenção de dados, informações e relevamento de arquivos das Coordenações Repressivas do Cone Sul e em particular da Operação Condor’, que funciona no âmbito da Comissão Permanente de Memória, Verdade e Justiça da ‘RAADDHH – desenvolveu, entre outras iniciativas, uma pesquisa sobre arquivos públicos vinculados a graves violações aos direitos humanos, cometidas no marco das coordenações repressivas nos Estados-Partes do MERCOSUL’³⁹.

O trabalho desenvolvido pelo IPPDH não se limitou, no entanto, à ideia de resistência às ditaduras e aos debates de transição. Em função das novas exigências não só de respeito aos direitos humanos, mas também de ações positivas para

«http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/Acta_IX_RAADDHH.pdf», última visualização em 27-10-2015.

³³ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p. 143.

³⁴ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 1, n.º 2, 2013, p. 352.

³⁵ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p. 144.

³⁶ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 352.

³⁷ Disponível em: «<http://www.ippdh.mercosur.int/pt-br/principios-fundamentales-para-as-politicas-publicas-sobre-lugares-de-memoria/>», última visualização em 19-10-2015.

³⁸ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 355-356.

³⁹ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 356.

garantir o exercício desses direitos, o IPPDH afirmou-se como uma instância que à partida se compromete com a cooperação entre os governos dos Estados-Partes e com a coordenação de políticas regionais⁴⁰. Assim, por um lado, o IPPDH desenvolve um trabalho relacionado com a memória, verdade, justiça e reparação por graves violações cometidas no período de ditadura, e, por outro lado, também debruça-se sobre questões políticas de prevenção da violência estatal e de segurança, pois se faz coerente, além de trabalhar no legado das ditaduras, enfrentar do mesmo modo os diversos tipos de violência estatal que continua a existir, a exemplo da violência provocada por agentes da polícia e os casos de maus tratos em cárceres, entre outros⁴¹. Neste sentido, importa mencionar o documento "Produção e gestão de informação e conhecimento no campo da seguridade cidadã: os casos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai", resultado do projeto "Segurança, Cidadania e Direitos Humanos no MERCOSUL"⁴².

No marco do terceiro eixo de atividades, o IPPDH também tem-se preocupado com as políticas de igualdade e não discriminação, trabalhando em conjunto com o Instituto Social do MERCOSUL e com o processo de implementação do Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS)⁴³. De entre as áreas abrangidas pelo programa, a questão das crianças migrantes foi a que ganhou maior notoriedade⁴⁴. A primeira iniciativa neste sentido se deu com o pedido dos Estados-Partes do MERCOSUL de uma opinião consultiva ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre os direitos das crianças e adolescentes migrantes. Em 19 de Agosto de 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu o seu parecer OC-21/14, definindo e ampliando o alcance dos direitos das crianças migrantes, nomeadamente sobre problemáticas relacionadas com os riscos enfrentados, proibição de detenção, conceituação da vida familiar em situação migrante, o princípio do *no refoulement*, a configuração das situações que exigem ativar mecanismos de proteção internacional, entre outros⁴⁵.

No ano de 2012, o IPPDH elaborou o "Programa de Ações e Atividades para garantir os direitos das crianças e adolescentes migrantes e de seus familiares no âmbito das Diretrizes 2 e 3 do Eixo II do PEAS"⁴⁶. Este programa teve como base o

⁴⁰ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 355.

⁴¹ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 357.

⁴² Disponível em: «<http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/details/30087>», última visualização em 15-10-2015.

⁴³ Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL, disponível em: «<http://ismercosur.org/doc/PEAS-Portugues-web.pdf>», última visualização em 16-10-2015.

⁴⁴ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 358.

⁴⁵ Parecer Consultivo OC-21/14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos "Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em necessidade de proteção internacional", disponível em: «http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf», última visualização em 17-10-2015.

⁴⁶ Disponível em: «<http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/10/Programa-de-Acciones-y-Actividades-consensuado-en-portugu%C3%A9s.pdf>», última visualização em 19-10-2015. Além desses documentos que tratam dos direitos das crianças migrantes,

documento "A implementação dos acordos do MERCOSUL relativos à proteção dos direitos de crianças e adolescentes migrantes. Diagnóstico e diretrizes para ação"⁴⁷. De acordo com a informação ali compilada, foram identificados alguns obstáculos para a efetiva implementação dos acordos, designadamente a falta de harmonização das legislações nacionais, défices nos sistemas de informação e heterogeneidade nas respostas dos órgãos governamentais a respeito da situação das crianças e adolescentes migrantes⁴⁸. Ressalta-se, no entanto, que os referidos problemas não existem apenas no âmbito da proteção dos direitos humanos, ou em matéria de proteção das crianças e adolescentes migrantes. Trata-se de um entrave político-normativo que precisa ser urgentemente ultrapassado, mas que só será possível repensando-se os limites impostos pela intergovernamentalidade do MERCOSUL ou através de uma nova forma de integração para o bloco.

Por fim, relativamente ao eixo de infraestrutura institucional em matéria de direitos humanos, o IPPDH está desenvolvendo os primeiros passos do projeto 'Construindo uma Infraestrutura para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos no MERCOSUL', financiado pelo Fundo de Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM). Este projeto tem como finalidade incrementar a eficácia, a adequação e o alcance das políticas voltadas a assegurar os direitos humanos no MERCOSUL⁴⁹. De entre seus principais objetivos estão o fortalecimento dos âmbitos institucionais da RAADDHH e do IPPDH, bem como de seus instrumentos para o desenvolvimento de políticas públicas em direitos humanos⁵⁰.

Outro importante avanço no sentido da promoção e proteção dos direitos humanos no MERCOSUL está consubstanciado no Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Proteção dos Direitos Humanos, firmado em 2005. Através deste documento os direitos humanos passaram a ser usados como cláusula de permanência no bloco, ou seja, caso um Estado-Parte não respeite os direitos humanos, os demais poderão aplicar-lhe medidas de suspensão, designadamente de participação, de direitos e de obrigações no grupo. Esta previsão complementa a cláusula democrática de permanência estabelecida anteriormente no Protocolo de Ushuaia (1998), representando, portanto, o início da consolidação de um constitucionalismo regional no MERCOSUL⁵¹ – ainda que de todo modo seja preciso

foram também implementados outros instrumentos que regulamentam a matéria, porém não especificadamente direcionados às crianças, tais como o Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes (2004) e a Declaração de Montevideu contra o Tráfico de Pessoas (2005).

⁴⁷ A implementação dos acordos do MERCOSUL relativos à proteção dos direitos de crianças e adolescentes migrantes. Diagnóstico e diretrizes para ação, disponível em: «<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9174.pdf?view=1>», última visualização em 17-10-2015.

⁴⁸ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 358.

⁴⁹ Cfr. ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL...*, cit, p. 360.

⁵⁰ Cfr. Projeto IPPFH-FOCEM "Construindo infraestrutura de proteção e promoção dos direitos humanos no MERCOSUL", disponível em: «http://www.mercosur.int/innovaportal/file/5530/1/tdr_investigador_proyecto_ippdh_focem_final_pt.pdf», última visualização em 19-10-2015.

⁵¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*, Buenos Aires, Zavalía, 2009, p. 121.

estabelecer parâmetros mais eficazes relativamente à observação destas duas cláusulas de permanência (direitos humanos e democracia), tendo em vista ao ocorrido aquando da suspensão do Paraguai em 2013, por supostamente ter desrespeitado a cláusula democrática⁵², e da discutível situação democrática e dos direitos humanos na Venezuela, que acabou por ser aceita como Estado-Parte do MERCOSUL⁵³.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a maioria das medidas tomadas em relação aos direitos humanos depende eminentemente de vontades políticas e da “diplomacia do direito”, já que natureza do MERCOSUL funda-se no intergovernamentalismo. Ademais, grande parte das normas elaboradas e adotadas em declarações, comunicados, acordos e planos não têm valor jurídico vinculativo.

Contudo, apesar dessas fragilidades percebidas, não se pode desdenhar dos progressos alcançados pelo MERCOSUL no desenvolvimento da matéria de direitos humanos. Além do mais, todas as implementações institucionais e normativas relativamente aos direitos humanos foram aceitas com o consentimento dos Estados-Partes do MERCOSUL, acarretando dessa maneira num inquestionável efeito moral⁵⁴, que por sua vez repercute por todo o bloco.

Pode-se também afirmar que esta preocupação com os direitos humanos no processo de integração do MERCOSUL propiciou o levantamento das bases para que os indivíduos passassem a ter um lugar de destaque no espaço mercosurenho. Tanto que desde 2010 qualquer nacional originário de um dos Estados-Partes é chamado de cidadão do MERCOSUL. A noção de cidadania mercosurenha tem a ver com o sentimento de pertença a um espaço comum e anda de mãos dadas com os princípios da igualdade e da não discriminação⁵⁵. Isto porque a cidadania mercosurenha pretende ser uma cidadania de direitos, tanto que o Plano de Ação para o Estatuto da Cidadania do MERCOSUL – adotado em 2010, mas apenas previsto para entrar em vigor em 2021 – estabelece que os nacionais dos Estados-Partes passarão a gozar de um conjunto de direitos fundamentais, nomeadamente direitos e liberdades civis, sociais, culturais e económicas⁵⁶. Assim, com a crescente circulação de pessoas no espaço mercosurenho, estar-se-ia assegurado um conjunto de normas de direitos humanos capazes de oferecer uma maior segurança e proteção aos cidadãos, principalmente àqueles que circulam.

⁵² Os representantes do MERCOSUL entenderam que o impeachment do presidente Fernando Lugo foi de maneira tão repentina que não possibilitou uma defesa consistente do presidente. Assim, inferiram que houve um ferimento à democracia do Paraguai, o que levou a sua suspensão do bloco, somente sendo permitida a volta deste Estado após eleições internas.

⁵³ Imediatamente após a suspensão do Paraguai, a Venezuela foi aderida ao MERCOSUL, uma vez que não haveria o voto negativo paraguaio.

⁵⁴ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p. 145.

⁵⁵ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p. 146-147.

⁵⁶ Veja o Considerando n.º 4 do Estatuto de Cidadania do MERCOSUL – Plano de Ação, disponível em: [«http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_064-2010_PT_Estatuto_da_Cidadania.pdf»](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2810/1/DEC_064-2010_PT_Estatuto_da_Cidadania.pdf), última visualização em 19-10-2015.

2. Do problema da incorporação e consequentemente da harmonização jurídica em matéria de direitos humanos

Nos itens anteriores verificamos que o MERCOSUL tem criado órgãos, grupos e reuniões, bem como também tem instituído normas, regras e princípios voltados à promoção e à proteção dos direitos humanos – ainda que seja verificada uma tendência maior na promoção do que efetivamente na proteção dos direitos humanos⁵⁷. Mais especificadamente no plano normativo, as medidas concretas de efetivação dos direitos humanos dependem, no entanto, da incorporação de suas normas no ordenamento jurídico nacional, cujo procedimento será descortinado a partir de agora.

Conforme dispõe o art.º 42.º do Protocolo de Ouro Preto, as normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL – designadamente do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio do MERCOSUL – têm caráter obrigatório e devem, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada Estado-Parte. Assim sendo, se uma norma de direitos humanos é proveniente de um dos órgãos decisórios do MERCOSUL, sua observância é obrigatória, dependendo, entretanto, se assim for estabelecido, da incorporação da referida norma no ordenamento jurídico nacional de cada Estado-Parte. Este é o caso, por exemplo, do Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Proteção dos Direitos Humanos (Decisão 17/05 do Conselho do Mercado Comum), que conforme o seu art.º 8.º foi prevista a sua incorporação nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Partes do MERCOSUL.

Acontece que o processo de incorporação das normas derivadas de direito do MERCOSUL pelos seus Estados-Partes revela-se bastante complexo. A Resolução/GMC n.º 91/93, posteriormente complementada pela Resolução/GMC n.º 23/98, regulamentou o processo de incorporação da normativa do MERCOSUL, porém deixou a cargo das autoridades competentes as medidas necessárias para assegurar a sua implementação em âmbito interno. A Decisão/CMC n.º 23/00, por sua vez, determinou que as normas de direito do MERCOSUL devem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante procedimentos previstos pela legislação de cada Estado-Parte. Todavia, como não houve quaisquer alterações nas Constituições nacionais dos Estados-Partes no que diz respeito à prioridade das normas mercosurenhas, inexistiu uma uniformidade neste processo de incorporação.

As Constituições nacionais dos Estados-Partes do MERCOSUL divergem no que se refere à possibilidade jurídica de implementação de uma ordem jurídica internacional. Por um lado há aqueles que adotam a teoria monista (Argentina e Paraguai), enquanto outros a teoria dualista (Brasil, Uruguai e Venezuela)⁵⁸. Para a teoria monista, existe uma única ordem jurídica, sem que haja a necessidade de internalização das obrigações resultantes de um tratado. Assim, mediante um conflito entre uma norma interna e uma norma internacional, esta última teria

⁵⁷ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p.144.

⁵⁸ Neste sentido, veja: OLIVEIRA Francielle Vieira, *Integração Judicial e diálogo entre tribunais: o papel do reenvio prejudicial e da opinião consultiva*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 43, n. 1, 2015 (no prelo).

prevalência sobre a primeira. A teoria dualista, entretanto, preconiza a existência de duas ordens jurídicas, isto é, a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. Para esta corrente, portanto, é necessário que haja a incorporação de uma norma internacional para o sistema normativo interno do Estado para que assim ela possa ter validade e eficácia em plano nacional⁵⁹. Na prática, uma mudança sensível nas constituições dos Estados-Partes facilitaria o processo de integração jurídica do MERCOSUL, pois além de um procedimento uniformizado quanto ao modo de receção das normas mercosurenhas, poder-se-ia estabelecer mecanismos menos burocráticos para a sua incorporação ao direito nacional⁶⁰.

Ressalta-se ainda que enquanto no art.º 42.º do POP está previsto que as normas do MERCOSUL devem ser incorporadas no ordenamento jurídico dos seus Estados-Partes, o art.º 40.º do mesmo instrumento, por sua vez, estabelece o procedimento que os Estados-Partes devem adotar para que ocorra a vigência simultânea das normas mercosurenhas. Ou seja, na tentativa de unificar a data de entrada em vigor dessas normas, o POP determinou que as normas do MERCOSUL entrarão em vigor simultaneamente em todos os Estados partes após trinta dias contados da comunicação sobre o procedimento de incorporação da referida norma no direito interno dos Estados-Partes pela Secretaria Administrativa do Mercosul. Após isso, os Estados-Partes dão publicidade, em seus respectivos diários oficiais, no referido prazo, da vigência da norma incorporada⁶¹.

Todavia, alguns autores sustentam que o art.º 40.º do POP constitui uma ficção jurídica, uma vez que os sistemas de incorporação nacionais não consagram o mecanismo de vigência simultânea. Contrariamente, uma vez incorporada, a norma entra em vigor na data prevista pelo instrumento nacional de incorporação. Ou seja, inexistem atualmente nos Estados-Partes mecanismos práticos que permitam esperar a comunicação da Secretaria do MERCOSUL para que se opere a vigência da norma. Em razão disso, uma norma incorporada ao direito nacional de um Estado-Parte, e em teoria vigente em seu território, pode não ser aplicada em outro Estado-Parte em virtude de este último não ter realizado ainda a receção da norma do MERCOSUL em seu sistema jurídico⁶². Como não existe um prazo para a incorporação, nem mesmo a imposição de sanções para o caso de descumprimento do dever de incorporação da norma mercosurenha, isto gera uma forte insegurança jurídica quanto à aplicação das normas mercosurenhas e consequentemente acaba

⁵⁹ VIEIRA, Luciane Klein; CHIAPINNI, Carolina Gomes, *Análise da aplicação das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes*, in Centro Argentino de Estudios Internacionales – Programa Derecho Internacional, p. 8-9, disponível em «www.caei.com.ar», última visualização em 20-10-2015.

⁶⁰ LIMA Cristiane Helena de Paula, *A internalização das normas jurídicas do MERCOSUL no Brasil: um contributo para a segurança jurídica na Integração da América do Sul*, in CEDIN – Centro de Direito Internacional, 2011, disponível em «http://www.cedin.com.br/static/revistaelectronica/volume9/arquivos_pdf/sumario/Cristiane%20Helena%20de%20Paula%20Lima.pdf», última visualização em 26-10-2015.

⁶¹ Cfr. ANDRADE Mayra Thaís Silva, *O retrato da integração pela via normativa do MERCOSUL: leis para o bloco ou para os Estados?*, 2012, p. 120, disponível em «<http://www.revistas.usp.br/prolam/article/viewFile/82495/85470>», última visualização em 05-03-2015.

⁶² Cfr. VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro D, *El Proceso Legislativo del Mercosur*, Montevideo, Mastergraf, 2004, p. 32-33.

por tornar as referidas normas de difícil ou até mesmo de impossível invocação por parte dos Estados ou dos indivíduos.

A regra geral, no entanto, quanto às normas dotadas de caráter funcional ou administrativo, isto é, que se referem ao funcionamento interno do MERCOSUL, não necessitam de ser incorporadas às ordens jurídicas nacionais⁶³. Estas normas entram em vigor na data de sua adoção pelo órgão decisório do MERCOSUL, ou até mesmo na data indicada por seu próprio texto, conforme o que determina o art.º 3.º da Decisão CMC nº 22/04. Dessa forma, quando a norma do Mercosul nada estabelece a respeito da necessidade de sua incorporação ao direito interno⁶⁴, seu efeito será imediato. Com efeito, uma quantidade significativa de normas adotadas no seio do MERCOSUL regulamenta aspectos internos do bloco, isto é, constitui-se de declarações de intenções, objetivos, programas e compromissos, cuja eficácia restringe-se à ótica interna do bloco, dispensando, dessa forma, a incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais. Muitas das disposições referentes aos direitos humanos encontram-se nesta categoria, que por sua vez não passam em sua grande maioria de instrumentos sem valor jurídico vinculativo. Isto significa que a sua observância está à mercê dos interesses políticos dos Estados-Partes.

Importa ainda mencionar que a ausência de incorporação também ocorrerá quando existir uma norma nacional que contemple, em termos idênticos, a norma do MERCOSUL já aprovada. Um procedimento neste sentido vem detalhado no artigo 5.º, b, da decisão CMC n. 23/00, cuja redação foi modificada pelo artigo 10.º da decisão CMC n. 20/02. Ademais, se um Estado-Parte considerar que não será necessário adotar um ato formal de incorporação para a aplicação de uma norma derivada do MERCOSUL em seu território, deverá o mesmo notificá-lo à Secretaria do MERCOSUL, no prazo previsto para a incorporação da norma. Depois de realizada a notificação, a norma do MERCOSUL será considerada incorporada ao ordenamento jurídico do respectivo Estado-Parte⁶⁵.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a harmonização das normas de direitos humanos no MERCOSUL encontra-se em uma situação delicada. Por um lado a incorporação das normas mercosurenhas no direito nacional dos Estados-Partes é um procedimento complexo e que não obedece a um procedimento uniforme, por outro, a inexistência de mecanismos sancionatórios no caso de omissão do dever de incorporar acarreta problemas no que diz respeito à vigência da norma. Acresce-se que as normas que não necessitam de incorporação, além de serem na sua maioria *soft law*, possuem aplicação limitada ao âmbito interno do bloco, não podendo, portanto, ser invocadas pelos particulares.

⁶³ Sobre as normas que precisam e não precisam de incorporação, veja MERCOSUL/XXXV CMC/ DT Nº 15/08 – Adoção, Incorporação e vigência das normas ditadas pelos órgãos decisórios do MERCOSUL.

⁶⁴ A Resolução GMC nº 26/01, em seu artigo 4º, ordena que as normas e projetos de normas deverão indicar na parte dispositiva a necessidade ou não de incorporação e, se for o caso, o prazo para esse fim, de acordo com o previsto na Decisão CMC nº 23/00.

⁶⁵ Cfr. ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *A Execução do Direito da Integração do MERCOSUL: uma limitação da autonomia dos Estados-Partes*, in Novos Estudos Jurídicos – NEJ, vol. 14, nº 1, 2009, p. 158.

3. Da harmonização jurídica em matéria de direitos humanos por via dos tribunais do MERCOSUL

Observa-se que o processo de harmonização dos direitos humanos no MERCOSUL pela via legislativa ainda possui uma estrutura relativamente frágil, que demanda reformas que dificilmente acontecerão a curto prazo, principalmente porque implicam em profundas alterações nas constituições dos Estados-Partes no que diz respeito à receção das normas mercosurenhas em seus respectivos ordenamentos jurídicos pátrios.

Contudo, o processo de harmonização jurídica em matéria de direitos humanos não se esgota pela via legislativa. O atual sistema de solução de controvérsias, fundado no Protocolo de Olivos (2002), tem possibilitado o início de um interessante mecanismo de harmonização jurídica das normas do MERCOSUL, inclusive no que tange às normas de direitos humanos. Isto porque além de permitir que um Estado-Parte ou que os indivíduos⁶⁶ recorram a um Tribunal *Ad Hoc* ou ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR) nos casos de violação de uma norma mercosurenha, a ausência de delimitação material dos diferendos tem permitido uma rica reflexão acerca da competência *ratione materie* dos tribunais. Assim, pode-se afirmar que existe uma incipiente "jurisprudência" dos tribunais do MERCOSUL em matéria de direitos humanos⁶⁷.

Apesar dos casos analisados pelos Tribunais do MERCOSUL não se referirem diretamente sobre questões de direitos humanos, mas sobretudo sobre questões de livre comércio, mesmo assim pode-se verificar que os direitos humanos têm sido utilizados como princípios norteadores ou limitadores das decisões dos árbitros e juízes⁶⁸.

O primeiro caso que podemos citar neste sentido é o Laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do MERCOSUL, constituído com competência para decidir a respeito da controvérsia apresentada pelo Uruguai contra a Argentina, em 2005, nomeadamente para questionar a interdição que ela havia feito à importação de seus pneus recauchutados. O Uruguai havia alegado que a Argentina teria violado o direito de liberdade de circulação de bens, previsto nos artigos 1.º e 5.º do Tratado de Assunção⁶⁹. Em sua defesa, a Argentina alegou que os pneus recauchutados e os

⁶⁶ A intervenção dos indivíduos, no entanto, é ainda bastante limitada. Embora possam dar início a uma ação perante um tribunal do MERCOSUL, nada podem fazer caso seus pedidos sejam rejeitados. Os Estados-Partes são os únicos que podem recorrer no caso em que uma controvérsia persiste. Cfr. CÁRDENAS Emilio; TEMPESTA Guillermo, *Arbitral Awards under MERCOSUR's Dispute Settlement Mechanism*, in *Journal of International Economic*, vol. 4, nº 2, p. 345.

⁶⁷ Cfr. MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos...*, cit, p. 149.

⁶⁸ Cfr. GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR*, in *Colombia International*, nº 81, 2014, p. 88.

⁶⁹ Artigo 1.º - [...]Este Mercado Comum implica: a livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente...; Artigo 5.º - Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são: a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em redução tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de

que estão com os seus dias contados são nocivos ao meio ambiente, à saúde das pessoas, dos animais e das plantas, baseando-se no art.º 2.º, alínea "b", do Anexo I do Tratado de Assunção⁷⁰ e indiretamente no art.º 50.º, alínea "d" do Tratado de Montevideo, de 1980⁷¹. Como resultado, o Tribunal *Ad Hoc* se pronunciou sobre os limites de integração do MERCOSUL. Segundo a instância arbitral, o Tratado de Assunção englobaria a preservação do ambiente e seu objetivo consistiria no melhoramento das condições de vida dos habitantes da região, ou seja, o livre comércio não gozaria de prioridade absoluta, posto que é o instrumento do bem-estar humano, e não um fim em si mesmo⁷².

O Uruguai, no entanto, inconformado com a decisão do Laudo do Tribunal *Ad Hoc*, interpôs recurso ao Tribunal Permanente de Revisão, o qual proferiu a sua decisão no Laudo n.º 1/2005 – "Proibição de importação de pneumáticos remodelados procedentes do Uruguai". Nesta instância, os juízes do TPR, apesar de terem apresentado uma interpretação um pouco diferente daquela pronunciada no laudo proferido pelo Tribunal *Ad Hoc*, mesmo assim não deixaram de reforçar ideia de que se podem interpor algumas exceções (como por exemplo a exceção ambiental mencionada) ao princípio de livre comércio⁷³.

De seguida, no Laudo n.º 1/2008 – "Divergência sobre o cumprimento do Laudo n.º 1/2005, iniciada pela República Oriental do Uruguai (art.º 30 do Protocolo de Olivos)", o TPR entendeu que "não existem dois princípios em jogo (princípio do livre comércio e princípio da proteção ao meio ambiente), mas há um princípio (livre comércio), que pode permitir algumas exceções (como, por exemplo, em relação ao meio ambiente), e que quem invoca uma exceção ao livre comércio deve prová-la"⁷⁴.

outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I); b) A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior; c) Uma tarifa externa comum, que incentiva a competitividade externa dos Estados Partes; d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

⁷⁰ Artigo 2º - Para efeito do disposto no artigo anterior, se entenderá: b) por "restrições", qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte impeça ou dificulte, por decisão unilateral, o comércio recíproco. Não estão compreendidas no mencionado conceito as medidas adotadas em virtude das

situações previstas no Artigo 50 do Tratado de Montevideu de 1980.

⁷¹ *Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la: d) Protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales.*

⁷² Cfr. Parágrafo 66 do [Laudo do Tribunal Ad Hoc](#) do MERCOSUL, constituído com competência para decidir a respeito da controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai à República Argentina sobre "Proibição de Importação de pneumáticos remodelados".

⁷³ Cfr. N.º 9 do Considerando C3 – Conceitos Operacionais para a análise da viabilidade das exceções ao livre comércio do Laudo n.º 1/2005.

⁷⁴ Cfr. n.º 2 dos Antecedentes do Laudo n.º 1/2008.

Neste sentido, TPR entendeu que a legislação da Argentina, que proíbe a importação de pneumáticos recauchutados, não estava em conformidade com o direito do MERCOSUL, ainda que estivesse a um passo adiante para alcançar o bem-estar dos povos da região, por meio da proteção ao ambiente e à saúde das pessoas, aos animais e aos vegetais⁷⁵. Deste modo, o TPR decidiu que a exceção baseada em questões ambientais não era aplicável àquele caso em concreto, tendo em vista que “o dano ambiental alegado pela Argentina para justificar a restrição ao livre comércio não era grave, nem irreversível [...]. Por outro lado, a adoção de um critério rígido sobre certos pontos expostos pela Argentina levaria a possibilitar a proibição da importação de uma grande quantidade de materiais cuja toxicidade, comparada com os pneumáticos, poderia ser muito maior, tais como: baterias, pilhas, telefones celulares, MP3, latas, recipientes de alumínio, tergopor, material plástico em geral e sobre certas espécies de tal material como o tereftalato de polietileno (PET), somente para citar alguns produtos que estão no comércio, muitos dos quais requer entre 100 a 1000 anos para se degradar naturalmente, constituindo, em maior ou menor medida, em elemento que implica um potencial dano ambiental”⁷⁶.

Pese o recuo dado no Laudo n.º 1/2008 em termos de proteção aos direitos ambientais, o TPR não encerrou completamente o assunto, pois sublinhou que as exceções ao livre comércio deveriam ser discutidas futuramente pelos órgãos do MERCOSUR⁷⁷.

Em um outro caso, em 2006, foi analisada a questão do bloqueio das pontes internacionais que ligam a Argentina e o Uruguai, por manifestantes argentinos, contra a instalação de fábricas de celulose no Rio Uruguai. O governo do Uruguai solicitou a formação de um tribunal arbitral *ad hoc* sob a alegação de que a Argentina não teria adotado as medidas necessárias no sentido de prevenir ou proibir obstáculos à livre circulação, baseando-se no art.º 1.º do Tratado de Assunção. A interrupção do tráfego por manifestantes argentinos teria causado, de acordo com o Uruguai, danos a diversas empresas de importação e exportação de mercadorias, bem como ao turismo e ao transporte terrestre de pessoas e bens, afetando, assim, a circulação de bens, serviços e pessoas no espaço mercosureño. O Uruguai ainda alegou que o bloqueio das pontes teria desrespeitado compromissos de direito internacional de direitos humanos vigentes entre as Partes, bem como invocou a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nomeadamente o caso: Comissão c. França (Processo C-265/95) – no qual havia sido reconhecida a responsabilidade da França em razão da sua omissão por não ter restabelecido a livre circulação diante do bloqueio de estradas provocado por particulares⁷⁸.

A Argentina alegou em sua defesa que a origem dos protestos ter-se-ia dado em decorrência de manifestações anteriores, nomeadamente o que foi chamado de “*El Abrazo Solidário*”. Os protestos teriam reunido em torno de 40.000 pessoas ao longo de 5 horas em uma cidade argentina localizada em frente a uma cidade uruguaia, onde as fábricas de celulose seriam construídas. Relativamente à

⁷⁵ Cfr. n.º 1 dos Antecedentes do Laudo n.º 1/2008.

⁷⁶ Cfr. Considerando C. Análise da Lei Nº 26.239 – Laudo n.º 1/2008.

⁷⁷ Cfr. Considerando C. Análise da Lei Nº 26.239 – Laudo n.º 1/2008.

⁷⁸ Cfr. Parágrafos 18 a 31 – Reclamo de la Republica Oriental del Uruguay.

reclamação uruguaia de que os bloqueios teriam provocado prejuízos para a sua economia, a Argentina defendeu-se alegando que os referidos bloqueios teriam sido previamente comunicados, o que teria permitido aos motoristas um planejamento antecipado de rotas alternativas. Ademais, as autoridades aduaneiras argentinas teriam implementado um esquema operacional de urgência, que por sua vez teria garantido o fluxo normal do comércio internacional. O governo argentino ainda teceu argumentos de defesa com base nos direitos à liberdade de expressão, de pensamento e de reunião, protegidos pela sua Constituição, bem como invocou a jurisprudência do TJUE, nomeadamente o caso: Schmidberger (Processo C-112/00 de 12 de Junho de 2003) – no qual teria sido estabelecido que, em processos de integração económica, o respeito aos direitos humanos podem constituir um entrave aos direitos consagrados nos tratados de integração⁷⁹.

Com base nos argumentos apresentados pelas partes, o Tribunal Arbitral, após rejeitar os precedentes do TJUE invocados pelas partes, entendeu que as medidas adotadas pela Argentina não tinham sido suficientes para deter os danos causados às liberdades económicas em questão. No que diz respeito aos direitos humanos suscitados, o Tribunal Arbitral, embora tivesse considerado que os mesmos constituem o cerne de qualquer ordem jurídica, declarou-se incompetente para decidir sobre a matéria. Além do mais, o Tribunal Arbitral entendeu que a Argentina não poderia invocar normas de direitos humanos da sua própria Constituição para não cumprir com as suas obrigações internacionais⁸⁰. Quanto às normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais dos quais os Estados-Partes são signatários, o Tribunal Arbitral entendeu que as liberdades de expressão e de reunião não são um direito absoluto, podendo ser limitadas por uma liberdade económica⁸¹. Pese as liberdades económicas tenham sobressaído em detrimento das liberdades de expressão e de reunião neste caso em tela, isto não significa dizer que o tribunal arbitral não tenha conferido importância ao papel desempenhado pelos direitos humanos no processo de integração do MERCOSUL.

O terceiro e mais recente caso prende-se ao Laudo n.º 1/2012 – “Procedimento Excepcional de Urgência solicitado pela República do Paraguai em relação à sua participação nos Órgãos do MERCOSUL e à incorporação da Venezuela como Membro Pleno”. O Paraguai apresentou o seu pedido com base nos seguintes argumentos: a) os chefes de Estado não teriam legitimidade para tomar a decisão de suspender um Estado-Parte do MERCOSUL; b) não teriam havido consultas prévias, conforme previsão do art.º 4.º do Protocolo de Ushuaia; c) o Paraguai não teria participado da decisão, enquanto Estado-Parte, da adesão da Venezuela; d) teria sido violado o princípio de tomada de decisões por unanimidade⁸².

Embora o TPR não tenha apreciado o mérito dos pedidos feitos pelo Paraguai, declarou-se no entanto competente para analisar e interpretar o Protocolo de Ushuaia, ou seja, sobre questões ligadas ao respeito da democracia⁸³. Deste modo, pode-se afirmar que existe uma incipiente jurisprudência em matéria de direitos humanos em desenvolvimento no MERCOSUL, que poderá contribuir para a

⁷⁹ Cfr. Parágrafos 40 a 62 – Respuesta de la República Argentina.

⁸⁰ Cfr. Parágrafo 136 – Sobre la Referencia a los Derechos Humanos.

⁸¹ Cfr. Parágrafo 139 – Sobre la Referencia a los Derechos Humanos.

⁸² Cfr. Parágrafos 7.º ao 16.º - Laudo n.º 1/2012.

⁸³ Cfr. Parágrafos 29 a 43 – Competencia Ratione Materie do TPR.

futura harmonização dos preceitos interpretativos em matéria de direitos humanos no bloco.

Considerações finais

Ao longo deste trabalho foi constatado que MERCOSUL, embora tenha sido inaugurado como uma integração com objetivos essencialmente económicos, foi aos poucos adaptando suas estruturas institucionais e normativas às necessidades de promoção e proteção dos direitos humanos. A primeira abertura do MERCOSUL em matéria de direitos humanos deu-se com o reconhecimento de direitos sociais, nomeadamente direitos laborais e sociais. De seguida, o MERCOSUL passou também a se preocupar com outros direitos humanos de um modo em geral, criando órgãos e documentos no intuito não só de promovê-los, mas também de protegê-los.

Os órgãos, reuniões e subgrupos de trabalhos do MERCOSUL têm desempenhado um papel importante no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos humanos no bloco, o que permite haver uma posição otimista em relação ao futuro da integração “política” mercosurena. Por outro lado, as normas de direitos humanos ainda possuem algumas dificuldades no que tange à sua aplicabilidade e efetividade. A despeito de uma grande quantidade de normas de direitos humanos não passarem de *soft law*, uma outra parte precisa ser incorporada ao ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes para que possam ser executadas.

Acontece que o processo de incorporação não é simples, pois cada Estado-Parte tem as suas próprias regras no que tange à receção de normas mercosurenas. Além do mais, não existe um prazo para o processo de incorporação, bem como não está previsto um mecanismo sancionatório no caso de omissão e de demora na incorporação das normas mercosurenas. Deste modo, os Estados-Partes acabam por incorporar apenas as normas que lhe interessam e no momento em que julgam ser mais oportuno – “incorporação *a la carte*” –, dificultando assim a vigência simultânea e, também, consequentemente, a possibilidade da sua invocação quer pelos Estados-Partes, quer pelos indivíduos e particulares.

Seria necessário, portanto, em um contexto de internormatividade – ou de pluralidade de ordenamentos jurídicos (nacionais e regional/internacional), que as constituições nacionais dos Estados-Partes sofressem reformas no sentido de uniformizarem seus procedimentos de receção das normas mercosurenas, bem como fossem implementados prazos e medidas sancionatórias nos casos de não incorporação ou demora na incorporação da norma mercosurena. Isto traria uma maior segurança jurídica para o bloco, pois à partida responsabilizaria o Estado-legislador pelo descumprimento da obrigação de incorporar a norma mercosurena.

Todavia, pese o deficiente estado da arte da harmonização das normas de direito mercosureno – inclusive das normas de direitos humanos –, por via legislativa, verificou-se que existe no MERCOSUL um outro incipiente processo de harmonização jurídica por via das decisões proferidas pelos seus tribunais. Pela análise dos casos apresentados neste trabalho, viu-se que os tribunais do MERCOSUL (*ad hoc* e o TPR) têm analisado as normas mercosurenas à luz dos direitos humanos.

Muito embora a atividade dos tribunais mercosurenhos não tenha sido intensa, há que se ressaltar que as suas decisões são obrigatórias. Nesta medida,

tendo sido os direitos humanos matéria de discussão nos casos levados aos tribunais do MERCOSUL, isto demonstra uma significativa mudança no processo de integração mercosurenho, já que as referidas decisões poderão formar precedentes para a análise de outros casos futuros. Logo há uma tendência que os direitos humanos continuem a servir de parâmetro e a influenciar as decisões judiciais dos tribunais do MERCOSUL.

Referências bibliográficas

- ABIJAODI Maurício, *Harmonização de Legislação Ambiental no MERCOSUL*, 1.^a ed., Brasília, Edição do Autor, 2011.
- ABRAMOVICH Victor, *Direitos Humanos no marco do processo de integração regional no MERCOSUL*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 1, n.º 2, 2013.
- ALMEIDA Paula Wojcikiewicz, *A Execução do Direito da Integração do MERCOSUL: uma limitação da autonomia dos Estados-Partes*, in Novos Estudos Jurídicos – NEJ, vol. 14, nº 1, 2009.
- ANDRADE Mayra Thaís Silva, *O retrato da integração pela via normativa do MERCOSUL: leis para o bloco ou para os Estados?*, 2012, p. 120, disponível em «<http://www.revistas.usp.br/prolam/article/viewFile/82495/85470>», última visualização em 05-03-2015.
- BEZERRA Ricardo dos Santos, *Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: um panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil*, in Tese de Doutorado, Departamento de Direito do Trabalho e Trabalho Social da Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, 2011, p. 122.
- CÁRDENAS Emilio; TEMPESTA Guillermo, *Arbitral Awards under MERCOSUR's Dispute Settlement Mechanism*, in Journal of International Economic, vol. 4, nº 2.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana; MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Ampliación del Mercosur: el caso Venezuela*, Buenos Aires, Zavalía, 2009.
- FRANCA-FILHO Marcílio Toscana; LIXINSKI Lucas; GIUPPONI Belén Olmos, *Protection of Fundamental Rights in Latin America FTA and Mercosur: An Exploratory Agenda*, in European Law Journal, vol. 20, nº 6, 2014.
- GARÍN Andrea Lucas, *Human Rights and Regional Integration in Mercosur: a bipolar relationship*, in VIII World Congress Constitutional Law on Constitutional Principles, México, Association of Constitutional Law, 2010. Disponível em «<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/18/323.pdf>», última visualização em 13-10-2015.
- GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR*, in Colombia International, nº 81, 2014.
- GIUPPONI Maria Belén Olmos, *Free Trade and Labour and Environmental Standards in MERCOSUR*, in Colombia International, nº 81, 2014.
- LIMA Cristiane Helena de Paula, *A internalização das normas jurídicas do MERCOSUL no Brasil: um contributo para a segurança jurídica na Integração da América do Sul*, in CEDIN – Centro de Direito Internacional, 2011, disponível em «http://www.cedin.com.br/static/revistaeletronica/volume9/arquivos_pdf/su

- [mario/Cristiane%20Helena%20de%20Paula%20Lima.pdf»](#), última visualização em 26-10-2015.
- MASCOLO Tenile, *A América Latina, uma justaposição de dois sistemas de proteção de direitos humanos?*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 3, nº 6, 2015.
- OLIVEIRA Francielle Vieira, *Integração Judicial e diálogo entre tribunais: o papel do reenvio prejudicial e da opinião consultiva*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, vol. 43, n. 1, 2015 (em edição).
- PUCHETA Mauro, *Derechos Humanos y Derecho del Trabajo: un vínculo que requiere mayor desarrollo en el ámbito*, in Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, ano 3, n.º 6, 2015.
- SANGMEISTER Hartmut, *La perspectiva económica de la integración en América del Sur*, in Armin Von Bogdandy; César Landa Arroyo; Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, Madrid, Max-Planck-Institut, 2009.
- SCHAEFFER Kristi, *MERCOSUR and Labor Rights: The Comparative Strengths of Sub-Regional Trade Agreements in Developing and Enforcing Labor Standards in Latin American States*, in Journal of Transnational Law, vol. 45, nº 1.
- SCHIMIDT Jan Peter, *El estado actual del Mercosur y las perspectivas para su futuro desarrollo: problemas y oportunidades*, in Armin Von Bogdandy; César Landa Arroyo; Mariela Morales Antoniazzi (eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho?*, Madrid, Max-Planck-Institut, 2009.
- U. Petersmann, *Human rights, International Economic Law and Constitutional Justice*, in European Journal of International Law, vol. 19, nº 4, 2008.
- VENTURA Deisy; PEROTTI Alejandro D, *El Proceso Legislativo del Mercosur*, Montevideo, Mastergraf, 2004.
- VIEIRA, Luciane Klein; CHIAPINNI, Carolina Gomes, *Análise da aplicação das normas emanadas dos órgãos do MERCOSUL nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes*, in Centro Argentino de Estudios Internacionales – Programa Derecho Internacional, disponível em «www.caei.com.ar», última visualização em 20-10-2015.

ENTIDADES DEPORTIVAS, FISCALIDAD DEL FUTBOL, AYUDAS ESTATALES Y DEUDA DE LOS CLUBES. ¿ES VIABLE EL ACTUAL MODELO?

Sports organizations, taxation of football, state aids and debt of the clubs.

It is feasible the current model?

RAFAEL VALENTÍN-PASTRANA AGUILAR
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: 1. Introducción. 2. Reformas en la fiscalidad de los clubes y futbolistas 3. Régimen fiscal 4. Entidades parcialmente exentas del TRLIS 5. Las entidades deportivas con ánimo de lucro: las SAD 6. El problema de la financiación del estado con los clubes 7. La deuda del fútbol con la Administración Pública 8. El deporte y las ayudas estatales a los clubes de fútbol 9. ¿Es viable el modelo de entidades deportivas en España? 10. Conclusiones 11. Bibliografía y fuentes consultadas.

Resumen: En el presente artículo se aborda el régimen de financiación de los clubes de fútbol españoles, así como su peculiar sistema de tributación. Por otra parte se tratan temas controvertidos tales como las ayudas estatales a los clubes, que han originado siete expedientes sancionadores por parte de la Comisión Europea y el complejo panorama referente a la deuda que tienen los clubes con las administraciones públicas, por ello formulamos en este artículo nuestra perspectiva sobre el futuro del actual modelo.

Palabras clave: Fútbol, Deuda, Tributación, Sociedades Anónimas Deportivas, Ayudas estatales, subvenciones.

Abstract: In the present article it is approached the funding scheme of Spanish football clubs, as well as its peculiar taxation system. Moreover treated controversial topics as state aids to clubs, which have led to seven disciplinary proceedings by the European Commission and the complex picture regarding the debt of the clubs with public administrations, thus in this article we formulate our perspective on the future of the current model.

Keywords: Football, debt, taxation, Sports Corporation, State Aids, Subvention.

1. Introducción

Toda la regulación planteada sobre derecho deportivo en España, así como la relación que tienen las Administraciones Públicas con las entidades deportivas,

tienen un carácter relativamente novedoso, dado que no se realizó estipulación alguna hasta el sistema regulatorio introducido a partir de la Constitución de 1978.

La intervención pública en el deporte está recogida en el artículo 43.3 de la CE, que establece que *"Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."*

El sector deportivo se encuentra dentro de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Conforme al artículo 148.1.19.^a del texto constitucional, éstas podrán asumir en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias en materia de "Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio".

La totalidad de los Estatutos de Autonomía han asumido el deporte como un ámbito donde cada Comunidad Autónoma ejercerá competencias propias de carácter exclusivo. Esta afirmación puede predicarse tanto de los textos estatutarios iniciales, aprobados entre 1979 y 1983, como de los nuevos Estatutos de algunas Comunidades Autónomas.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, la mayoría de los Estatutos de Autonomía han hecho uso de la cláusula residual del artículo 149.3 de la Constitución con arreglo a la cual las materias no atribuidas expresamente al Estado pueden corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos para asumir competencias exclusivas sobre el régimen jurídico de las asociaciones de todo tipo, cuya actividad se desarrolle principal o mayoritariamente en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. Dicha atribución competencial abarca, a las asociaciones deportivas de ámbito autonómico.

La intervención pública en el deporte se produce por parte de las tres Administraciones territoriales, es decir, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración Local, de acuerdo con el marco competencial asumido.

Igualmente, se produce la intervención privada de agente, en la figura de las federaciones deportivas, las cuales gozan de un régimen jurídico especial.

De manera que, el régimen jurídico del deporte se caracteriza por la existencia de ámbitos estrictamente privados, y en los que serán de aplicación las normas de derecho privado, y otros ámbitos, señalados en la ley, que al ser parte de la esfera jurídico-pública, se regirán por normas de derecho administrativo.

Es fundamental reseñar la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte regula el marco jurídico en que debe desenvolverse la práctica deportiva en el ámbito del Estado, y el Real Decreto 1835/1991 de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, tiene como objeto el desarrollo reglamentario de aquellos aspectos que son necesarios para la determinación del modelo federativo.

Como se ha indicado anteriormente, las federaciones deportivas juegan un papel importante en su intervención en el deporte. Las federaciones deportivas españolas *"son entidades asociativas privadas, sin ánimo de lucro y con*

personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del de sus asociados, que además de sus propias atribuciones, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso, como agentes colaboradores de la Administración pública”, tal y como las define el Consejo Superior de Deportes.

Las federaciones deportivas españolas están a su vez formadas por federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, ligas profesionales y otros colectivos interesados con intereses en el deporte.

En cuanto a las funciones encomendadas a las federaciones deportivas españolas, son las propias de defensa y promoción general del deporte federado de ámbito estatal, que se extienden al conjunto del territorio nacional, y su organización territorial se ajustará a la del Estado en Comunidades Autónomas.

En cuanto a su régimen jurídico, las federaciones deportivas españolas se rigen por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre federaciones deportivas españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, y por sus estatutos y reglamentos.

Dado que el presente artículo aborda las ayudas estatales a los clubes de fútbol, es necesario destacar al Consejo Superior de Deportes. La actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte, corresponde y será ejercida directamente por este. Las competencias de este órgano, aparecen reguladas en el artículo 8 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Los órganos rectores del Consejo Superior de Deportes son el Presidente y la Comisión Directiva. En la Comisión Directiva se encuentran representadas, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, las federaciones deportivas españolas y personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte.

"Sus competencias abarcan cuatro grandes bloques:

- 1. El reconocimiento de nuevas modalidades deportivas y la autorización de la inscripción de las asociaciones deportivas que señala la Ley del Deporte, y el RD 1835/1991 que lo desarrolla*
- 2. La aprobación definitiva de los estatutos y reglamentos de las asociaciones deportivas citadas, cuya revisión e inscripción corresponde al Registro de Asociaciones Deportivas, regulado en el capítulo XI del Real Decreto 1.835/1991, de 20 de diciembre.*
- 3. La designación de los miembros del Comité Español de Disciplina Deportiva, y de otros órganos colegiados.*
- 4. La realización de los estudios, dictámenes e informes que le encomiende el Presidente del Consejo Superior de Deportes."*

Por último, destacar El Registro de Asociaciones Deportivas ejecuta los Acuerdos tomados por la Comisión Directiva que tienen como entre otros fines el reconocimiento, e inscripción en sus diferentes Secciones y Libros, de las entidades deportivas.

A nivel europeo, existe una ausencia de mención del deporte en los Tratados internacionales, aunque sí existen relevantes resoluciones jurisprudenciales que tratan este ámbito, como es la sentencia del conocido caso Bosman por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1995.

Por otra parte, en el ámbito de la Comisión europea, ha habido intentos de llevar a cabo una armonización de los elementos comunes que comparten los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de establecer un Modelo de Deporte Europeo.

La ausencia de una verdadera política comunitaria del deporte está relacionada con la falta de regulación del deporte en los Tratados, ya que no existe un soporte jurídico y claro y específico en este ámbito.

Se han producido iniciativas por parte del Parlamento Europeo desde 1993 con el fin de incluir un artículo que haga referencia al deporte. Este deseo también ha sido retomado en ocasiones por la Comisión. Además, destacar, que tanto el Consejo de Niza de 2000 como en la Declaración de Ámsterdam han tratado por primera vez el deporte como concepción de una política económica y un fenómeno homogéneo.

Sin embargo, en la actualidad, existen posturas contrarias a la inclusión de la actividad deportiva en el Tratado de la Unión Europea, puesto que esto supondría una mayor base legal a la atribución de los fondos europeos deportivos de los Estados miembros y un aumento de la capacidad normativa de la Unión Europea que las autoridades deportivas tradicionales, así como las entidades supranacionales deportivas como la UEFA, no están dispuestas a soportar.

2. Reformas en la fiscalidad de los clubes y futbolistas

En lo relativo a la fiscalidad de los clubes de fútbol profesional, en los últimos años, se han realizado diferentes reformas para equipararse con la tributación en otros países de la Unión Europea como pueden ser Francia o Alemania. Debido a la evidencia de que el sistema llevado a cabo en España no es el adecuado, debido a la gran deuda que ostentan los clubes con la administración se han creado nuevas reformas para parar esta situación.

La reforma más destacada en lo relativo a los jugadores profesionales, es la Reforma fiscal del Gobierno en 2015 que modifica el régimen de los *impatriados* conocida como ley Beckham, en la cual, los jugadores de fútbol extranjeros recién llegados a España tributaban en su sueldo en un 24% con el objetivo de atraer a personal cualificado a España. En esta nueva reforma se fija un tipo del 24% en los primeros 600.000€ y el resto tributara al tipo marginal máximo que será del 47% como cualquier otro contribuyente español.

En cuanto a quien afecta el régimen jurídico tributario por la cesión de los derechos de imagen de los deportistas, el artículo 9 LIRPF establece que afecta "*a los deportistas residentes en territorio español y a los no residentes en territorio español que trasladen su domicilio fiscal a un paraíso fiscal durante el periodo*

impositivo del traslado y en los cuatro siguientes años". Por otro lado el artículo 46 LIRNR, establece que "afecta a los residentes de otro Estado Miembro de la UE que obtengan su mayor parte de la renta en España y opten por tributar en el IRPF".

Cabe por otro lado, definir que es el derecho a la imagen, que es un derecho fundamental ubicado en la Sección 1ª "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", del Capítulo II "Derechos y Libertades", del Título I "De los derechos y deberes fundamentales", reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, según el cual: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". La normativa que circunscribe la regulación de la imagen ha de partir del artículo 7.3 del Real Decreto 1006/1985. Fue una de las primeras normas donde se reconoce la posibilidad de explotación de la imagen del deportista.

Por otro lado, en lo relativo a los clubes, hacienda obliga a los clubes de fútbol a tributar por el impuesto de sociedades. Hasta el 31 de diciembre del 2014, si una asociación no superaba los 100.000 euros anuales de ingresos y no realizaba actividades económicas estaba exenta de realizar el impuesto de Sociedades. Pero con la entrada en vigor de la ley 27/ 2014 de 27 de noviembre, esto es modificado, ya que en la misma se explicita que "cualquier entidad, sea del tipo que sea, que a 1 de enero de 2015 no se encuentre en situación de baja en el Registro correspondiente estará en la obligación de presentar el impuesto sobre Sociedades".

Por otro lado, en la Exposición de Motivos de la citada ley se ha establecido un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollan actividades de carácter profesional, determinando la obligatoriedad de convertir los clubes profesionales en sociedades anónimas deportivas. Pero no todos los clubes lo han cumplido, de ahí la consecuencia de que algunos clubes disfruten de una tributación del 25% y no del 30%, tal y como deberían tributar si estuviesen organizados en sociedades anónimas deportivas.

La Comisión Europea ha venido discutiendo si la posibilidad de que no se hayan convertido en SAD les ha beneficiado fiscalmente hasta el punto de constituir una ayuda no amparada por el Derecho de Competencia Comunitario, y no la legalidad de la forma jurídica de los clubes afectados.

Estamos, pues, ante el análisis por parte de las autoridades comunitarias de competencia de una actuación del Estado español, en la que se analiza y se "juzga" su actuación, y no a los clubes, que podría haber vulnerado el mercado comunitario. Por este motivo, además de otros que a continuación expondré, la Comisión Europea se ha propuesto investigar a algunos clubes de fútbol profesional para prevenir que se cometan irregularidades y que todos clubes estén en la misma situación.

3. Régimen fiscal:

Hecha una primera manifestación sobre las reformas introducidas en los distintos tipos de tributación en función de los deportistas y las distintas entidades,

es obligado continuar con el régimen fiscal y tributario consolidado a través de nuestra legislación. Para analizar el régimen tributario de las entidades deportivas resulta esencial hacer una distinción entre aquellas entidades que no tienen una finalidad lucrativa y las entidades deportivas con ánimo de lucro.

En relación con las primeras, es de aplicación la Ley 49/2002, sus requisitos y los beneficios fiscales que regula y el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS)

Con referencia a las entidades deportivas con ánimo de lucro, hay destacar algunas peculiaridades que afectan a las sociedades anónimas deportivas, pues, como establecen Pablo Chico, Ana Delgado o Luis Cazorla entre otros, por lo que se refiere a su tributación, en nada se diferencian del resto de sociedades anónimas.

En primer lugar, estas entidades, están sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Dicho tributo se encarga de gravar grava la renta de las sociedades y otras 18 entidades jurídicas, constituyendo su hecho imponible la obtención de renta, cualquiera que sea su fuente u origen, por el sujeto pasivo.

En consecuencia, las entidades deportivas no lucrativas, como personas jurídicas que realizan el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades, serán sujetos pasivos del mismo.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 9.2 de la TRLIS, están parcialmente exentas *"en los términos previstos en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que sea de aplicación dicho título"*

Por ello, también es de aplicación la Ley 49/2002 que se encarga de la regulación de las exenciones de la TRLIS. Como indica Ana María Delgado, *la aplicación subsidiaria del TRLIS significa que, tanto para las rentas exentas como para aquellas rentas no exentas, serán de aplicación, además de las reglas específicas que contiene la Ley 49/2002, las normas del régimen general del Impuesto sobre Sociedades*. Los artículos de la TRLIS y su desarrollo reglamentario que regulan las entidades deportivas sin ánimo de lucro son los relativos a la formación de la base imponible y a las deducciones a practicar en la cuota del Impuesto.

En cuanto a los regímenes especiales de la TRLIS que también son de aplicación, destacar, los regulados en el título VII del TRLIS:

- a) el régimen de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores regulado en el capítulo VIII;
- b) el régimen de incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión regulados en el capítulo XII, con la excepción del tipo de gravamen a que se refiere el art. 114;

c) el régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero regulado en el capítulo XIII.

A tenor del art. 9.1 de la Ley del Impuesto de Sociedades, aquellas entidades deportivas cuya naturaleza sea pública. *En este sentido, el art. 9 TRLIS declara la exención del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, así como los organismos autónomos del Estado (como el Consejo Superior de Deportes) y las entidades de Derecho público de análogo carácter de las comunidades autónomas y de las entidades locales.*

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, la principal norma tributaria que afecta a la fiscalidad de las entidades deportivas sin ánimo de lucro en España es la citada Ley 49/2002.

En su art. 2, la Ley 49/2002, establece lo siguiente:

"Tienen la consideración de entidades sin fines lucrativos, siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la propia ley en su art. 3, las siguientes:

- a. Las fundaciones.*
- b. Las asociaciones declaradas de utilidad pública.*
- c. Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1988, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, siempre que tengan alguna de las formas jurídicas a que se refieren los párrafos anteriores.*
- d. Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones.*
- e. Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español.*
- f. Las federaciones y asociaciones de las entidades sin finalidades lucrativas a que se refieren los párrafos anteriores».*

Dado que el presente artículo se centra en los clubes deportivos, vamos a hacer un análisis exhaustivo entorno al régimen de este tipo de entidad deportiva. Los clubes deportivos aparecen definidos en el art. 3 de la Ley del Deporte; *"Los clubes deportivos son asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas, que tienen como objeto la promoción de una o de varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas."*

Determinados clubes deportivos también pueden regularse mediante el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002. Como se ha indicado anteriormente, éstos, se clasifican en elementales, básicos y sociedades anónimas deportivas. Como se analizará más adelante, necesariamente tendrán que adoptar esta última forma si participan en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal.

Como hace referencia Ana Delgado, los clubes deportivos pueden tener o no ánimo de lucro según la forma jurídica que adopten. En este sentido, las sociedades

anónimas deportivas, por el hecho de tratarse de sociedades mercantiles, poseen tal ánimo de lucro, mientras que el resto de clubes deportivos, esto es, los clubes deportivos elementales y básicos, no lo tienen.

Por consiguiente, sólo aquellos clubes deportivos que estén dotados de personalidad jurídica, no tengan ánimo de lucro, estén reconocidos de utilidad pública y cumplan el resto de los requisitos de la Ley 49/2002 gozarán del régimen fiscal especial contemplado en esta última Ley

En definitiva, nos estamos refiriendo a los clubes deportivos elementales y básicos y, dentro de ellos, a los que hayan conseguido la declaración de utilidad pública, cuestión ésta que, como se verá más adelante, no es fácil de obtener para este tipo de entidades, desde un punto de vista práctico.

Existen unos requisitos para las entidades sin ánimo de lucro que quieran beneficiarse del régimen especial. En relaciona las entidades deportivas, es necesario que persigan un interés general de los que se incluyen *"defensa de los derechos humanos y de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, fortalecimiento institucional, cooperación para el desarrollo, promoción del voluntariado, promoción de la acción social, defensa del medio ambiente, promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, fomento de la tolerancia, fomento de la economía social, desarrollo de la sociedad de la información e investigación científica y desarrollo tecnológico. Por consiguiente, dentro de los fines de interés general se encuentran los deportivos."*

Destacar que esta lista no es una enumeración y taxativa sino *"meramente ejemplificadora"* del concepto de interés general.

Autores como Pedreira, consideran que no tiene sentido la elaboración de esta lista puesto que se acepta cualquier fin.

Destacar el art. 3.3º de la Ley 49/2002 que aunque aparentemente parece querer excluir las explotaciones económicas ajenas al objeto o finalidad estatutaria de las entidades sin finalidad de lucro («que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria»), inmediatamente precisa que «se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad».

Otro requisito que se establece en la Ley es en el régimen fiscal especial de las entidades sin finalidad de lucro, es el del destino de los recursos a la realización de estos fines. De acuerdo con el art. 3.2 de la Ley, al menos el 70 por 100 de las rentas e ingresos de las entidades, se destinen a la realización de las finalidades perseguidas por las mismas.

Como indica Ana Delgado *"Se pretende evitar con este requisito que las entidades sin fines lucrativos se conviertan en un mecanismo jurídico empleado con el único fin de conservar o disponer de determinados patrimonios gozando de un régimen fiscal especial muy favorable, pero sin reportar, a cambio, ningún beneficio a la colectividad."*

Asimismo, la Ley 49/2002 indica una serie de rentas o ingresos computables. En primer lugar, las rentas de las explotaciones económicas, las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad y por último, un tercer grupo de rentas está constituido por los ingresos obtenidos por cualquier otro concepto.

También, en el art. 3.5º de la Ley 49/2002 se establece que los órganos de dirección de las instituciones no lucrativas «no podrán participar en los resultados económicos de la entidad ni por sí mismos ni a través de persona o entidad interpuesta».

Un requisito necesario que sea de aplicación la Ley 49/2002 es el de la prohibición de reversión. En el art. 3.6 de la Ley, se establece que en caso de disolución, el patrimonio de las entidades sin finalidad de lucro se destinará, bien a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25 de la misma y, bien a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan finalidades de interés general.

Otro requisito, son las obligaciones formales y contables, entre las que están: la inscripción en el registro correspondiente art. 3.7., el cumplimiento de las obligaciones contables, que se tienen que observar en los términos establecidos por las normas por las que se rigen las entidades o, en su defecto, por el Código de Comercio y sus disposiciones complementarias, como establece el art. 3.8.

Conviene recordar, asimismo, que respecto a las federaciones deportivas, rige la Orden de 2 de febrero de 1994, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a éstas, las cuales deberán ser tenidas en cuenta a la hora de cumplir con las obligaciones formales derivadas de la contabilidad.

Respecto al tercer grupo de obligaciones, éstas son las de rendición de cuentas, que, de conformidad con el art. 3.9º de la Ley 49/2002, se ajustarán igualmente a las previsiones establecidas en la legislación específica de cada tipo de entidades...

Por último, otra de las obligaciones que presentan estas entidades es la elaboración anual de una memoria económica. Su contenido, el plazo de presentación y la determinación del órgano ante el cual se tendrá que presentar, se regula en el art. 3 del Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Régimen Fiscal de las Entidades sin Finalidad Lucrativa y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo (RESFL).

Dicha memoria, debe presentarse ante de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de la entidad. Si las entidades estuvieran adscritas a la Dependencia

Regional de Inspección o a la Oficina Nacional de Inspección, se presentará en éstas últimas.

El plazo de presentación es de siete meses desde la fecha de cierre del ejercicio, es decir, normalmente, hasta el 31 de julio del año siguiente, quedando exoneradas de dicha aquellas entidades que no participen en sociedades mercantiles, si su volumen total de ingresos del periodo impositivo no supera los 20.000 euros.

La aplicación del régimen fiscal especial depende de la voluntad de las entidades se tiene que comunicar expresamente a la Administración tributaria de la correspondiente opción. Se trata de un régimen voluntario, de manera que se lo podrán aplicar directamente las propias entidades que consideren que reúnen los requisitos de la Ley y opten por su aplicación.

Ana Delgado establece que dicha opción se ejercerá en la forma y plazo que se establezca reglamentariamente y tiene carácter indefinido mientras no se renuncie a su aplicación. La opción se tiene que comunicar a la Administración tributaria a través de la correspondiente declaración censal.

Conviene también destacar todas aquellas rentas exentas de acuerdo con el art. 6.2 de la Ley 49/2002, del Impuesto sobre Sociedades, siendo éstas las siguientes:

"1. Las derivadas de los siguientes ingresos: a) Los donativos y donaciones recibidos para colaborar en los fines de la entidad, incluidas las aportaciones o donaciones en concepto de dotación patrimonial, en el momento de su constitución o en un momento posterior, y las ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial regulados en el artículo 25 de esta Ley y en virtud de los contratos de patrocinio publicitario a que se refiere la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad. b) Las cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta. c) Las subvenciones, salvo las destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas.

2. Las procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, como son los dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres.

3. Las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución y liquidación de la entidad.

4. Las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo siguiente.

5. Las que, de acuerdo con la normativa tributaria, deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos y que procedan de rentas exentas incluidas en alguno de los apartados anteriores de este artículo."

4. Entidades parcialmente exentas del TRLIS

En cuanto a las entidades deportivas que o bien no quieran o desee disfrutar del régimen fiscal especial otorgado por la Ley 49/2002 tendrán que aplicar el régimen de las entidades parcialmente exentas.

En este sentido cabe destacar el art. 69.3 de la TRLIS según el cual "las entidades e instituciones sin ánimo de lucro no incluidas en el apartado anterior". Este precepto se refiere a aquellas entidades sin fin lucrativo que cumpla con los requisitos enumerados anteriormente para poder gozar del régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002.

Se trata por lo tanto, de un régimen "*automático*" dado que no se requiere que se lleve a cabo un reconocimiento expreso del mismo.

En opinión de Corcuera, este régimen es aplicable a las ligas profesionales, las agrupaciones de clubes y los entes de promoción deportiva de ámbito estatal, ciertos clubes deportivos y determinadas fundaciones.

Este régimen de exención parcial del Impuesto de Sociedades, supone unos beneficios menores en relación al régimen analizado anteriormente de la Ley 49/2002, ya que El ámbito material de la exención de rentas es muy inferior. Como señala Ana Delgado, en el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002 las únicas rentas sujetas y no exentas son las que derivan de explotaciones económicas diferentes a las del art. 7 de dicha norma. Por otra parte, el tipo de gravamen aplicable en el régimen de entidades parcialmente exentas es muy superior, siendo éste del 25 por 100, al del régimen fiscal especial, que es del 10 por 100.

Y, finalmente, no son aplicables a las donaciones que reciban las entidades sometidas a este régimen de exención parcial los importantes beneficios fiscales establecidos para las entidades beneficiarias del mecenazgo en la Ley 49/2002.

5. Las entidades deportivas con ánimo de lucro: Las SAD

En la Ley del Deporte, se establece la obligación de que los clubes que desarrollen actividades deportivas se conviertan en sociedades anónimas deportivas, comúnmente denominadas; SAD.

Se trata de una nueva forma jurídica similar al régimen de las sociedades anónimas pero con determinadas características relativas al deporte.

Si bien existen unas especialidades tributarias, las SAD, tributan de acuerdo con el régimen de cualquier sociedad anónima.

Es relevante distinguir la existencia de dos formas distintas de llevar a cabo la transformación en sociedades anónimas deportivas. Por un lado, cuando la transformación afecta a un club o equipo profesional que participe en competiciones oficiales, de ámbito estatal y carácter profesional. Este caso aparece regulado en la disposición adicional 5ª del Real Decreto 1251/1999.

Por otro, como indica Ana María Delgado, , la transformación voluntaria en sociedad anónima deportiva, tanto para los clubes que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal sin que tal transformación les venga impuesta por el

acceso a una competición oficial de carácter profesional, como para los clubes que no participen en competiciones oficiales de ámbito estatal. Estos supuestos se encuentran regulados en la disposición adicional 8ª del mencionado Real Decreto 1251/1999.

En el caso de que un club de fútbol se convierta en una Sociedad Anónima Deportiva, se produce un cambio del régimen fiscal aplicable. De manera que ya no se regula por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002 o de entidades parcialmente exentas del TRLIS, sino por el régimen general aplicable a las sociedades mercantiles del Impuesto sobre Sociedades.

Esto supone, que comienzan a tributar como cualquier otra sociedad anónima. Entre los efectos que se derivan de este cambio de tributación, destacar el cambio de tipo de gravamen. Éste pasa del tipo reducido del 10 por 100 en el primer caso, o del 25 por 100 en el segundo caso, al general del 30 por 100.

También, que en el momento de la inscripción de la nueva forma social, la sociedad anónima deportiva, en el Registro de Asociaciones Deportivas y en el Registro Mercantil se devenga en el Impuesto sobre Sociedades y comienza un nuevo período impositivo para la sociedad anónima resultante de la transformación, que finalizará cuando concluya su ejercicio social.

El club deportivo que lleva a cabo la transformación, tiene como obligación el presentar en el plazo de 25 días siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión de dicho período impositivo la correspondiente declaración del Impuesto sobre Sociedades en el plazo de los, tal y como señala el art. 136.1 TRLIS.

6. El problema de la financiación del Estado con los clubes

La coexistencia de estas dos figuras societarias, y las ayudas del Estado a algunos clubes de fútbol, han sido objeto de una investigación por parte de la Comisión Europea y debate por parte de ésta.

Los clubes de fútbol en muchas ocasiones, han encontrado financiación pública para poder lograr sus propios objetivos e intereses sociales. Un ejemplo claro es el caso de la financiación del nuevo estadio del Athletic Club de Bilbao, el conocido como Nuevo San Mamés por parte de las autoridades locales, que han financiado el coste de este estadio y que es utilizado en exclusiva y como si fuese un bien privativo del Athletic Club de Bilbao.

Además el fútbol español y comunitario se ha visto envuelto por diversas irregularidades en varias ocasiones, tras la salida a la luz de supuestos fraudes fiscales llevados a cabo por algunos clubes de fútbol profesionales, lo que ha provocado que la Comisión Europea lleve a cabo una serie de investigaciones.

Al estar considerados entidades sin fines lucrativos" las federaciones deportivas apenas pagan impuestos por los ingresos que obtienen de los partidos de fútbol.

En España, este fraude quedo constatado a través de la financiación pública de algunos clubes de fútbol profesional españoles, lo que supuso la apertura de una investigación por parte de la Comisión Europea.

Toda esta problemática hizo que Bruselas, en el año 2014, comunicase que había abierto un expediente sancionador a España por conceder ayudas de estado ilegales a siete equipos de fútbol españoles, entre los que se encontraban; el Real Madrid, Athletic de Bilbao, Barcelona, Osasuna, Valencia, Elche y Hércules.

El Real Madrid, Athletic de Bilbao, Osasuna y Barcelona incumplieron la legislación comunitaria al no convertirse en Sociedades Anónimas Deportivas, y poder beneficiarse del régimen especial.

Lo que la Comisión Europea discute no es la legalidad de la forma jurídica de los clubes afectados, sino si la posibilidad de que no se hayan convertido en SAD, manteniéndose como clubes deportivos, les ha beneficiado fiscalmente hasta el punto de constituir una ayuda no amparada por el Derecho de Competencia Comunitario. Se trata por tanto, de un análisis por parte de las autoridades comunitarias de competencia de una actuación del Estado español, que podría haber vulnerado el mercado comunitario.

Por otra parte, en el caso de los tres clubes valencianos, Valencia, Elche y Hércules, el expediente sancionador se abrió por los préstamos y avales que les concedió la Comunidad Valenciana. Las Administraciones podrían haber concedido ayudas públicas ilegales o incompatibles con las leyes europeas según confirman fuentes de Competencia. Si las ayudas se declararan ilegales o no compatibles con los Tratados, se exigiría que esas ayudas se devolviesen, total o parcialmente.

En relación a esto, Joaquín Almunia, señaló que tanto con las ayudas de Estado, las de la Generalitat Valenciana, como con las deudas a Hacienda y a la Seguridad Social, de los clubes de fútbol *"no pueden recibir un trato diferente del de otros agentes económicos"*.

7. La deuda del fútbol con la Administración Pública

Muchos ciudadanos españoles son conscientes de que, a través de sus impuestos, se están financiando y lucrando los clubes de fútbol español desde hace varias décadas. No hay que irse muy atrás para ver la masiva deuda que ha sido imparable y que hasta el año 2013 no había dado síntomas de que pudiera mostrar mejoría esta situación.

La deuda pública acumulada entre los clubes de primera y de segunda división del fútbol español desde el año 2000 hasta la temporada 2012/2103 era de más de 738,5 millones de euros, cuando en la temporada 1999-2000 la deuda acumulada entre Primera y Segunda era 191,6 millones de euros.

Desde 2013 y por primera vez en quince años, se ha empezado a reducir la deuda pública del fútbol. El secretario de Estado de Relaciones con las Cortes, José Luis Ayllón, cifraba en 542,6 millones de euros lo que los equipos debían a la Agencia Tributaria a 31 de agosto de 2014.

Por contra, José María Mollinedo, secretario general del Sindicato de Técnicos de Hacienda, estima que no será hasta el verano de 2021 cuando se puedan saldar estas obligaciones. *"Se va en buena dirección, pero no tenemos aún claro el número de años que harían falta para saldar esa deuda. Al ritmo que llevamos, creo que puede que tarde unos siete años en resolverse"*.

Por último, dado que se trata de un negocio que mueve tanta cantidad de dinero, y puesto que el caudal público es uno de sus pilares principales de financiación, sería lógico que tanto los clubes como la administración pública, mostraran más claridad y transparencia en sus cuentas.

Por parte de la Administración, el Consejo Superior de Deportes es el único que aporta información sobre la deuda pública, pero solo publica la cantidad total, sin detallar la deuda de cada equipo. La respuesta de la Agencia Tributaria y de la Seguridad Social es también negativa. Ambos organismos se amparan en que dichos datos no son de acceso público debido a leyes de protección de datos.

En definitiva, las cuentas de la deuda y del dinero público del fútbol siguen sin estar claras. Los clubes de Primera y Segunda tampoco promueven una mayor transparencia y son entidades opacas en este sentido.

8. El deporte y las ayudas estatales a los clubes de fútbol

En la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, específicamente en su artículo 13 del mismo se establece que *"A los efectos de esta Ley se consideran clubes deportivos las asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas."*

Asimismo, el artículo 14 de dicha ley establece la siguiente clasificación de los clubes deportivos;

a) *Club es deportivos elementales.*

b) *Club es deportivos básicos.*

c) *Sociedades Anónimas Deportivas*

El presente artículo se centra concretamente en el régimen fiscal de las terceras, las S.A.D. y de los clubes de fútbol. Por ello es necesario hacer referencia al concepto de los mismos.

Las S.A.D. se definen como; *"Los clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal deberán ostentar la forma jurídica de sociedad anónima deportiva, estableciéndose pequeñas singularidades con relación al régimen general de las sociedades anónimas, como el poder participar únicamente en competiciones oficiales profesionales de una sola modalidad deportiva, la delimitación de su objeto social a la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas, así como otras*

actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica, ciertas limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y por último una serie de obligaciones de facilitar información, de carácter contable y accionarial, tanto al Consejo Superior de Deportes como a las Ligas Profesionales."

Concretamente, y para cuantificar de que volumen de entidades estamos teniendo en consideración, hay que tener en cuenta que en la actualidad existen 128 S.A.D. de fútbol y 127 S.A.D. de baloncesto.

Resulta esencial hacer referencia a las normas contables e información periódica, que son las obligaciones contables de las S.A.D.

En el caso de que las sociedades anónimas deportivas tengan más de una sección deportiva, están obligadas a llevarán una contabilidad específica para cada una de ellas, de manera que se puedan identificar las diferentes operaciones relativas a cada una.

Dicha contabilidad de las sociedades anónimas deportivas, debe de cumplir con el contenido establecido en el Código de Comercio y Ley de Sociedades Anónimas así como, por sus disposiciones de desarrollo. El Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, podrá aprobar mediante Orden la adaptación del Plan General de Contabilidad a las sociedades anónimas deportivas.

Por último, destacar que *"en apartados específicos de la memoria de las cuentas anuales se recogerá, la distribución del importe neto de las cifras de negocios correspondientes a las actividades propias de cada sección deportiva de la sociedad, derechos de adquisición de los jugadores, inversiones realizadas en instalaciones deportivas, derechos de imagen de los jugadores y aquellos otros extremos de relieve que se establezcan en las normas de adaptación a que se refiere el apartado anterior"*.

Con referencia a la obligación de facilitar Información periódica, se puede distinguir entre información semanal y la anual.

La primera de ellas, se referirá al período comprendido entre el inicio del ejercicio y el último día de cada semestre natural, será formulada por los administradores de la sociedad y habrá de ser remitida al Consejo dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cierre del período.

Esta información deberá de contener al menos unos estados intermedios de la sociedad de los indicados en la norma de elaboración de cuentas 12ª "Estados financieros intermedios" contenida en la cuarta parte del Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y, en su caso, un balance de la sociedad y del grupo consolidado y la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad y una memoria consolidados del grupo de sociedades referidos a dicho período. Adicionalmente, se elaborará un informe en el que consten las transacciones de la sociedad con sus administradores, directivos y accionistas significativos.

En cuanto a la segunda, la información anual se tiene que facilitar al Consejo Superior de Deportes y estará compuesta por las cuentas anuales individuales y, consolidadas, incluyendo en ambos casos el informe de gestión, la memoria y el informe de auditoría.

En relación a las sociedades anónimas deportivas, cuyas acciones coticen en una Bolsa de Valores, deberán respetar cumplir con la legislación del Mercado de Valores. *La Comisión Nacional del Mercado de Valores, una vez recibida la información pertinente, remitirá al Consejo Superior de Deportes una copia de la misma en el plazo de diez días y, en el caso de que el informe del auditor no contuviese una opinión favorable, podrá suspender la cotización de las acciones por el tiempo que considere necesario* con el fin de garantizarse la transparencia en la formación de los precios.

Además tal y como se indica en la web El Ministro de Economía, previo informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, regulará las especialidades que pueden concurrir en relación con el alcance y la frecuencia de la información que las sociedades anónimas deportivas cotizadas en Bolsa deberán hacer pública y establecerá los modelos o formularios relativos a la información periódica, así como las instrucciones de cumplimentación de tales formularios.

Existen también unas auditorías complementarias, las cuales El Consejo Superior de Deportes, de oficio o a petición de la liga profesional correspondiente, podrá exigir el sometimiento de una sociedad anónima deportiva a la misma. Destacar que *la sociedad anónima deportiva estará obligada a colaborar con el auditor de cuentas, facilitándole toda la información que le sea solicitada por éste, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.*

9. ¿Es viable el actual modelo en España?

Numerosos expertos, de entre los que destaca que el economista Gay de Liebana, han afirmado que el modelo del fútbol español es deficitario por su propia concepción y por su propio entramado legislativo.

Estos expertos creen que la recuperación del sector exige un cambio radical del modelo de negocio. KPMG Sports ve el fútbol como un puzzle de seis piezas y aboga por cambios en todas ellas: desde los operadores de televisión y los derechos audiovisuales, al control económico de los clubes y la estructura de la LFP, pasando por las relaciones entre esta y la federación española. Encajar de una forma diferente de la actual todas estas piezas permitiría no solo hacer viable el sector sino atraer nuevas inversiones y explotar mejor el negocio que las une, dicen.

Para ello ha sido necesario centralizar los derechos de televisión y modificar el sistema de reparto para hacerlo más equitativo, aun reconociendo la preeminencia

que deben seguir teniendo Real Madrid y Barcelona como motores del negocio, siempre según el informe.

Esa reforma, que ha sido introducida a través del Real Decreto 5/2015, debería completarse con la elaboración de planes de viabilidad económica para cada club y el fortalecimiento de los órganos de control económico que les vigilan, que además deben ser independientes. Entre las medidas que proponen para la Segunda División está la posibilidad de que el descenso permita reducir los salarios de la plantilla.

El informe de KPMG es un intento, no el único, de buscar una solución al túnel en el que se ha metido el fútbol. El Gobierno, a través del CSD, hace tiempo que se dio cuenta de que todos los males de la crisis económica se concentraban multiplicados en este negocio peculiar. En abril firmó un protocolo con los clubes para que se pusieran al día con Hacienda, que se había convertido en una fuente más de financiación para el sector. Estranguladas las habituales operaciones inmobiliarias, subvenciones públicas, crédito y venta de jugadores por la crisis, a muchos clubes les salía más barato aplazar y renegociar la deuda con la Agencia Tributaria pero el Gobierno se plantó.

10. Conclusiones

En el presente artículo se ha abordado la distinción entre los clubes de fútbol y las Sociedades Anónimas Deportivas, haciendo especial referencia al sistema de conversión en SAD y a los regímenes fiscales existentes en el ámbito deportivo.

Cabe señalar que la conversión en SAD de los clubes de fútbol era parte de un Plan de Saneamiento que se inició con el proyecto de Ley que se aprobó en Consejo de Ministros el 5 de mayo de 1989. Finalmente, éste entró en vigor con el título de Ley 10/1990 de 15 de octubre. En su origen, se pretendía que las SAD fuesen una solución a los problemas de endeudamientos que ya en los años 90 sufrían los clubes de fútbol.

Entre los años 1991 y 1992, los clubs que se habían convertido en SAD al ver como grandes clubes españoles y europeos invertían grandes cantidades de dinero en fichajes de jugadores extranjeros, dejaron a un lado sus compromisos legales y se centraron en incrementar sus presupuestos. Sin embargo, dado que sus ingresos *no corrían en el mismo sentido ni con la misma velocidad que sus gastos*, muchas SAD acabaron endeudándose hasta quedar inactivas, como por ejemplo Club Atlético de Marbella SAD ó C.P. Mérida SAD. Por otra parte, dado el escaso control e inactividad por parte de las instituciones y la Administración, clubes como el Real Madrid o el FC Barcelona continuaron endeudándose aceleradamente.

Como hemos indicado con anterioridad, recientemente Europa, concretamente la Comisión, ha decidido abrir un expediente a los clubes de fútbol como Real Madrid, FC Barcelona, Athletic Bilbao y Osasuna, puesto que no se habrían convertido en SAD para así beneficiarse del régimen de los clubes deportivos.

Entiendo que el problema radica en que las SADs se propusieron como una solución a la situación financiera del fútbol, garantizando teóricamente como indica Álvaro Delgado, un mejor funcionamiento a aquellos clubes endeudados, cuando en realidad lo que permitía, era que las entidades "saneadas" pudieran seguir compitiendo bajo la forma jurídica asociativa de los Clubes Deportivos y así beneficiarse de su régimen fiscal. De manera que, lo que buscaba la Ley, era que determinados grandes Clubes no tuvieran que convertirse en SAD.

Ahora bien, el fracaso de las SAD no es la causa principal de que en la actualidad, nuestro fútbol sea uno de los más endeudados. La situación actual se debe a un cúmulo de factores de diversa índole y naturaleza como son; la falta de control financiero a los clubes de fútbol, la ausencia de transparencia de los mimos, el poder e influencia que éstos tienen respecto de la Administración y las instituciones, y la pasividad del legislador en el ámbito deportivo.

A pesar de que la regulación del fútbol en España siempre ha sido un tema complejo y delicado, resulta esencial una mayor regulación del fútbol profesional. Parece que el legislador entiende necesario y conveniente, modificar la ley sustantiva deportiva para posibilitar un marco jurídico habilitante adecuado a la cuestión. De hecho, hoy en día se está trabajando en la elaboración de una ley de Deporte Profesional que como se ha indicado, tendrá por objetivos la promoción y divulgación de los valores del deporte.

En definitiva, en dicha ley en relación a la problemática aquí analizada, se debería de promover una mayor igualdad entre los diferentes clubes, tratando de eliminar los beneficios y privilegios injustificados de los cuales gozan algunos de los denominados grandes clubes. Asimismo, la nueva ley debería de abogar por un pleno sometimiento a la legislación mercantil con independencia de la forma social que ostenten los clubes. Igualmente, en la ley se debería de imponer un mayor control y regulación acerca de la situación financiera de éstos, para alcanzar una eficiencia y eficacia económica, social y financiera de los clubes deportivos profesionales.

11. Bibliografía

- ÁLVARO DEGADO TRUYOLS, "El fracaso de las Sociedades Anónimas Deportivas en España" ¿Hay Derecho? 25 de febrero de 2014
- JAVIER G. GALLEGO "Bruselas expedienta a España por ayudas ilegales a siete clubes de fútbol" 16/12/2013 Diario El Mundo.
- LUIS CAZOLA "Sociedades Anónimas Deportivas y Ayudas de Estado", El blog jurídico y docente de Luis Cazorla, 2013.

MARTA TORA TAMAYO VALLVÉ. El Derecho Deportivo: entre el Servicio Público y el Mercado. Ed. Dykinson:

MILLÁN GARRIDO, A.: "La dimensión no económica del deporte profesional: sociedad anónima y afición", pág. 451-457; en La reforma del régimen jurídico del deporte profesional, obra coordinada por el Antonio Millán Garrido. Editorial Reus S.A. Madrid, 2010.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS MIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL

The legal protection of Haitian migrants in Brazil

ANA PAULA TEIXEIRA DELGADO¹
Universidade Estácio de Sá

Sumário: Introdução. 1.1. Em busca da ampliação do conceito de refugiado. 1.2. Haitianos no Brasil. 1.3. A decisão do Conare sobre haitianos. Conclusão

Resumo: O presente artigo aborda o caráter jurídico da proteção concedida aos grupos de haitianos que migraram para o Brasil após o terremoto de 2010, através de duplo enfoque: a necessidade de proteção jurídica à migração motivada por desastres naturais, tanto no âmbito interno como no das relações internacionais, por meio da releitura dos instrumentos internacionais e da própria política migratória brasileira. Trata-se de um dos maiores movimentos migratórios recebidos pelo Brasil, em razão da falência do Estado do Haiti e da sua consequente incapacidade de prover a dignidade do próprio povo. O Brasil tornou-se um referencial imaginário para grande parte dos haitianos, os quais vieram em busca de novo recomeço; entretanto, a condição de refugiados não lhes foi reconhecida, em que pese estarem presentes os requisitos legais para sua concessão.

Palavras chave: refugiados – direitos humanos – haitianos

Abstract: This article discusses the legal character of the protection granted to groups of Haitians who migrated to Brazil after the 2010 earthquake, through double focus: the need for legal protection of migration motivated by natural disasters, both internally and in international relations, through the retelling of international instruments and own Brazilian migration policy. It is one of the largest migratory movements received by Brazil, due to the State of Haiti's bankruptcy and its consequent inability to provide the dignity of the people themselves. The Brazil became an imaginary reference for most Haitians, who came looking for fresh start; however, the refugee status they were not recognized, despite being present the legal requirements for granting.

Keywords: refugees - human rights – Haitians

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, com início em 2012. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1995) e Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2000). Coordenadora Nacional dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professora da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá

Introdução

No mundo contemporâneo, a questão migratória constitui grave problema para diversos Estados e para as próprias pessoas que participam desses fluxos, as quais acabam privadas de seus direitos mais básicos, seja pela falta de assimilação na comunidade política do Estado receptor, seja por medidas adotadas com o intuito de diminuir o fluxo de imigrantes.

Dentro da temática das migrações, vale registrar a distinção entre imigração e refúgio. A imigração ocorre sempre por vontade própria. Todavia, caso tenha sido motivada por questões alheias à vontade dos indivíduos, originando-se sempre em causas que atingem uma coletividade, será denominada refúgio.² Neste sentido, o refúgio compreende um movimento forçado, tratando-se de instituto diferente da imigração. Esta possui como característica a busca por melhores oportunidades de vida, enquanto no refúgio as pessoas saem involuntariamente de seus países.

Em virtude das atrocidades cometidas após a Segunda Guerra Mundial, na qual o ser humano foi concebido como descartável, emergiu a necessidade da reconstrução do valor dos direitos humanos, como novo referencial ético a permear a ordem jurídica internacional. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, por meio da Carta de São Francisco introduziu a exigência de se estabelecer um diálogo consensual no que concerne à dignidade humana.

Neste cenário, também é imperioso destacar a importância de que se revestiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por ter afirmado a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. A partir da Declaração Universal, foi erigido um sistema ético-axiológico com o propósito de proteção estritamente humano.

Em sintonia com o novo paradigma ético que emergiu após a Segunda Guerra, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 28 de julho de 1951. Este documento regularizou a condição jurídica dos refugiados, estabelecendo seus direitos e deveres. Além disso, constituiu o primeiro documento internacional a definir “refugiado” em caráter universal.

Segundo a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados,³ a expressão “refugiado” se aplica a qualquer pessoa que, em virtude de fundado medo de sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicção política, se encontra fora do país do qual é nacional e está impossibilitada ou, em decorrência desse fundado medo, não deseja se entregar à proteção do país natal.

² BERNER, Vanessa Batista. **Perspectivas Jurídicas da Política Migratória no Brasil**. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb8. Acesso em: 7.09.2014.

³ Nesse sentido, Art.1º da Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados.

Tal definição abrange, portanto, as pessoas ameaçadas de sofrer punições por lutarem pela proteção de seus direitos humanos, não abarcando, entretanto, aquelas que possam ser qualificadas como transgressoras políticas, que não se beneficiam especificamente desta regra de Direito Internacional.

Embora a Convenção de 1951 tenha inaugurado uma fase de construção da proteção jurídica internacional dos refugiados, e apesar de ter definido a expressão “refugiado”, ela não apresenta respostas a alguns problemas atuais que levam indivíduos a fugirem de seus países, como é o caso de violência generalizada e o de catástrofes ambientais.

Ainda que as migrações forçadas tenham sido motivadas por esses eventos, o Direito Internacional ignora as relações entre eventos desta natureza, naturais ou não, e as migrações, uma vez que não são contemplados pelo referido documento, o que deixa os migrantes totalmente desprovidos de qualquer proteção jurídica, e os torna invisíveis aos olhos da sociedade internacional.

Tal é o caso de quase 40 mil haitianos, que migraram forçosamente para o Brasil após o terremoto de 2010. Seguindo a definição jurídica tradicional da Convenção de 1951 e da legislação brasileira, que é consectário do referido instrumento jurídico, os haitianos não são reconhecidos juridicamente como refugiados, ficando assim desprovidos de proteção jurídica institucionalizada. A despeito de o país aceitá-los, a situação de risco e vulnerabilidade deste grupo é altíssima. Paradoxalmente, tais indivíduos são aceitos em território nacional, mas continuam excluídos da sociedade e da comunidade política tanto de seu país de origem como do Brasil.

Por não fazerem parte de uma comunidade organizada, os haitianos encontram-se destituídos de cidadania, condição construída através da convivência em sociedade e do acesso a um espaço público. Apesar da grave situação, observa-se que este tema não tem merecido a relevância que lhe é devido.

A literatura jurídica analítica é escassa e não tem dispensado atenção à presente temática, seja como objeto de construção teórica ou mesmo na prática. Depreende-se daí a necessidade de se proceder a uma investigação da proteção jurídica dos deslocados haitianos, nos seus aspectos internos e externos.

Acredita-se que cada nova abordagem referente à dinâmica das migrações forçadas ampliará mais os parâmetros de compreensão acerca de suas consequências e dos desafios trazidos por tão instigante tema, que reclama mais do que figuras retóricas.

1.1 Em busca da ampliação do conceito de refugiado

Os migrantes involuntários que buscam amparo em outros países encontram-se por si só em situação de vulnerabilidade. Dirigem-se ao desconhecido na busca de inclusão, com uma série de incertezas e de esperanças, submetendo-se a riscos de diversos matizes, a começar pela barreira do idioma e de diferenças históricas, culturais e religiosas. A ausência de definição jurídica e, por conseguinte, da

proteção institucionalizada acaba por gerar categorias de indivíduos que se encontram numa espécie de “limbo jurídico”, desprovidos de direitos, de assistência e de qualquer proteção legal.

Argumenta-se, deste modo, a necessidade de uma releitura dos documentos internacionais de proteção dos refugiados, com vistas ao reconhecimento das pessoas que estão à margem da proteção internacional, como os deslocados internos e os deslocados ambientais, o que se coaduna perfeitamente com o princípio da dignidade humana, fundamento central do ordenamento jurídico contemporâneo.

Hanna Arendt, filósofa alemã de origem judaica, refugiada e que teve a nacionalidade retirada pelo governo nazista, traduziu de modo veemente a exclusão vivenciada pelos refugiados:

Nós perdemos nossa ocupação, o que significa a familiaridade da vida diária. Nós perdemos nossa ocupação, o que significa a confiança que temos de que somos de alguma utilidade neste mundo. Nós perdemos a nossa língua, o que significa à naturalidade de reações, a simplicidade dos gestos, a expressão não afetada dos sentimentos. Nós deixamos nossos parentes nos guetos poloneses e os nossos melhores amigos foram mortos em campos de concentração, e isso significa a ruptura de nossas vidas privadas.⁴

Refletindo ainda sobre o tema, Arendt sustentava ser possível ao homem manter sua humanidade e dignidade, ainda que privado de todos os seus direitos.⁵ Para a filósofa, apenas a perda da comunidade política expulsaria o homem da humanidade, o que ocorre com os refugiados e, em maior escala, com os deslocados internos e ambientais, frente à ausência de normatização internacional.

Na concepção de Arendt, a cidadania é construída na sociedade por meio de acesso ao espaço público. Somente a inserção do indivíduo em uma comunidade política criaria condições de possibilidade para aquisição de cidadania. Desta maneira, observando a construção da filósofa, a cidadania pode ser vista como o direito a ter direitos, sendo certo que, apenas por meio desta, os indivíduos seriam iguais em direitos e em dignidade.

Sob este aspecto, os refugiados não seriam cidadãos, posto que não são reconhecidos pelos Estados, que lhes negam uma série de direitos, como os direitos de nacionalidade e de participação na vida política do Estado que os recebe. Na construção teórica de Arendt, o Estado é o local onde os direitos humanos são exercidos, pelo que a cidadania só poderia ser realizada dentro do Estado. Desta forma, por estarem em um Estado que não os reconhece, os refugiados não

⁴ ARENDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras: 1999, p. 111

⁵ Op. Cit., p. 112

poderiam ser concebidos como cidadãos, o que lhes subtrairia a própria humanidade.

A formulação de Arendt pode ser inequivocamente aplicada aos deslocados internos e ambientais. Se aos refugiados não é permitido participar da comunidade política dos Estados que os recebem, e tampouco daquele de procedência, a situação torna-se ainda mais grave com relação aos deslocados internos e ambientais. Desprovidos de qualquer proteção jurídica interna e externa, tornam-se invisíveis aos olhos dos Estados e da sociedade internacional.

Não há opção de escolha por parte dos deslocados, exceto a mudança inexorável rumo a terras desconhecidas. Em muitas situações, são vítimas de “coiotes”, que os exploram brutalmente. Uma vez recepcionados pelo Estado alienígena, são desprovidos de seus direitos mais básicos, tanto os individuais, como os políticos e sociais, com destaque especial para os direitos trabalhistas. Estes últimos comumente lhes são usurpados, em virtude da altíssima vulnerabilidade econômica e social em que se encontram.⁶

Neste cruel cenário, tais grupos de indivíduos ainda são cunhados de “invasores” por trazerem potenciais “encargos econômicos” ao país, tornando-se vítimas de toda sorte de preconceito por aqueles que não os enxergam como seus semelhantes, o que é corroborado por Silva e Parreiras:⁷

Seriam pessoas indesejáveis e desnecessárias, que além de não terem um lugar fixo no mundo, também não possuem os direitos mais básicos. E ainda que sejam, por um breve período de tempo, necessários, constituem para esses Estados de destino tão somente mais uma fonte maior de encargos. Isso os tornam ainda mais discriminados, constituindo uma minoria quase sempre vista como inútil e perigosa. Parece mesmo que os Estados nunca os acolherão completamente, sempre preferindo que voltem os países de origem, ou sejam reassentados em outro lugar.

Nesse diapasão, defende-se a necessidade de estender a proteção legal aos deslocados, porque se encontram em situação de “limbo jurídico” por estarem totalmente desvalidos de quaisquer normas legais que os amparem. Trata-se de uma condição de altíssimo risco,⁸ o que contribui cada vez mais para excluir sua segurança e o próprio destino, já que dificilmente haverá condições de possibilidade

⁶ **Imigrantes haitianos e africanos são explorados em carvoarias e frigoríficos.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/imigrantes-haitianos-africanos-sao-explorados-em-carvoarias-frigorificos-13633084>. Acesso em: 09/11/2014.

⁷ SILVA, Nadia Teixeira Pires da. PARREIRA, Carolina Genovez. **Desconhecidos e Invisíveis: os refugiados no Mundo das Maravilhas.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c8a58fa97c205ff>. Acesso em: 29.08.2014.

⁸ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco:** vínculos com o futuro. Porto Alegre. SAFE, 1998.

para que desfrutem de um futuro digno e participem da herança social de qualquer país.

Argumenta-se assim a respeito da exigência de qualificá-los como refugiados, definição que doravante será adotada neste trabalho para denominar deslocados internos e deslocados ambientais. Trata-se da necessidade de proceder a uma releitura dos instrumentos jurídicos de proteção dos refugiados, de modo que possam ser contempladas as pessoas que fogem de seus lares por força de novas situações que se apresentam, como os desastres ambientais, ocasionados ou não pelos seres humanos.

Ademais, assimilar os deslocados ambientais aos “refugiados” coaduna-se perfeitamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, do contrário, negar-se-ia aos indivíduos o direito a desfrutar do meio ambiente sadio, que constitui um direito humano de terceira geração.

Diante disso, Antônio Augusto Cançado Trindade aduz a necessidade de prevalência de um critério objetivo de qualificação do refugiado, que se concentre nas necessidades de proteção, em detrimento do critério subjetivo até então utilizado, baseado nas razões motivadoras das migrações forçadas, incapaz de atender a situações que se colocam na atualidade.⁹ Por meio do critério objetivo torna-se possível estender a proteção concedida aos refugiados a pessoas com necessidade similares, como os deslocados internos e os deslocados ambientais.

1.2 Haitianos no Brasil: Em busca da ampliação do conceito de refugiado

A imigração haitiana para o Brasil constitui um caso atípico, visto que suas causas não remontam à ocorrência de conflitos armados ou à perseguição por razões de ordem política, religiosa, étnica, mas à própria falência do Haiti enquanto Estado, que demonstra incapacidade de zelar pela dignidade de seu povo, quadro que se agravou sobremaneira após o terremoto de 2010. A singularidade deste fluxo encontra raízes em questões políticas, sociais, ambientais e econômicas, bem como a relação estabelecida entre o Brasil e o Haiti com a participação brasileira na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH)¹⁰ iniciada em 2004. Dados recentes mostram que a projeção para o final de 2014 é do recebimento de 50 mil imigrantes haitianos.¹¹

No que toca à segurança do Estado, o Haiti é débil porque não há forças de defesa e forças auxiliares organizadas, inexistente infraestrutura, uma vez que os serviços mais básicos, como redes de esgoto, geração de energia, logística, saúde e

⁹ Op. Cit., p.322.

¹⁰ *Mission des Nations Unies pour la Stabilisation en Haïti*.

¹¹ **Brasil terá 50.000 imigrantes haitianos até o final do ano.** Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/05/17/interna_politica,529700/brasil-tera-50-mil-imigrantes-haitianos-ate-o-fim-do-ano.shtml.

educação são prestados de modo extremamente precário,¹² tampouco há instituições públicas fortes, capazes de garantir os direitos fundamentais e a preservação de uma verdadeira democracia, além da degradação ambiental sofrida pela destruição das florestas. Neste aspecto, de acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 30 milhões de árvores foram cortadas a cada ano, nas últimas décadas, o que trouxe como consequência a infertilidade do solo e a desertificação, o que acaba por prejudicar a agricultura no país.¹³

O Haiti tem o pior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) segundo dados da ONU: 0,404. Estes dados revelam a complexa realidade em que o país se encontra: 70% da população está desempregada e vive em situação de extrema pobreza, com menos de US\$ 2 por dia.¹⁴ Ainda pelas estimativas da ONU, os serviços de saneamento ambiental são destinados a menos da metade das residências; 60% dos habitantes são subnutridos; e 80% vivem abaixo da linha de pobreza; 40% do Produto Interno Bruto é resultado da ajuda de outros países; já que a economia foi totalmente prejudicada após o terremoto, cerca de 51% da população é analfabeta. Além disso, a expectativa de vida é baixa, variando em torno de 60 anos, e a taxa de mortalidade infantil é de 62 para cada mil nascidos vivos.

Outra característica que justifica a singularidade do movimento migratório em análise é o fato de o Brasil e o Haiti estarem ligados pela repercussão de ações internas no plano internacional, cujo marco foi a importante Operação no Haiti criada pela Resolução 1.542/04, do Conselho de Segurança, na qual o Estado brasileiro assumiu o controle da força de paz, o que rompeu com o paradigma de atuação do Brasil em suas relações internacionais. A operação merece destaque, pois, considerando a situação do país afetado, a intervenção humanitária da MINUSTAH, apesar de ter sua legitimidade criticada no início, foi extremamente relevante e contribuiu para o desenvolvimento da interdependência entre o Brasil e Haiti. Além disso, acabou por estreitar as relações econômicas e sociais, como doravante será destacado, visando ao desenvolvimento daquele país.

Pela perspectiva de Brian Concannon, diretor do Instituto para a Justiça e Democracia do Haiti (IJDH), a MINUSTAH contribuiu para alguma estabilização, mas perdeu a oportunidade de firmar o Estado de Direito no Haiti, refundando-o.¹⁵ Por sua vez, Ricardo Seitenfus julga que a atuação das forças de paz pode ser dividida entre antes e após o terremoto, uma vez que, na primeira fase, foi possível à

¹² Dados disponíveis em: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=4006>. Acesso em: 13/09/2014.

¹³ ALVES, José Diniz Eustáquio. **A população do Haiti em 2100. Laboratório de Demografia e estudos Populacionais da UFJF**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ladem/2012/10/26/a-populacao-do-haiti-em-2100-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 06/09/2015.

¹⁴ Relatório de 2010 da UNCTAD demonstra que o Haiti é o país mais pobre da América e está entre os quarenta e nove mais pobres do mundo.

¹⁵ "Missão turbulenta no Haiti". **Jornal O Globo**, edição de 4.5.2014.

operação organizar as eleições, tendo-se em mente que o próprio contexto econômico colaborou para tanto, uma vez que se tratava de uma época de recuperação.

No Brasil, ao longo dos últimos quatro anos, o processo imigratório de haitianos alcançou magnitude comparável à imigração de italianos e japoneses,¹⁶ considerados até então os maiores fluxos migratórios recebidos pelo país.

O país mais pobre das Américas e o quadragésimo-nono país mais pobre do mundo¹⁷ é marcado pela pobreza extrema e pela desigualdade política desde a sua independência, em 1804, quando se tornou a primeira república negra do mundo. Após sua independência, passou por golpes de Estado e por ditaduras, como a de François Duvalier, o Papa Doc, apoiado pelos Estados Unidos da América, e a de seu filho Jean Claude Duvalier, o Baby Doc, cujo governo foi marcado pela violência e por perseguições contra oponentes políticos e a Igreja Católica.

Entretanto, no ano de 1990 foram realizadas eleições presidenciais e Jean Bertrand Aristide, ex-padre, adepto da Teologia da Libertação, assumiu o poder, porém, em 1991, houve novo golpe de Estado, originando-se daí uma ditadura militar. Aristide retornou à presidência em 1994, com o apoio de forças militares norte-americanas, apoiadas pela ONU e pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em 2000, Aristide se elegeu novamente, dessa vez em cenário de pouca legitimidade, em razão do percentual de 90% de abstenção às urnas, face ao descontentamento da população com os altos índices de miserabilidade e por supostas fraudes legislativas ocorridas naquele ano. A animosidade da população em relação a esse governo foi aumentando e, em 2004, frente a um cenário de extrema desigualdade social e violência, uma grande revolta espalhou-se pelo país, momento em que, com apoio da França, forças militares norte-americanas retiraram o governante do Haiti.

Com a suposta renúncia de Aristide, o presidente da Suprema Corte haitiana, Bonifácio Alexandre, solicitou a cooperação da ONU para controlar o quadro de instabilidade política, econômica e social crescentes, momento em que o Conselho de Segurança da ONU aprovou a Resolução 1.542, que criou a MINUSTAH, comandada pelo Brasil, momento que deu início à aproximação deste país com o Haiti.

Após passar por três furacões, que contribuíram para o agravamento da já delicada situação socioeconômica, o Haiti sofreu, em 12 de janeiro de 2010, um gravíssimo terremoto, de consequências indizíveis. Cerca de 80% das construções

¹⁶ MORAES, Isaías, ANDRADE, Carlos Alberto de Alencar, MATTOS, Beatriz Rodrigues. A imigração haitiana para o Brasil: causas e efeitos. **Revista Conjuntura Austral**, v.4, n.20, out/nov 2013, p. 95.

¹⁷ Relatório de 2010 da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) demonstra que o Haiti é o país mais pobre da América e está entre os quarenta e nove mais pobres do mundo

foram destruídas, aproximadamente 230 mil haitianos foram mortos e mais de um milhão perderam seus lares.¹⁸

Essa catástrofe dificultou a já penosa condição do país, que ainda se encontra em situação gravíssima. A reconstrução mostra-se extremamente lenta, ao passo que o sistema político se encontra desmantelado, assim como a economia; tudo isso acompanhado das condições indignas em que a população vive: pessoas desnutridas, sem acesso aos serviços mais básicos, entregues à AIDS e demais epidemias.

A intervenção humanitária iniciada em 2004 sob a liderança do Brasil, aliada ao quadro de desesperança e frustração da população foram causas que motivaram a diáspora haitiana para o território brasileiro em 2010, processo dramático que não tem merecido a devida importância seja pela sociedade, em virtude do preconceito, seja pelo próprio Estado, que a despeito de tradicionalmente acolher imigrantes, não desenvolve medidas efetivas de inclusão e aceitação dos estrangeiros na sociedade.

Neste passo, é importante registrar que o processo de inclusão não compreende somente a transferência de comunidade política, mas a efetiva absorção desses estrangeiros na sociedade brasileira por meio de novas políticas migratórias, que permitam aos estrangeiros desempenharem atividades políticas, sociais e culturais, de modo a torná-los visíveis ao sistema político e jurídico do país, o que não tem sido verificado, em especial com os haitianos, que, infelizmente, não têm sido aceitos como semelhantes e iguais.

Esse movimento, que foi iniciado em 2010, adquiriu maior proporção a partir de 2011. Após sofrerem uma série de agruras para chegar ao Brasil, incluindo a exploração por parte de "coiotes", muitos haitianos ingressaram no território brasileiro pelas fronteiras do Acre e do Amazonas, e requereram refúgio à Polícia Federal.

Apesar de solicitarem o reconhecimento da condição de refugiados à Polícia Federal, milhares de haitianos tiveram seus pedidos negados, por não serem considerados como tais pela legislação brasileira, a qual, assim como a Convenção de 1951, não conhece desastres ambientais como causas que ensejam o reconhecimento do status solicitado. Estes pedidos foram encaminhados então ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que emitiu vistos de residência permanente por razões humanitárias, totalizando cerca de sete mil vistos dessa natureza.¹⁹

O paliativo acabou por acarretar aos novos residentes uma situação de extrema gravidade, por serem denominados como deslocados ambientais, o que

¹⁸ MORAES, Isaías, ANDRADE, Carlos Alberto de Alencar, MATTOS, Beatriz Rodrigues. A imigração haitiana para o Brasil: causas e efeitos. **Revista Conjuntura Austral**, v.4, n.20, out/nov 2013, p. 99.

¹⁹ Dados sobre refúgio no Brasil. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 12/11/2014.

lhes retira a possibilidade de inclusão e de real assimilação no Brasil. Na falta do reconhecimento e de proteção jurídica, esses indivíduos permanecem subjugados ao assistencialismo do Estado, o que é constatado pela concessão do visto humanitário, que sequer existe na legislação.

Diante do exposto, argumenta-se que os grupos de haitianos recebidos pelo Brasil após a catástrofe devem ser tratados como refugiados. A própria situação de total exclusão social e de desesperança no Haiti são fatores suficientes para reconhecê-los como refugiados, o que se fundamenta na violação de direitos humanos, fator que consta na legislação nacional no tocante ao reconhecimento jurídico do refúgio.

1.3 Decisão do CONARE sobre os haitianos

A lei 9.474/97 constitui o primeiro diploma normativo a implementar um tratado internacional de direitos humanos no Brasil, razão pela qual solidifica a postura assumida pelo país na proteção aos refugiados, processo que teve início na ratificação da Convenção de 1951. A implementação da Convenção nos Estados-contratantes, conforme previsto no Protocolo de 67, dá-se por meio de normas internas (leis, regulamentos e decretos) e refere-se notadamente ao estabelecimento de critérios de elegibilidade e à elaboração de políticas públicas destinadas à integração de refugiados.

Em julho de 1997, a lei foi promulgada e publicada, representando um marco na proteção dos refugiados no Brasil. Sua principal característica é a ampliação da definição de refugiado prevista na Convenção de 1951, dando um passo além em direção à maior proteção. Imbuída do "espírito da Declaração de Cartagena de 1984", a lei exterioriza a necessidade de proteger-se também as pessoas vítimas de graves e generalizadas violações de direitos humanos, além das causas clássicas mencionadas na Convenção de 1951 que levam à solicitação de refúgio. Neste contexto, durante a apreciação do pedido individual de refúgio, confere-se maior importância à análise da conjuntura política e institucional do país, que levou à solicitação.

Apesar de muitos países do continente terem implementado a convenção através de normativas internas, constata-se que, em termos comparativos, a lei brasileira avançou ao prever garantias bem mais generosas de proteção ampla aos refugiados, tais como o estabelecimento de regras para o ingresso em território nacional, o estabelecimento de procedimento para determinação da condição de refugiado, bem como os direitos e obrigações dos refugiados, incluindo ainda em seu bojo a busca de soluções duradouras. Isso denota a posição de vanguarda do Brasil, sob uma perspectiva comparada no âmbito da América Latina, no tocante à proteção legal dos refugiados.

Além de constituir um país que ocupa posição de destaque em termos geopolíticos na região, o Brasil apresenta a legislação mais avançada nessa

temática, podendo servir de modelo aos demais países para a proteção de refugiados.

Ademais de estabelecer a definição ampliada de refugiado, o art. 2º também prevê a extensão dessa condição aos familiares do solicitante: "Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional".

Este dispositivo colaciona o princípio da unidade familiar, em consonância à recomendação da Ata Final da Conferência que adotou a Convenção de 1951, apesar de esta não o ter positivado. Tal como o Brasil, no que toca aos países sul-americanos, a Argentina, Bolívia Chile, Venezuela, Colômbia, Equador, Paraguai, Uruguai e Peru o inseriram em suas legislações internas sobre refúgio.²⁰

Outro aspecto de destaque da lei foi a criação do Conselho Nacional para Refugiados (CONARE), órgão administrativo competente para a determinação da condição de refugiado e da implementação de políticas públicas destinadas à integração, constituído como órgão colegiado do Poder Executivo vinculado ao Ministério da Justiça. Segundo o art. 84, VII da Constituição, cabe ao Poder Executivo a condução das relações externas brasileiras, incluindo-se aí todos os atos referentes à política imigratória, tais como autorização de ingresso, vistos, naturalização e concessão de refúgio, este último atribuído ao CONARE.

Em que pese a Lei 9.474/97 ser considerada avançada e alcançar posição de vanguarda no tocante à extensão da definição de refugiados na América do Sul, o CONARE não aceitou a invocação do art. 1º, III da lei como fundamento para concessão do status de refugiados aos imigrantes haitianos, que vieram para o Brasil após o terremoto de 2010, o que não se coaduna com a sua posição de comprometimento com o respeito aos direitos humanos e à sua própria política externa, a exemplo da MINUSTAH, presente no Haiti desde 2004 na posição de líder.

Todavia, o CONARE indeferiu os pedidos de refúgio baseados no aludido dispositivo da Lei 9.474/97, destacando que "para ser reconhecido como refugiado, o solicitante deve apresentar um fundado temor de perseguição causado pelo seu Estado de origem em função de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas". Pode, ademais, ser reconhecido por ser nacional de um Estado que experimenta uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. Aliás, "todos os casos resolvidos pelo CONARE materializam, em maior ou menor grau, a importância crucial da perseguição materializada e/ou o fundado

²⁰ O Direito Internacional dos Refugiados, p. 102.

temor de perseguição consubstanciado por parte do solicitante para a concessão do refúgio face à Lei 9.474/97".²¹

O não reconhecimento pelo CONARE do status de refugiados aos haitianos foi grave e revelou um retrocesso do Brasil com relação à causa dos refugiados. Não reconhecer a migração dos haitianos como forçada é negar a recuperação da dignidade deste grupo, que tem passado por situações adversas desde sua terra natal, o que atingiu proporções sem precedentes após o terremoto, culminando na trágica diáspora rumo ao território nacional.

Diante da recusa em reconhecer a materialidade do art. 1º, III da lei, ao caso dos haitianos, o CONARE transferiu a competência para tratar do assunto ao Conselho Nacional de Imigração (CNIq), instituído pela Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980 e organizado pela Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003.

Em resposta, o CNIq estabeleceu, mediante a Resolução n. 97/2012, de dezembro de 2006, o visto de residência por questões humanitárias, o qual fora acatado pelo CONARE em março de 2007, por meio da Resolução nº13. Esta Resolução propõe que o CONARE encaminhe ao CNIq casos que não preencham os requisitos de elegibilidade previstos na Lei 9.474/97, mas que, devido a questões humanitárias, o CONARE entenda como adequada a concessão de autorização de permanência legal no Brasil:

Art. 1º O pedido de refúgio que possa não atender aos requisitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, poderá, a critério do CONARE, ser sobrestado para que possa a permanência do estrangeiro no País ser apreciada pelo Conselho Nacional de Imigração, com base na Resolução Normativa CNIq nº 27, de 25 de novembro de 1998, que dispõe sobre situações especiais e casos omissos.

Diante da aplicação retrógrada da Lei 9.474/97 pelo CONARE, em 2012, o Conselho Nacional de Imigração concedeu o visto humanitário aos haitianos por meio da Resolução 97, que permite a permanência em território nacional, desde que observado o prazo de até cinco anos, desde sua emissão, para comprovar a situação de emprego e residência no Brasil. Cabe destacar ainda que a Resolução 97 estabeleceu o limite de 1.200 vistos humanitários por ano, correspondendo a uma média de cem concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de visto previstas nas disposições legais do País, por meio da embaixada em Porto Príncipe. Contudo, esta medida não teve o condão de impedir a continuidade do movimento

²¹ CONECTAS (2012). **Carta do CONARE.** Disponível em: <http://www.conectas.org/institucional/conectas-questiona-governo-sobre-medidasmigratorias-para-haitianos>. Acesso em: 09/11/2012.

migratório, já que a quantidade de haitianos triplicou em 2013, levando o Governo do Acre a decretar estado de emergência social.²²

A interpretação conservadora do CONARE não permitiu reconhecer aos haitianos o status de refugiados, contrariando o art. 1º, III que trouxe a definição ampliada de refugiados, uma das grandes inovações trazidas pela Lei 9.474/97.

Neste ponto, há duas observações a serem registradas. Primeiramente, é paradoxal não reconhecer o instituto do refúgio com fundamento em violações de direitos humanos a nacionais de um país que se encontra oficialmente sob intervenção humanitária da ONU, com o argumento de segurança humana, com missão de paz comandada pelo Brasil. Em seguida, na concepção do CONARE, o inciso III é dependente do requisito de fundado temor de perseguição, o que não se caracteriza no caso dos haitianos que migraram para o país a partir de 2010.

Conforme salientado, a lei foi imbuída do “espírito de Cartagena”, ao se espelhar na Declaração de 1984, que não prevê a necessidade do fundado temor para caracterização da situação de refúgio por violações de direitos humanos. Trata-se assim de um entendimento equivocado, posto que não há base legal para a exigência deste requisito. Mais que isso, a utilização de um conceito obsoleto para qualificar refugiados viola a Lei 9.474/97 e compromete sua própria efetividade.

A despeito de a lei ter estabelecido critérios para a concessão do refúgio, observa-se que, na prática, o Estado possui discricionariedade para apreciar o pedido. Em outras palavras, a solicitação de refúgio constitui direito subjetivo do estrangeiro; contudo, o deferimento do pedido acaba sendo realizado pelo Estado de acordo com sua conveniência e oportunidade de interesse público, constituindo destarte mera expectativa de direito.

Neste caso, evidencia-se a prevalência da soberania estatal em detrimento da proteção de indivíduos que têm a sua dignidade violada. Aqui, os critérios de conveniência/oportunidade de um suposto interesse público acabam por se revelar bastante porosos, tomando-se em conta outros aspectos que não se relacionam com as causas abstratamente previstas na lei, conforme Abdelmalek Sayad aduz “um imigrante não é apenas o indivíduo que é; ele é também, através de sua pessoa e pelo modo como foi produzido como imigrante, o seu país”,²³ o que acaba por repercutir negativamente no caso do Haiti, em virtude de sua vulnerabilidade, considerada aí em todos os aspectos.

Muito embora, na prática, a concessão de refúgio seja efetivada com fundamento político, portanto de modo discricionário, defende-se a necessidade de concessão, desde que presentes os requisitos legais. Nesse passo cabe referenciar o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cesar Peluso, na Extradução 1085 –

²² **Acre decreta Situação de Emergência Social motivado por rota internacional de imigração.** Disponível em: <http://www.agencia.ac.gov.br/noticias/acre/acre-decreta-situacao-de-emergencia-social-motivado-por-rota-internacional-de-imigracao>.

²³ SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou Os Paradoxos da Alteridade.** São Paulo: EDUSP, 1998, p. 241.

Caso Cesare Battisti – “o reconhecimento da condição de refúgio constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência e oportunidade, não pode sê-lo sem grosseiro abuso ou carência do poder jurídico.”

Fora das condições de refúgio, os estrangeiros são regidos pela Lei 6.815/80, elaborada durante o período autoritário, que visa a restringir o ingresso de imigrantes. O fato é que a permanência do estrangeiro, bem como a possibilidade de naturalização, está condicionada à discricionariedade estatal. Importante destacar que não há obrigação no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco no sistema internacional de concessão do visto de permanência por questões humanitárias, posto que esta decisão depende da vontade do Estado receptor.

Conclusão

É imperioso ressaltar que estender o conceito ‘refugiado’ de modo a abarcar pessoas com necessidades similares ou, até mesmo, maiores de proteção é apenas o próximo passo para devolver-lhes sua humanidade, conforme a construção harendtiana. O processo de inclusão e de aceitação não pode ser paradoxal, de modo a deixar migrantes à margem da sociedade, não lhes reconhecendo direitos.

No entanto, não basta reconhecê-los juridicamente. É imprescindível que os Estados busquem soluções de cunho social por meio de políticas públicas de inclusão e de cunho político-jurídico, garantindo-lhes direitos fundamentais e vinculação à comunidade política no Estado que os recebe. A reestruturação jurídica deve vir acompanhada inevitavelmente de mudança na política migratória, a despeito de novos riscos que possam vir a surgir.

Nesse passo, torna-se necessária uma contínua repolitização dos riscos e, como se sabe, para a política é arriscada tanto a situação em que se decide, como a situação em que não se decide. Trata-se aqui de um processo de contínua construção.

A postura do Brasil diante dos migrantes haitianos evidencia grave lacuna legal e representa uma visão ortodoxa sobre deslocamentos forçados, ignorando-se os valores constitucionais que permeiam o instituto do refúgio. Pensar qualquer instituto à luz da realidade atual é condição para que haja adequada aplicação da norma. Necessário, pois, se faz atribuir sentidos ao texto da norma que permitam aplicá-la de maneira coerente, em respeito às condições presentes.

No caso do ingresso dos haitianos em território brasileiro, o não reconhecimento da condição de refugiado acaba por fragilizar o próprio instituto do refúgio no Brasil, que se torna refém de decisões administrativas incoerentes, além de constituir violação à lei que incorporou instrumentos jurídicos internacionais.

Decisões como esta impactam diretamente a vida de seres humanos, que novamente têm a dignidade violada, e traduz o amadorismo das instituições públicas no que toca ao desenvolvimento responsável de políticas de imigração.

Referências bibliográficas

- ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). **"Deslocados Internos"**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/Fugindo>>. Acesso em: 02/11/2014.
- ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). **"O Brasil é um país de asilo e exemplo de comportamento generoso e solidário"**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>>. Acesso em: 17/08/2014.
- ALLAND, Denis; TEITGEN-COLLY, Catherine. **Traité du droit de l'asile**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- ALVES, José Diniz Eustáquio. **A população do Haiti em 2100**. Laboratório de Demografia e estudos Populacionais da UFJF. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/ladem/2012/10/26/a-populacao-do-haiti-em-2100-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 06/09/2015.
- ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ARAUJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BBC (British Broadcasting Corporation). **ONU: número de refugiados é maior desde a segunda guerra mundial**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/06/140619_refugiados_entrevista_hb.shtml>. Atualizado em 20 de junho de 2014.
- BERNER, Vanessa Batista. **Perspectivas Jurídicas da Política Migratória no Brasil**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb8>. Acesso em: 07/09/2014.
- CAVARZERE, Thelma Thaís. **Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Francis. **Refugee protection international law** – UNCHR's consultations on international protection. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003.
- GALEANO, Eduardo. **O Haiti e a maldição branca**. Disponível em: <<http://www.irdeb.ba.gov.br/evolucaohiphop/?p=1356>>.

- GIBNEY, Matthew. The State of Asylum: democratization, judicialization and evolution in refugee policy in Europe. New Issues in Refugee Research. **Working Paper nº 50**. Refugee Studies Centre: Oxford. Outubro, 2001, p.54.
- ISLAM, Muinul. Natural Calamities and Environmental Refugees in Bangladesh. **Refuge**, v.12, n.1 junho 1992. Disponível em: <<https://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/viewFile/17278/16078>>. Acesso em: 23/07/2008.
- JESUS, Tiago Schneider de. **Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais**. Reconhecimento, proteção e solidariedade. 2009. Dissertação. Faculdade de Direito Universidade Caxias do Sul, 2009.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- KHAN, Sadruddin Aga. Legal problems relating to refugees and displaced persons. In: **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye**. Leyde, 149 (I), 1976.
- MAAKAROUN, Berta, LEONARDO, Augusto. **Brasil terá 50.000 imigrantes haitianos até o final do ano**. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2014/05/17/interna_politica,529700/brasil-tera-50-mil-imigrantes-haitianos-ate-o-fim-do-ano.shtml>.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a, v.1.
- _____. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, v.2
- MILESI, Rosita. **Refugiados: realidade e perspectivas**. Brasília: CESEM/IMDH. Edições Loyola, 2005.
- MONTES D'OCA, Fernando Rodrigues. Política, Direito e Relações em Francisco de Vitoria. **Revista Opinião Filosófica** (Porto Alegre), v.03, n.01, 2012.
- MORAES, Isaías; ANDRADE, Carlos Alberto de Alencar; MATTOS, Beatriz Rodrigues. A imigração haitiana para o Brasil: causas e efeitos. **Revista Conjuntura Austral**, v.4, n.20, out/nov 2013.
- Pacheco Pacífico, Andrea Maria Calazans. Os migrantes nas relações de trabalho no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6642>.
- ROTBURG, Robert. Failed States, collapsed states, weak states: causes and indicators. In: Rotberg, Robert. **When States fail**. Princeton University Press, 2004.
- SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou Os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998.

- SILVA, Nadia Teixeira Pires da. PARREIRA, Carolina Genovez. **Desconhecidos e Invisíveis**: os refugiados no Mundo das Maravilhas. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c8a58fa97c205ff>>. Acesso em: 29.08.2014.
- SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre o seu estudo. In: Singer, Paul. **Economia Política e Urbanização**. Cap. 2. São Paulo, Ed. Braziliense, 1973.

CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE MINORÍAS: UNA VISIÓN GLOBAL

General issues of the Minorities' Law: an overview

GABRIEL MARTÍN RODRÍGUEZ
Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. Evolución y enfoque – II. Derechos humanos y Grupos vulnerables – III. Los derechos humanos de las minorías étnicas y el concepto de minoría – IV. Los derechos humanos, en cuestión – V. Declaración de Naciones Unidas de 1992 – VI. Aseguramiento de los Derechos Humanos de las minorías étnicas por parte de los gobiernos – VII. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo aborda la problemática en relación a diversas casuísticas sobre el germen de la creación del derecho internacional humanitario y el derecho de minorías. En este sentido, tiene un objetivo marcado desde un doble enfoque institucional y desde la perspectiva de los individuos: definir con claridad los principios y cuestiones clave, así como la situación actual, de las minorías en el orden internacional.

Palabras clave: minoría, convenio, derechos humanos, etnia, cultura, vulnerable.

Abstract: This present article approaches the problems in relation to some sort of the origins and the creation of international humanitarian law and minorities law. Moreover, this article has a clear target from a double grasp, the first of this is the institutional one and the second is the perspective of individuals: to define straightly the principles and vital issues, among with its current situation of the minorities in the international order.

Keywords: minorities, convention, human rights, ethnicity, culture, vulnerable.

I. Evolución y enfoque

En este breve trabajo de investigación, vamos a exponer, en primer lugar, la evolución del Derecho Internacional humanitario desde la perspectiva de la vulnerabilidad.

En realidad, llegando un poco a lo que sería la conclusión, podríamos decir que desde el primer momento el Derecho Internacional humanitario tiene como función básica la protección de las personas y grupos vulnerables en el contexto de los conflictos.

Así, por ejemplo, el primer instrumento internacional de Derecho Internacional Humanitario (D.I.H.) es un Convenio de Ginebra de 1864, titulado '*Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña*'. Por tanto, todo un sector del DIH va dirigido desde este primer instrumento a la '*protección de heridos, enfermos y náufragos*' ⁽¹⁾. Fundamentalmente, los Convenios donde se va a desarrollar el régimen de protección son los Convenios de la Haya de 1899 y de 1907, otro Convenio de 1929, los Convenios de Ginebra de 1949 y, también, muy importantes, los protocolos de Ginebra de 1977.

Todo este *corpus Iuris* de La Haya y Ginebra tiene diferentes sectores de análisis:

- 1- La limitación de medios de combate: son normas jurídicas que tienden a limitar el uso de determinado tipo de armamento (en el s. XIX, por ejemplo, se prohibieron las balas '*dum dum*'). Muy importante fue el protocolo de 1925 que prohibía el armamento químico, actuación llevada a cabo como consecuencia de lo vivido durante la I Guerra Mundial (en referencia al uso del gas mostaza de forma muy agresiva).
- 2- Otras normas, por ejemplo las contenidas en los Convenios de la Haya de 1829, prohibían el lanzamiento de proyectiles desde globos (en la actualidad no tendría sentido). En otra Declaración de la Haya de 1899 prohibía los gases asfixiantes, en otra los proyectiles explosivos, en otros las minas automáticas de contacto que no estuvieran vigiladas (minas submarinas). Existió una controversia entre el Reino Unido y Albania en 1949 residenciada en el Tribunal Internacional de Justicia, porque un buque británico pasando por aguas albanas chocó contra una mina y dio lugar a un pleito a consecuencia de que Albania no estaba vigilando sus minas. Si se mina un trozo del mar, debe ser para un momento de guerra, pero esas minas deben ser vigiladas y deben estar debidamente señalizadas para evitar el tránsito de buques de terceros Estados ejerciendo su derecho de libre navegación.
- 3- De modo más reciente, hay limitaciones de los medios de combate mucho más claras. El convenio de 1972 de armas bacteriológicas, el convenio de 1980 de armas convencionales, convenio de 1993 de armas químicas, Convenio de 1997 de minas antipersonales y otros Convenios, por ejemplo, en materia nuclear... Todo ello supone un desarrollo de normas que tienden a limitar medios de combate especialmente crueles (aunque todos sean crueles, algunos son especialmente nocivos).

Otro punto importante tiene que ver con ello: el sector que tiende a proteger a personas (y también a bienes culturales, de culto, hospitales), pero sobre lo referido a personas y grupos vulnerables:

¹ Expresión tradic. del DIH.

Dentro de esta última cuestión sobre la cultura y los bienes culturales, sería muy clarificadora la opinión de TURTON ⁽²⁾ ya que señala que existen comunidades bien diferenciadas cultural y étnicamente, que están dispersadas en el espacio pero concentradas en determinadas áreas urbanas deprimidas. Estas áreas han surgido de los movimientos de emigrantes por motivos económicos, refugiados y solicitantes de asilo que tuvieron lugar tras la II Guerra Mundial y que representan un desafío a los conceptos tradicionales de "construcción de una nación" a través de la homogeneización cada vez mayor de una población variada, desde el punto de vista cultural. Dichas "**minorías inmigrantes**" adoptan formas diferentes dependiendo de las circunstancias históricas, políticas y económicas que llevaron a su creación.

¿Cuáles son las personas y grupos vulnerables en el contexto/dentro de un conflicto armado? Todas. Pero podemos señalar que, cuando hay un conflicto armado internacional se puede distinguir entre los beligerantes (los que están luchando en el conflicto o las fuerzas combatientes: regulares, guerrilleros), y luego están los que no son combatientes. Hay una distinción: el que combate es un objetivo militar pero el que no combate, no lo es.

Como ya ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la restricción al ejercicio del poder estatal*" ⁽³⁾ y, por tanto, de la fuerza bélica. Efectivamente, el poder no puede lícitamente ejercerse de cualquier manera. Debe primar el principio de proporcionalidad, concretamente, ejerciendo el poder siempre a favor de los derechos de las personas y no contra ellos.

Por tanto, es menos legítimo que sufra el que no combate que el que combate. Es decir, el derecho humanitario va a tender a dos cosas: por un lado a humanizar la guerra entre los combatientes – es decir, no vale todo en una guerra-, hay unos usos y costumbres de la guerra que han llevado a proscribir determinadas prácticas especialmente crueles entre los combatientes. Por ejemplo, no se puede matar a una persona que se ha rendido. ¿Por qué no? Porque es un uso humanitario. Cuando uno se rinde se le puede hacer prisionero, porque ya no combate. Se les debe tratar con humanidad (proporcionar ropa, vestido) y hay que proteger a los heridos. Estas salvedades y condiciones especiales deben darse sobre los que combaten, son reglas de humanización de la guerra dirigida a los combatientes.

Pero además hay otro conjunto de normas dirigidas a los grupos vulnerables que no combaten (por ej. periodistas, mujeres, niños). Son personas que no son objetivos militares, sino civiles, ajenos a esa lucha. Veamos brevemente unas y otras reglas:

² TURTON, D., "*Identidades culturales y minorías étnicas en Europa*". HumanitarianNet. Oxford University. Bilbao, 2001. Pág. 9 y ss.

³ Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A nº 6, 22).

- I. Sobre el Derecho de la Haya (Convenios de 1899 y 1907) y Derecho de Ginebra (1949 y 1977) existe una diferencia esencial: el derecho de la Haya se hace antes de que exista el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y el de Ginebra se hace en un momento en el que se desarrolla el Derecho Internacional de los DD.HH.

Y, por otro lado, el Derecho de la Haya se hace en un momento en el que mundialmente las guerras enfrentaban a Estados (véanse las dos Guerras Mundiales, Guerras del siglo XIX... eran guerras clásicas, donde los ejércitos eran de un país contra otro). El Derecho de la Haya responde a ese mundo de guerras interestatales. El D. de la Haya lo primero que señala es que se aplica a los beligerantes, era un Derecho que se dirigía a aquellas partes – Estados, y se aplicaba, por tanto, esas normas jurídicas a los miembros de las fuerzas armadas, porque eran beligerantes y tenían ese estatus jurídico.

Para que en una guerra civil se aplicaran esas normas se tenía que declarar la situación de beligerancia. Era un Derecho hecho a la medida de un sistema de guerras entre estados. Ese Derecho, en la actualidad, se ha quedado caduco. Hoy en día la mayor parte de las guerras no son guerras entre Estados. El 80 % - 90 % de los conflictos no son conflictos entre Estados, con lo cual, eso ha hecho que aquel Derecho que se había creado para conflictos entre Estados sea muy difícil aplicarlo hoy. Eso lo vimos en la Guerra Civil Española (1936-39) o cuando se produce la II Guerra Mundial donde nos vamos a dar cuenta de la inadaptación del Derecho Internacional tanto a la Guerra Civil como a la II Guerra Mundial.

Vamos a señalar algunos ejemplos: El Holocausto, que no estaba regulado en el Derecho de la Haya. El asesinato de un grupo de población vulnerable por pertenencia a una lengua, religión, nación o cultura, no se regula hasta el Convenio de 1949 de Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio. Por tanto, en la II Guerra Mundial, que es cuando sucede la '*solución final*', el caso del Holocausto, no estaba contemplado en el Derecho.

Por ello, se dice que cuando en Nürnberg se condena a los jerarcas nazis por genocidio, se vulneraba el principio de legalidad y de no retroactividad y es verdad, dado que supuso la aplicación de un tipo penal creado en 1945, por el Estatuto de Londres, que creaba el Tribunal de Nürnberg, para una situación anterior.

¿Esa vulneración era justificable y legítima? Se habían producido grandes atrocidades que hacían que el poder en esos momentos estuviera por encima del Derecho. Pero ello, también demostraba las grandes deficiencias que tenía el Derecho en ese tiempo, en relación con el genocidio y otros crímenes.

El régimen de Derecho de La Haya regulaba cosas muy concretas como era el trato a los prisioneros, el trato a los heridos, enfermos y náufragos. El régimen de los hospitales militares o de las inmunidades de esos enfermos. Había esos sectores: enfermos – hospitales, donde se ponía una cruz roja para que tuvieran inmunidad y

prisioneros (el régimen de un campo de prisioneros de guerra). Eso estaba muy regulado, enormemente regulado, aunque regulado con un espíritu militar.

Como anécdota, podemos señalar que hay películas de la II Guerra Mundial que lo aplica: por ejemplo, cuando los japoneses metían a los ingleses en los campos y como nombraban un delegado, etc. Pero eso no se aplica a prisioneros civiles o detenidos políticos, holocausto, desplazamiento de población civil, para bombardeos de ciudades, para ninguna de esas situaciones había norma alguna. Es decir, el Derecho de la Haya regulaba lo que regulaba pero había muchas cosas que no regulaba. Primeramente estaba preparado para guerras entre Estados pero, además, había muchas cosas no reguladas.

Había que llegar al Derecho de Ginebra para suplir y superar esas lagunas. Por ejemplo, lagunas que se pueden observar en la Guerra Civil Española (1936 – 1939) que se produce por un golpe de Estado del General Franco y otros militares y, al no triunfar el golpe pero tampoco fracasar (es decir ni triunfa completamente ni fracasa completamente y, por ello, se produce la Guerra Civil que gana en medio país), España se divide en dos bandos: un bando nacional que apoya el golpe y otra zona que es el Gobierno de la República, y esta situación de Guerra Civil se prolonga durante tres años. Y cada uno de los bandos tiene unos u otros apoyos a nivel europeo. Como muchos historiadores han señalado, fue una 'Guerra Mundial en miniatura'.

¿Qué derecho Internacional se aplicaba? No se aplicaba el Derecho de la Haya porque era una Guerra Civil (igual sucedió en la guerra civil rusa). ¿Por qué? Porque se consideraba algo interno y porque el Derecho de la Haya no estaba preparado para ese tipo de conflictos. Es cierto que tras la Guerra Civil se comenzó a plantear el '*principio de extensión*' del Derecho Internacional Humanitario a las guerras internas civiles. Es decir, se comienza a plantear si se debe aplicar a las guerras civiles el mismo sistema de derecho que se aplica a las guerras entre Estados, un principio lógico en todo caso. Pero esto plantea algunas lagunas jurídicas.

En España se produjo mucha represión (también civil) de los dos bandos, asesinatos políticos, de población no combatiente, bombardeos aéreos de ciudades, algunos de ellos de los primeros grandes bombardeos (Guernica o Barcelona), porque la Legión Cóndor y las fuerzas aéreas alemanas utilizan España para realizar pruebas pre-bélicas de cara a la II Guerra Mundial. Por tanto, había serias deficiencias.

La cuestión sobre los detenidos políticos tampoco estaba regulada porque no existía un Derecho Internacional Humanitario. Todo ello dio lugar a que en el año 1949 (tras la II Guerra Mundial), y tras observar el terrible resultado de la Guerra Civil española, la Cruz Roja Internacional llevó a cabo una interesante iniciativa ⁽⁴⁾. El objetivo de ésta fue establecer la protección de la población civil y no sólo de la

⁴ En 1938 la Cruz Roja Internacional celebró una conferencia especial en Londres.

combatiente. A día de hoy, la mayor parte de las víctimas de los conflictos son civiles. En torno al 80 % - 90 % de la población muerta en conflictos son civiles, pero todo el DIH está organizado alrededor de la figura de los militares y no entorno al personal civil, que queda completamente abandonado y desprotegido.

El sistema está desfasado, porque las guerras ya no son entre militares y porque las víctimas no son militares y, por tanto, no está adecuado a los nuevos conflictos. En el año 1949 se realizan cuatro Convenios en Ginebra.

Y todos ellos tienen un artículo 3 común, que viene a suplir todas estas deficiencias, y que se aplica no sólo en las guerras internacionales sino en cualquier tipo de conflicto armado independientemente de su naturaleza. Es lo que se ha venido llamando el '*mínimo humanitario*', el '*ius cogens humanitario*', el derecho imperativo humanitaria. Por eso el artículo señala que "en cualquier tiempo y lugar deben aplicarse unos mínimos humanitarios". Por eso se dice que es *ius cogens* porque da igual si estamos en tiempo de guerra o paz, en un territorio o en otro, ahí se establece el derecho mínimo que protege unos intereses vitales de la Com. Internacional y que como ha señalado la doctrina supone la confluencia en ese artículo del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Algunos autores lo han denominado '*ius cogens intersectorial*'. Hay dos sectores del Derecho Internacional (humanitario y derechos humanos) que se funden en el artículo porque tienen una confluencia y una relación clara aunque sólo en el mínimo: derecho a la vida, a no ser esclavizado, torturado o secuestrado. Son prácticas odiosas para proteger el núcleo duro de la dignidad.

Esta es una disposición muy escueta pero es lo único que hay claramente para ese tipo de guerras civiles. Y es una disposición que funciona, es efectiva. Luego ya, se van a ir desarrollando la protección de personas y grupos vulnerables, fundamentalmente de los más desvalidos en los conflictos. ¿Quiénes son? La población civil, y dentro de ésta, algunas personas y grupos vulnerables.

Realmente, la protección de esa población viene señala principalmente en los protocolos adicionales de 1977, particularmente en el I Protocolo, donde un conjunto de disposiciones ⁽⁵⁾ van a prohibir un conjunto de prácticas como, por ejemplo, los bombardeos indiscriminados o ataques generalizados. Es decir, a partir de 1977 se considera que en un conflicto armado no se puede atacar a una ciudad, sólo se podría atacar un objetivo militar de forma concreta. Y también se prohíbe la utilización de medios de ataque indiscriminados como la bomba racimo.

La población civil no es considerada propiamente un grupo vulnerable de manera específica, ya que la protección especial está dirigida a otros grupos concretos. La población civil no debe ser atacada, es vulnerable en el sentido de no formar parte del conflicto armado pero no es un grupo vulnerable propiamente dicho. No existe un régimen de protección de la población civil en general ya que no

⁵ (arts. 50, 51 y ss. del I Protocolo de 1977)

hay desarrollada una teoría sobre la materia, sino de grupos vulnerables más concretos.

Hay grupos, dentro de su consideración en la teoría de la vulnerabilidad que han recibido una protección especial y concreta: por ejemplo, las mujeres.

Sobre las mujeres estamos viendo unos desarrollos recientes muy importantes de protección, porque hay prácticas dentro de los conflictos armados, como violaciones sistemáticas, que han dado lugar al desarrollo de protocolos y de normas internacionales al haber estado utilizando un tipo de violaciones masivas como en Yugoslavia o países africanos, de forma sistemática. También los niños han sido objeto de una especial protección ⁽⁶⁾.

También es destacable la protección de los bienes culturales, que aunque no representa un grupo humano sí que debemos pensar que existe una gran relación, cada vez mayor, entre lo que son los bienes culturales y la identidad cultural (tanto individual como colectiva). Es decir, destruir el patrimonio cultural de un pueblo (indígena o no), también afecta, y de forma decisiva, a la identidad como grupo humano, a nosotros como seres humanos y a nuestro derecho a la identidad cultural.

Tanto el patrimonio cultural, material o inmaterial es afectado. En ese sentido, las Convenciones Internacionales sobre protección del Patrimonio Cultural tienen relevancia en torno a los Derechos Humanos (aunque sean de forma indirecta). Hay tres instrumentos que desarrollan la materia: ⁽⁷⁾

- a) Convenio del año 1954 de Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado
- b) Protocolo I de 1954 al Convenio y
- c) Protocolo II de 1999 al Convenio

El *ius predae* (derecho de depredación, presa, saqueo, robo, de hacer pillajes) era algo histórico. Por ejemplo, los romanos cuando volvían con sus huestes iban rodeados de trofeos de guerra o riquezas que habían robado, que se habían traído de las victorias. Si un pueblo ganaba una guerra, tenía derecho al saqueo. Eso llega un momento que ofende, que afecta a la sensibilidad, en torno al s. XVIII – XIX, porque con la Ilustración, se advierte que hay cosas que no hay que destruir: monumentos, patrimonios, etc... o que no hay que robar. Al menos después del XIX, se piensa si hay que restituir los bienes robados por Napoleón.

La cultura, las diferencias étnicas, culturales, lingüísticas, de religión, son también un elemento de discriminación histórica. Este ejemplo podemos observarle

⁶ Por ejemplo, a cuenta de la problemática de los '*niños soldados*' que es un protocolo anexo a la Declaración de los Derechos del Niño.

⁷ Para ampliar la información es muy recomendable el documento de trabajo presentado por M. Mehedí. "*Educación multicultural e intercultural y protección de las minorías*" E/CN.4/Sub.2/AC.5/1999/WP.5. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Grupo de Trabajo sobre las Minorías. Quinto período de sesiones Orig. Francés. 30 de marzo de 1999.

en el caso de la España de las tres culturas (en Toledo) donde había una cultura que aplastaba a las demás.

La diferencia, por tanto, a lo largo de la historia en Europa (y en el resto de continentes) han sido motivo de discriminación directa o indirecta. En la actualidad nos vamos a encontrar con un grupo vulnerable como es los extranjeros, indígenas, minorías sobre los cuales se va a desarrollar un conjunto de normas. Evidentemente, la plenitud de Derechos en un Estado es otorgada a los nacionales. Por tanto, es una diferencia importante, ya que el nacional es aquella persona que en el estado de su nacionalidad tiene en su estado civil la plenitud de derechos ⁽⁸⁾ .

II. Derechos Humanos y Grupos Vulnerables

Sin duda, una de las tareas para la consolidación democrática a nivel global será precisamente el fortalecimiento del sistema de protección de los derechos humanos, en el que nuevamente el papel de la participación de la sociedad será fundamental. Es indispensable que la sociedad internacional conozca sus derechos y las instituciones que existen para ayudar a defenderlos.

Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

Estos derechos, establecidos en Constituciones y leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el conjunto de las Naciones.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas define a los derechos humanos como "los derechos que tienen todas las personas, en virtud de su humanidad común, a vivir una vida de libertad y dignidad. Otorgan a todas las personas la posibilidad de presentar reivindicaciones morales que limiten la conducta de los agentes individuales y colectivos y el diseño de los acuerdos sociales, y son universales, inalienables e indivisibles. Los derechos humanos expresan nuestro profundo compromiso de que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de los bienes y libertades necesarios para una vida digna." ⁽⁹⁾

El respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos es un elemento intrínseco de todo régimen democrático, por lo que podemos afirmar que existe una relación indisoluble entre democracia-estado de derecho-derechos humanos.

De esta manera, en la medida en que un régimen democrático garantiza el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos de todos los habitantes de un Estado, el fortalecimiento de cualquiera de estos elementos impacta directamente en el fortalecimiento de los demás. Así, por ejemplo, el fortalecimiento

⁸ Para la elaboración de este epígrafe ha sido muy útil la información contenida en el libro de AZCÁRATE, P. de "Minorías Nacionales y derechos humanos". Congreso de los Diputados y UC3M, Madrid, 1998.

⁹ Alto Comisionado de Naciones Unidas, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos*. México, Mundi-Prensa, 2003.

de las instituciones democráticas y el ejercicio de un pleno estado de derecho potencian la posibilidad del respeto, defensa y promoción de los derechos humanos.

Los grupos vulnerables son: inmigrantes, minorías, indígenas, personas con discapacidad.

III. Los derechos humanos de las minorías étnicas y el concepto de minoría

Los derechos humanos son universales, civiles, políticos, sociales y culturales que pertenecen a todos los seres humanos, incluyendo a los miembros de las minorías. Los miembros de las minorías étnicas deben gozar de la realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en términos iguales junto con los otros en la sociedad, sin discriminación de ningún tipo. Las minorías étnicas, ambas los individuos pertenecientes a las minorías étnicas y las minorías étnicas como grupos también gozan de ciertos derechos humanos específicamente ligados a su estatus étnico, incluyendo su derecho a mantener y disfrutar de su cultura, religión e idioma libres de discriminación.

ARISTÓTELES ya señaló que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales. PRIETO, en consecuencia expone con gran claridad ⁽¹⁰⁾ que esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas.

En el contexto en el que nos encontramos, COMANDUCCI denomina "minoría" ⁽¹¹⁾ a los conjuntos de individuos que, sin ser necesariamente menos numerosos que otros conjuntos de individuos (por ejemplo las mujeres), se encuentran –por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo, dependientes de sus características raciales, sexuales, étnicas, lingüísticas, etc.– frente a otros conjuntos individuos de la misma sociedad. Se trata de minorías que podríamos llamar "culturales" para distinguirlas de las políticas.

RAWLS señala ⁽¹²⁾ que tales minorías poseen algunos bienes primarios (en particular, las bases sociales e institucionales que aseguran el respeto de sí y el sentido de su dignidad) en menor medida que la mayoría y que el valor de las libertades fundamentales de las que gozan es inferior al de la mayoría.

¹⁰ PRIETO, L. *"Tolerancia y Minorías, problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa"*, Universidad de Castilla La Mancha, 1996.

¹¹ COMANDUCCI, P., *"Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista"*, en *Ragion pratica*, nº 2 (1994), pp. 41-43.

¹² cfr. RAWLS, J., "Social Unity and Primary Goods", en A.Sen, B.Williamns (eds.), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge Univ. Press-Édit de la Maison de l'Homme, Cambridge-París, 1982, pp. 159-185, especialmente pp. 162-164.

IV. Los derechos humanos, en cuestión

Los derechos humanos de las minorías étnicas se encuentran explícitamente ubicados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pactos Internacionales, la Convención de la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, La Convención de los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a las Minorías Nacionales, étnicas, religiosas o idiomáticas y otras ampliamente adheridas a los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos. Estas incluyen los siguientes derechos indivisibles, interdependientes e interrelacionados (¹³):

- El derecho de las minorías étnicas a la no discriminación, exclusión restricción o preferencia basada en raza, color, origen nacional o étnico, idioma, religión, nacimiento u otro status, el cual tenga el propósito o efectos de deteriorar el pleno goce de los derechos humanos, sociales y libertades fundamentales.
- El derecho de cada miembro de las minorías étnicas a un reconocimiento equitativo como personas ante la Ley, igualdad ante la Corte e igual protección de la ley.
- El derecho de todos los miembros de las minorías étnicas a participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, política, social, económica y pública, así como a la libertad de asociación, el desarrollo de su propia cultura e idioma
- El derecho de cada miembro de las minorías étnicas a existir, a estar libres de genocidio y "limpieza étnica".
- El derecho de cada miembro de las minorías étnicas para establecer y mantener sus propias escuelas y otros procesos de capacitación y establecimiento de instituciones educativas para enseñar y recibir capacitación en sus propios idiomas maternos.
- El derecho de cada miembro de las minorías étnicas a participar en la toma de decisiones y políticas concernientes a su grupo y comunidad, en el ámbito local, nacional e internacional.

V. Declaración de Naciones Unidas de 1992

En todo caso, el texto que establece el soporte fundamental de la materia es la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992 (¹⁴)

La Asamblea General de las Naciones Unidas representa una institución clave que ha trabajado incesantemente por la preservación de los principios consagrados en la Carta de N.U., siendo el desarrollo y el estímulo del respeto de los derechos

¹³ Interesante la visión que ofrece RUIZ VIEYTEZ, E., en el texto de *"La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea"*, Universidad de Deusto, Bilbao 1998.

¹⁴ Declaración disponible a través del sitio virtual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, una de sus máximas aspiraciones. Las Naciones Unidas tienen un papel muy importante que desempeñar en lo que respecta a la protección de las minorías (nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas),

Los principales instrumentos internacionales firmados y ratificados entre Estados, que han sido aprobados para caminar avanzando en la dirección de procurar un aumento en la protección y salvaguarda de los derechos internacionales han sido la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones y la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

La dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las diferentes naciones, como derechos humanos fundamentales, constituyen la columna vertebral de este sistema de protección.

Esta Declaración se inspira en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, ya que considera que la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas contribuyen a la estabilidad política y social de los Estados en que viven.

Si bien, está presente la labor realizada por el sistema de las Naciones Unidas, en particular por la Comisión de Derechos Humanos, así como por los órganos establecidos de conformidad con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes sobre derechos humanos, en cuanto a la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

Con la elaboración de esta Declaración se reconoce la necesidad de lograr una aplicación aún más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ⁽¹⁵⁾ en lo que respecta a los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

En definitiva, la Declaración incluye una lista de los derechos que tienen las personas pertenecientes a minorías, incluido el derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma. La Declaración reafirma los derechos que tienen las personas pertenecientes a minorías al goce pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de conformidad con los principios de no discriminación e igualdad ante la ley. También

¹⁵ Art. 1.2. de la Declaración: Los Estados adoptarán medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo, para lograr esos objetivos.

incluye otros principios fundamentales como la protección de la existencia, la promoción y la protección de la identidad, y el derecho a la participación efectiva en la sociedad.

Los aspectos y artículos más importantes a señalar son:

El artículo 1.1, como base de la Declaración establece que *"Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad"*.

En los artículos 2 y 4 de la Declaración se estipula que las minorías tendrán el derecho de proteger su cultura e identidad. En efecto, el artículo 2 dice lo siguiente:

"1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo.

2. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública.

3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.

4. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de establecer y mantener sus propias asociaciones.

5. Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a establecer y mantener, sin discriminación de ningún tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos."

Cabe señalar que el aspecto de la educación intercultural queda reflejado en el párrafo 4 del artículo 4, en el que se dice que los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. Las personas pertenecientes a minorías deberán tener oportunidades adecuadas de adquirir conocimientos sobre la sociedad en su conjunto. En el espíritu del texto, la educación intercultural no parece representar otra cosa que un paliativo de los derechos de las minorías, es decir, que se trata de

que los derechos de éstas no vayan en perjuicio de otros elementos minoritarios de la sociedad y de la propia mayoría.

El artículo 4 de esta Declaración parece ajustarse a la pauta dialéctica tradicional de contraponer los derechos de las minorías a los de la mayoría.

No obstante, resulta evidente que hay un desequilibrio de poder entre las minorías y las mayorías. En la mayoría de los casos, el poder lo detentan estas últimas; y las minorías sólo gozan de los derechos como concesión de la mayoría, pues lo que entraña el derecho a la no discriminación es la igualdad entre minorías y mayorías.

El artículo 3 señala que las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos (y no sufrirán ninguna desventaja – incluido en el art. 3.2), incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.

Y, por otra parte, los artículos 6 y 7 se refieren a la cooperación entre Estados, de tal forma que:

"Los Estados deberán cooperar en las cuestiones relativas a las personas pertenecientes a minorías, entre otras cosas, el intercambio de información y de experiencia, con el fin de promover la comprensión y la confianza mutuas.... Los Estados deberán cooperar a fin de promover el respeto por los derechos enunciados en la presente Declaración".

VI. Aseguramiento de los Derechos Humanos de las minorías étnicas por parte de los gobiernos

PREVISIONES LEGALES SOBRE DERECHOS HUMANOS PARA GARANTIZAR EL 'DERECHO HUMANO' A LAS MINORÍAS ÉTNICAS:

A continuación se recoge una síntesis de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Prevención y Castigo de Crimen de Genocidio, Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación racial, Convención de los Derechos del Niño, Convención contra la Discriminación de la Educación y la Convención de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (nº 169).

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.... Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente,.... Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación..... y contra toda provocación a tal discriminación. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario

por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses..."

Declaración Universal de Derechos Humanos

Art. 1, 2, 7 y 23

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..... Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren..... Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.... Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda... Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación..... Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre..... favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz..... La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente....."

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Art. 2, 14, 24, 26 y 27

"Los Estados Partes en el presente Pacto..... sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.... . Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre... a adquirir una nacionalidad.... Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.... Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad... . Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social... En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma..."

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Art. 2, 14, 24, 26 y 27

"Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar... En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal.. Matanza de miembros del grupo... Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo...Sometimiento intencional del grupo a condiciones de

existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial... Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo...Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo"

**Convención para la Prevención y Castigo de Crimen de Genocidio,
Art. 1 y 2**

"Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas... Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación... a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones... Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales... Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones... Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial... los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico... El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia... el goce de los derechos... políticos... civiles... derechos económicos, sociales y culturales... Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial..."

**Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial,
Art. 2, 5 y 6**

"Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales... medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo... En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño... se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar... Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena... la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho... Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos... Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados... Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas... Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza... Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades... Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya... Preparar al

niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena... En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma..."

**Convención de los Derechos del Niño,
Art. 2, 17, 28, 29 y 30**

"A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen... Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza...) En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma..."

**Convención contra la Discriminación de la Educación,
Art. 3 y 5**

"Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad... que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población... que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos... Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación... establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan... Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo..."

**Convención de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre Pueblos
Indígenas y Tribales (nº 169), Art. 2, 3, 6 y 7**

Ya señalábamos en otro trabajo presentado recientemente ⁽¹⁶⁾ que la clave del entendimiento y el aprendizaje de las personas es, siempre, a través del conocimiento teórico y de la experiencia. Debemos profundizar en el desarrollo y puesta en aplicación del abundante ordenamiento internacional que ampara el derecho de todas las personas.

Los más poderosos (en territorio, población riqueza o gasto militar) deben ser los primeros en comprender que sólo con un ejercicio responsable en el uso de su fuerza –a todos los niveles– podrán permitir producir un desarrollo de las relaciones entre estados fructífero. Una utilización adecuada de los recursos o unas políticas de

¹⁶ MARTÍN, G., "Juventud y Derechos Humanos" en "Derechos Humanos y Juventud" (MIRANDA GONÇALVES, R., Coord.), Xunta de Galicia. 2015.

fomento de la educación, la cultura y la tolerancia son esenciales e imprescindibles para emprender un rumbo mejor.

Sólo si somos capaces de respetar, verdaderamente, los Derechos Humanos y, particularmente, los derechos de las minorías y los grupos más vulnerables, podremos caminar con paso firme hacia una sociedad internacional más humana y más justa.

VII. Bibliografía

AZCÁRATE, P. *Minorías Nacionales y derechos humanos*. Congreso de los Diputados y UC3M, Madrid, 1998.

BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*. Tecnos. 1995.

COMANDUCCI, P., "Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista", en *Ragion pratica*, nº 2 (1994).

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La aplicación de Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*. Tecnos, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *Desarrollos normativos del principio de protección internacional de los derechos humanos en el Tratado de la Unión Europea*. Derechos y Libertades, nº 1, 1993.

MARIÑO MENÉNDEZ, F.M., *La protección de los derechos de los extranjeros y en particular del Derecho de asilo: derecho internacional, Derecho europeo y Derecho español*.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, 1ª ed., Latina, Madrid. 1973.

MARTÍN, G., *Juventud y Derechos humanos*, en *Derechos humanos y Juventud* (Coord. MIRANDA GONÇALVES, R.). Xunta de Galicia, 2015.

PRIETO, L. "Tolerancia y Minorías, problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa", Universidad de Castilla La Mancha, 1996.

RUIZ VIEYTEZ, E., "La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea", Universidad de Deusto, Bilbao 1998.

TURTON, D., *"Identidades culturales y minorías étnicas en Europa"*. HumanitarianNet. Oxford University. Bilbao, 2001.

Declaraciones, Convenios y Convenciones:

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948.

Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña.

Convenios de La Haya de 1899 y de 1907 (*Conferencias de La Haya*).

Convenio de La Haya de 27 de julio de 1929, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (*I._ para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II._ y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III._ al trato debido a los prisioneros de guerra; IV._ y a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra*).

Protocolos adicionales I y II de los Convenios de Ginebra de 1949, adoptados el 8 de junio de 1977.

Protocolo adicional III de los Convenios de Ginebra de 1949, adoptados el 8 de diciembre de 2005.

Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 7 de junio de 1989.

Convención contra la Discriminación de la Educación, 14 de diciembre de 1960.

Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965.

Convención de los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Convención para la Prevención y Castigo de Crimen de Genocidio, 9 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966

