CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 6 – 2017

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 6 - *2017*

EQUIPO EDITORIAL

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

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

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

Universidad Rey Juan Carlos, **Gemma Minero Alejandre,** *Universidad Autónoma de Madrid.* **Rui Miguel Zeferino Ferreira,** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil),* **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais*, *(Brasil),* **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil),* **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador),* **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia),* **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal),* **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil).* **Sebastién Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil),* **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil),* **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil),* **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España),* **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama, (***Universidade Paranaense, Brasil),* **Salvador Tomás Tomás, (***Universidad de Murcia),* **Viviane de Sélos Knoerr,** (*UniCuritiba),* **Juan Emilio Oviedo Cabañas,** (*Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai,** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil),* **Felipe Chiarello,** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil),* **João Relvão Caetano,** (*Universidade Aberta, Portugal),* **Irene Patricia Nohara,** (*Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie),* **Ignacio Covarrubias Cuevas,** (*Universidad del Desarrollo, Chile),* **Enoque Feitosa,** (*Universidade da Paraiba, Brasil),* **Lorena Freitas,** (*UNIPÊ, Brasil),* **Sidney Guerra,** (*Universidade do Rio de Janeiro, Brasil),* **Maria Teresa Alonso** (*Universidad de Zaragoza, España),* **Gonzalo Martínez Etxeberria,** (*Universidad de Deusto),* **Vânia Aieta,** (*Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil),* **Flávio Martins,** (*Damásio Educacional, Brasil),*

© Asociación Xuristas en Acción.

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

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

Cadernos de Dereito Actual
Universidade de Santiago Compostela
Número 6 (2017) · ISSN 2340-860X · ISSNe 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

El principio legal de precaución en escenario de riesgo nanotecnológico.
Daniela Pellin & Wilson Engelmann 09

A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar
Patrícia Anjos Azevedo 31

Ainda sobre a sociedade cooperativa de trabalho no Brasil
Marco Aurélio Gumieri Valério 67

O tráfico de drogas como modalidade de crime organizado transnacional e as políticas sobre drogas no Brasil
Tatiana Ribeiro & Odilza de Almeida 75

La controvertibilidad del concepto jurídico de persona y el fundamento de los derechos humanos
Helga María Lell 93

Para além do discurso dominante dos direitos humanos
Vicente Barretto & Edna Hogemann 111

International labor organization and the fight against new ways of slavery in Brazil
Patrícia Tuma M. Bertolin & Fabiana L. Kamada 123

Análise sócio-jurídica da desigualdade no acesso à cidade: condições de moradia dos imigrantes nordestinos - um estudo de caso
Telma Divina Nogueira Rodrigues 143

La participación ciudadana en los Consejos de Administración. El caso ecuatoriano en las Empresas de agua potable
Andrés Martínez Moscoso & Julio T. Verdugo 153

Los derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa
Emilia Mª Santana Ramos 185

A globalização da comunicação e seus reflexos sobre a dimensão econômica, ambiental e social da sustentabilidade
Inês Moreira da Costa 199

Multiculturalism and Brazilian constitutional protection for the traditional peoples and communities of the Baixo Madeira in Rondônia
Arlen de Souza & Franklin dos Santos 215

Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito
Patrícia Spagnolo P. Costa 231

O papel da extrafiscalidade na construção das cidades sustentáveis
Carolina Merida & Renata Monteiro 243

The audience of custody and restorative justice: the third way of the punitive system
Arlen de Souza & Renata de Souza 259

A acessibilidade das pessoas com deficiência e a influência nacional e internacional no processo concretivo de uma sociedade inclusiva
Isasmin da Silva Oliveira 277

Efeitos do divórcio e da separação legal no direito sucessório Português e no direito sucessório comum Espanhol (análise comparada)
Diana Leiras 299

La maternidad subrogada en el Derecho comparado
Carlos Javier Ávila Hernández 313

Pacta sunt servanda e justiça: análise da peça "o mercador de Veneza" de Shakespeare
Bruno Lichtnow & Fábio da Silva Veiga 347

O Abuso de Posição Dominante no Direito Europeu da Concorrência: Google – um *Delete* na Concorrência?
Lúcio Ferraz & Amanda da Silva 355

La protección de datos em el sector audiovisual
Víctor Seisdedos Potes & Mario de la Peña Triguero 369

RECENSIONES
Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa
Mónica Cano Guzmán 397

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 09-29
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

El principio legal de precaución en escenario de riesgo nanotecnologico

The principle of precaution in nanotechnological risk scenario

Daniela PELLIN [1]
Wilson ENGELMANN [2]
Uiversidade do Vale do Rio dos Sinos

Sumário: 1. Introducción. 2. Panorama sobre el desarrollo nanotecnologico. 3. La politica de precaución y la precaución de la politica: aspectos científicos y econômicos para el tratamento de la nanoescala. 4. Conclusión. 5. Referencias.

Resumen: El desarrollo de las nanotecnologías se ofrece por riesgo a diferencia de los beneficios. La delimitación de los límites se vacía en el princípio de precaución y su baja eficacia, que es el problema para la investigación. Por lo tanto, se ha planteado la hipótesis de que, infundiendo en la construcción de la lectura del princípio de precaución, parámetros racionales de la ciencia, la política, la economía y la sociedad, pueden promover la eficiencia en la gestión del riesgo y ayudar en la eficacia jurídica. Sin embargo, si se utiliza, tanto en la economía y la política, pueden ser aliados en la eficacia de la precaución si se absorbe por el sistema legal en forma de pensamiento pragmático. La metodología usada es la sistémico-constructivista porque la investigación se basa en la perspectiva transdisciplinaria, cuyo viaje tiene como objetivo lograr locus social. La técnica de investigación consiste en la recogida de datos y la revisión de la literatura. Al final, se buscará a confirmar la hipótesis de que la ley debe, mediante el acoplamiento de otros principios que emanan de la ciencia económica, la política y social en su estructura y, por lo tanto, una gestión legal eficaz del riesgo nanotecnológico.

Palabras-clave: Gestión. Nanotecnología. Precaución.

Abstract: The development of nanotechnologies is offered by risk unlike profits. The demarcation of the boundaries empties into the precautionary principle and its low efficiency, which is the problem for research. Therefore, it has been hypothesized that infusing building reading of the precautionary principle, rational parameters of science, politics, economy and society can promote efficiency in risk management and help the legal effectiveness. However, if used, both the economy and politics, can be allies in the effectiveness of caution if absorbed through the legal system in the form of pragmatic thinking. The methodology used is the systemic-constructivist because research is based on interdisciplinary perspective, the trip aims to achieve social locus. The research technique

[1] Estudiante de doctorado en Derecho Público en la Unisinos/RS. Becaria CAPES/PROEX. Maestría en Derecho de la Sociedad de la Información FMU/SP. Especialista en Derecho de Empresa por la FMU/SP. Miembro del Grupo de Investigación JUSNANO/CNPq. Profesor e Investigador en la Sociedad, Derecho y las nanotecnologías. Abogado. Correo electrónico: daniela.pellin@terra.com.br.
[2] Doctor y Master en Derecho Público de la Ley en el Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado) de Unisinos/RS. Coordinador Adjunto del Diploma de Posgrado en Derecho (Maestría y Doctorado) en Unisinos/RS. Coordinador Ejecutivo de la Maestría Profesional en Derecho de la Empresa y Empresa de la Unisinos/RS. Líder del Grupo de Investigación JUSNANO/CNPq. Beca para la CAPES productividad. Abogado. Correo electrónico:wengelmann@unisinos.br

involves data collection and review of the literature. In the end, we will seek to confirm the hypothesis that the law must, by coupling other principles emanating from economics, politics and social in structure and, therefore, an effective legal management nanotechnological risk.
Key words: Management. Nanotechnology. Caution.

1 Introducción

En el caso de las nanotecnologías la ley es rehén de la economía y la política. En términos de riesgo, la sociedad es rehén del desarrollo. Cuando se trata de cuidar, la ley y la sociedad son rehenes de la política. Cuando se trata de principios, la ley, la sociedad, las empresas, las universidades y el gobierno juntos pueden gestionar los riesgos nanotecnológicos desde el compromiso y la responsabilidad firmado en la Constitución de Brasil de 1988, que alcanzan a todos sin distinción.

El principio de precaución debe salir de la retórica delante de los datos alarmantes de los riesgos de desarrollo en nuestra era del Antropoceno; convertirse en condición de posibilidad cuando se trata de riesgos de la nanotecnología.

La sociedad espera que el derecho tenga la iniciativa de la gestión eficiente de las consecuencias de la innovación. Sin embargo, no es el programa de desarrollo el compromiso legal. Luego resta a la ciencia del derecho presentar el mapa transdisciplinario para que esto ocurra, cediendo a la interferencia necesaria en el principio jurídico de precaución que a partir de parámetros ofrecidos por otras ramas de las ciencias naturales -, políticos, económicos y sociales, encontrar sentido y significado práctico y legal para la gestión eficiente de las nanotecnologías y control de riesgos.

Para ello, la búsqueda será romper el principio de precaución en dos interpretaciones de significado, la primera parte es el principio y la política y la toma de decisiones entenderse como ético que impregna los confórmeros principios constitucionales de la sociedad en su conjunto; a continuación, la segunda parte, la precaución, que será dirigida por el tamiz de la ciencia natural y económica para, por lo tanto, el deber de transparencia, se crea los datos para la asunción de parámetros o repulsión a los riesgos, especialmente la medición del costo posible del beneficio económico.

De este modo, todas las partes interesadas compartirán aporte constitucional a la dirección jurídica del principio de precaución y proporcionar eficiencia y la posibilidad de regular la conducta que pueda afectar, directamente, a la sociedad, no por la retórica, sino por la posible eficacia de la aplicación de precaución.

Todo este marco de compromiso responsable, es decir, al final, la sugerencia de que las prácticas de gestión de empresa, sin distinción de agente involucrados, puede ser un modelo útil para regular la gestión en sí.

2 Panorama sobre el desarrollo nanotecnologico

La época en la que se encuentra la humanidad se identifica como el Antropoceno, entendida como la edad del hombre: el hombre que está en el centro del universo: todo lo que se hace, es pensamiento y hecho por y para sí mismo; actúa como un observador y controlador en un gran laboratorio con dos elementos a las experiencias de mutación y tecnológicos: el planeta y las personas.

La actividad humana ha alterado los sistemas naturales de la tierra y los rastros que quedan tan evidente en el registro geológico del planeta que las generaciones futuras no tendrán problemas para identificar el período Antropoceno: la era de los seres humanos.

Esta es la conclusión de un equipo internacional de científicos después de una revisión de varios estudios relacionados con el tema, publicado en enero de 2016 de la revista Science[3].

Las nanotecnologías son capaces de modificar el tamaño de escala negativos, que no se ve a simple vista, todo tipo de átomo y molécula y, por lo tanto, el resultado y las apariencias de las cosas que por ingeniería genética, como el color, la permeabilidad, la temperatura, elasticidad, durabilidad, la miniaturización de los robots, etc. Actualmente es la tecnología más avanzada. La emisión de contaminantes que modifican el ambiente es la misma proporción de las nanotecnologías que cambian la vida de las personas.

Nanotecnologías desarrolladas están desplegados en bienes y servicios con el propósito de promover el hombre y su calidad de vida, la panacea para la humanidad del pleno siglo XXI, tropieza con el progreso económico y la acumulación de capital.

En este contexto, los datos muestran la fuerza con la que las empresas se han ido desarrollando a partir de la producción científica en nanotecnología. Indicadores de junio de 2016, publicados por el Instituto "StatNano: Nano Science, Technology and Industry Scoreboard"[4], dice que Estados Unidos en primer lugar, en la producción de plomo en general en las nanotecnologías; también muestran los diez países que surgieron en revistas científicas indexadas en el ISI "Web Sciense".

Los países que han publicado acerca de la nanociencia y la nanotecnología / Mayo de 2016.	Número de artículos publicados en revistas indizadas en ISI - Web Ciencia / Mayo de 2016.
CHINA	1º lugar: 18.867
EE.UU.	2º lugar: 8.460
ÍNDIA	3º lugar: 4.293
COREIA DO SUL	4º lugar: 3.285
ALEMANÍA	5º lugar: 3.046
IRÁN	5º lugar: 2.978
JAPÓN	6º lugar: 2.691
FRANCIA	7º lugar: 2.020

[3] Disponible http://www.oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/cientistas-acreditam-que-planeta-esta-em-nova-era-geologica-antropoceno-18431630#ixzz455jsKBVi Visitado 16/09/2016.

[4] El principal objetivo de StatNano está monitoreando continuamente las actividades de los países en cuanto al desarrollo de indicadores de la nanociencia, la tecnología y la innovación, de carácter mundial y regional, así como las políticas de desarrollo de la nanociencia y la nanotecnología. El documento informativo ha sido preparado para informar al público, siempre, los últimos indicadores. Disponible www.statnano.com. Visitado 06/09/2016. (Traducción libre)

REINO UNIDO	8º lugar: 1.913
ESPAÑA	9º lugar: 1.709

De acuerdo con "StatNano", un total de 709.454 innovaciones nanotecnológicas han sido patentado en los Estados Unidos por la Oficina de Patentes y Marcas de ellos, el de Marcas y Patentes de Estados Unidos (USPTO) en 2015. Los Estados Unidos ocuparon el primer lugar en la publicación de patentes en todo el mundo y, Además, dividir el 50% de la producción de Japón, Corea del Sur y Alemania.

En Brasil, la situación científica es bastante modesta, pero avanza. El país se introduce en esta carrera, aunque en la plataforma de la modernidad tardía. Es parte de Mercosur representa el 3% de la investigación mundial. Ven, desde el año 2000, la aplicación de políticas y de desarrollo incluido en la nanociência.

En Chile, el ejemplo de Brasil y otros países del Mercosur, considerado de la modernidad tardía y los recursos naturales de ahorro de exploración, está llevando a cabo importantes inversiones para el desarrollo de la nanociencia en asociaciones internacionales para superar la mancha de esta modernidad. A pesar de que, se ha mostrado avances, todavía, así, Brasil, México y Argentina están en una mejor posición en el nivel de desarrollo y la aplicación de la nanotecnología, sobre todo cuando se trata de las preocupaciones que ha venido surgiendo acerca de las posibles desgracias al hombre en la interacción con las nanopartículas.

En este escenario, Chile, publicación datada 4 de septiembre de 2015[5], se informó de la creación del Centro Internacional de Excelencia en Nanotecnología Leitat (CEN), en asociación - ayuda - con el Instituto Tecnológico de Leitat, España. El objetivo es poner en marcha las bases nanocientíficas en el país con el fin de acelerar el desarrollo de la tecnología para los sectores económicos estratégicos del país, como el textil, la industria minera, la piscicultura, la agricultura y agroalimentario; medio ambiente y el sector de la energía.

El desafío sera transformar la investigación científica y promover el desarrollo del país a través de la innovación y el desarrollo tecnológico, dijo el vicepresidente ejecutivo, Eduardo Bitran, para anunciar la instalación del Centro. Todo el desarrollo se debe convertir en productos y servicios que aportan valor añadido, la productividad y la competitividad de los sectores que utilizan recursos naturales tradicionalmente. Por lo tanto, nos ayudará a mejorar la economía a través del conocimiento y el desarrollo tecnológico, ya que el país se está quedando atrás en el uso de las nanotecnologías en el sector de la producción.

Están involucrados en el proyecto de la Universidad de Santiago de Chile, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Valencia y el mercado de la innovación del conocimiento en España - Kim, quien intercambiar conocimientos.

CHECA[6], gerente del centro, se ha mencionado que el parque tecnológico tendrá la asignación, así como los negocios, el gobierno y las universidades, con el argumento de que el acuerdo con España tiene como objetivo "la estratégia de Leitat em sul legada a Chile no es otra mas que incidir positivamente em el sector empresarial chileno, especialmente em aquellos sectores que han sido declarados estratégicos [...]".

[5] Disponible http://www.corfo.cl/sala-de-prensa/noticias/2015/septiembre-2015/centro-de-nanotecnologia-leitat-se-instalara-en-chile. Visitado 16/09/2016.

[6] Disponible http://www.corfo.cl/sala-de-prensa/noticias/2015/septiembre-2015/centro-de-nanotecnologia-leitat-se-instalara-en-chile. Visitado 16/09/2016.

Sin embargo, el país ha invertido cerca de $ 2 millones en programas científicos internos de la nanociencia, al año durante los últimos diez años, en áreas tales como la tecnología, la farmacia y la industria; pero va a la zaga de la Unión Europea - millones de $ 1,200 - y el Reino Unido - US $ 3.700 millones, así como Brasil, México y Argentina, por lo que estas inversiones ya forman parte de las agendas políticas y económicas.

El director del Centro para el desarrollo de la nanociencia y la nanotecnología (CEDENNA) de la Universidad de Santiago de Chile, menciona que "la nanotecnología es Una zona de Crecimiento científica en Todo El Mundo, ya Que Muchos sus recitales como su base para su próxima revolución industrial".

Aun así, no se menciona una experiencia considerable con la nanotecnología aplicada al sistema de producción en el país, desarrollado de forma independiente de cualquier intercambio internacional, tales como el aumento en un 20% la vida del salmón, cuando se envasa en la estructura molecular de plástico modificado, desarrollado en el laboratorio la Universidad de Santiago de Chile; materiales modificados para el proceso de extracción de cobre, desarrollado en la Universidad Técnica Federico Santa María; limpieza de agua contaminada con nanopartículas metálicas y arcilla en diferentes aplicaciones, desarrolladas en la Universidad de Santiago de Chile; este trabajo que se ha centrado en las áreas de alimentos, NanoBioMedicina, sensores y medio ambiente; detección y tratamiento de enfermedades comunes que dañan la salud humana, tales como el cáncer y las enfermedades bacterianas, la investigación que se ha llevado a cabo en la Universidad Andrés Bello[7].

Otra historia de éxito que vale la pena mencionar es la primera empresa chilena Nanotec Chile, que opera en los procesos y productos desarrollados con el mercado de la nanotecnología aplicada, en colaboración con otras empresas que invierten en este valor añadido y cosechar los frutos desde 2010, cuando la compañía entró en el mercado que ofrece la nanotecnología desarrollada en su laboratorio privado, en el caso de una empresa nacional. Se encuentran entre los productos relacionados con la, tarjetas inteligentes, parches, cremas antibacterianas, enxaguadores orales, cremas y desinfectante en gel de cobre, supercatalizadores entre otros. Sectores al por menor de alimentos, la salud y la construcción son servidos por la compañía. Ahora, en 2015, la compañía tiene la intención de avanzar en el territorio mundial de la nanotecnología exportar a Perú, Colombia, Estados Unidos y Europa[8].

Cabe señalar que los futuros infortunios se hacen en el presente. Es a partir de las decisiones tomadas en este futuro prominente. Por lo tanto, el modo tecnológico actual de la producción refleja la satisfacción o no, las necesidades humanas del futuro. De este modo, la fiebre internacional de esta carrera debe valores y directrices establecidas con el fin de fortalecer las decisiones colectivas y objetivos humanos de la sociedad, ya que no es sólo para disfrutar de los beneficios presentes, pero para asegurar la base para los nacionales del futuro. Es demasiado ingenuo pensar que las consecuencias futuras serán manejadas en el futuro. No hay desarrollo tecnológico independiente de la llegada de las nuevas formas de intervención humana.

Por lo tanto, la exploración científica racional es esencial, que se funda sobre la base del proceso de evolución de la realidad de los datos actuales con la ayuda de métodos legítimos de análisis lógico, formal y dialéctica.

El 11/06/2015, la Agencia Brasileña de Desarrollo Industrial[9], se llevó a cabo el 2º Diálogos de Ciclo de Nanotecnología en Brasilia. Allí, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de su portavoz, MENDES, dijo que entre 2004 y 2014, la Compañía invirtió más de R $ 870 millones, con aplicaciones importantes en el fortalecimiento de los laboratorios, a

[7] Disponible http://www.redbionova.com/noticias/chile-destina-2-mil-millones-al-ano-para-nuevos-desarrollos-de-nanotecnologia/ Visitado 16/09/2016.
[8] Disponible http://sustempo.com/nanotecnologia-chilena-de-exportacion. Visitado 16/09/2016.
[9] Disponible http://www.abdi.com.br/Paginas/noticia_detalhe.aspx?i=4030. Visitado 16/09/2016.

través de la Iniciativa Brasileña de Nanotecnología (IBN), cuyo objetivo es acelerar los procesos de innovación y promover la alineación de las actividades de las entidades con los sectores de la economía para la articulación del marco legal con el Gobierno. Sin embargo, el director de desarrollo tecnológico y la Agencia de Innovación, LEAL, mencionaron que las inversiones en datos están dispersos, rociado en diversos organismos de desarrollo y los programas de incentivos a la innovación, lo que confirma la afirmación de la "pequeña" credibilidad la información proporcionada por el propio Ministerio.

En la rama de producción nacional, la misma agencia, en 2010, en el "Nanotecnología Panorama[10]" informó que Brasil ocupa la posición 25º en el ranking de Ciencia Metrix en la investigación de la nanotecnología, con suficiente energía y las inversiones de gastos en los últimos años, especialmente en la industria farmacéutica, química, cosmética y sectores agroindustriales.

El documento dice que es el verdadero mercado prometedor y muchas empresas tienen un interés económico en la nanotecnología entrar en su actividad rentable debido a los ahorros en los costos de producción; en 2014, el nivel de inversión vuelve a montar con $ 2,6 billones de dólares, o el 15% de la producción mundial de bienes manufacturados[11].

Nanociencia y la nanotecnología[12] ha sido objeto de interés en industrial y académica debido a los beneficios en la carrera global de tecnología y la capacitación económica para fortalecer los lazos de la globalización y la soberanía competitiva.

Según Folha de Sao Paulo 25/05/2015[13], pequeñas empresas nacionales están trabajando con la nanotecnología a ser un mercado muy rentable y exponencial de los ingresos. Los profesionales que dejan los estudios de la academia en la maestría y doctorado, también, son los empresarios los conocimientos adquiridos, es decir, los activos intelectuales.

El Laboratorio de Química del Estado Sólido (LQES), Universidad de Campinas, Sao Paulo, se informó en el diario de sus noticias de junio de 2016, la Universidad de Sao Paulo y Campinas se encuentran entre las instituciones científicas más productivas de la investigación em cosméticos en el mundo; ocupan las posiciones 1 y 8, según lo informado por el estudio de la situación de la innovación 2016[14], organizado por el área de negocio de

[10] Disponible www.abdi.com.br Visitado 18/09/2016.
[11] Disponible: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1632954-cientistas-abrem-pequenas-empresas-investindo-em-nanotecnologia.shtml> visitado 16/09/2016.
[12] Aplicaciones tecnológicas de los conocimientos producidos por la nanociencia, que es el estudio de los nanomateriales, que se producen en la nanoescala y aquellos que contienen nano-objetos. Para ser considerado como la nanotecnología, un producto debe cumplir al menos uno de los dos supuestos: los materiales a nanoescala 1.Conter con el tamaño de partícula controlado, por lo general, pero no exclusivamente, por debajo de 100 nm en una o más dimensiones y mejores productos 2.Proporcionar explotando las nuevas propiedades que difieren de las de los átomos, moléculas y materiales macroscópicos. (GUTERRES, Silvia Stanisçuaski; BECK, Ruy Carlos Ruver; POHLMANN, Adriana Raffin. Nanocosmecêuticos. *IN*: COSTA, Adilson (Org.). *Tratado Internacional de Cosmecêuticos*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012, p. 428) (traducción libre).
[13] Disponible <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1632954-cientistas-abrem-pequenas-empresas-investindo-em-nanotecnologia.shtml> visitado 16/09/2016.
[14] Disponible www.stateofinnovation.thomsonreuters.com. Visitado 18/09/2016.

la propiedad intelectual y la ciencia de Thomson Reuters[15]. El área de los cosméticos está sufriendo una mayor intervención para el desarrollo proporcionada por las nanotecnologías

El estudio encontró que la USP ha publicado 177 artículos científicos indexados en la "Web de Sciense" relacionada con cosméticos en el periodo 2005-2015, el jefe de la agencia reguladora de alimentos y medicamentos estadounidenses, con 108 publicaciones; la compañía estadounidense de los bienes y el consumo "Procter & Gamble", con 103 artículos; y la Universidad de Harvard, con 83 publicaciones.

UNICAMP ya publicó 78 artículos científicos en el mismo período y encabezó la Universidad de California en Los Ángeles (70) y la Universidad de California en San Francisco (68).

El éxito radica en el hecho de que las dos universidades brasileñas adoptan la forma de innovación abierta, que consiste en asociaciones entre empresas, universidades, agencias gubernamentales e institutos de investigación para innovar productos y tecnologías en el mercado, como lo demuestra el estúdio.

El problema es que la búsqueda de un desarrollo aún se concentra en el sector privado. Los resultados económicos optimizados mediante la nanotecnología indican que hay más preocupación por la concentración de la riqueza que el desarrollo humano; sobre todo, los riesgos no se han pesado en las decisiones empresariales, dada la falta de certeza científica acerca de las interacciones moleculares y atómicas con células humanas y el ecossistema.

El documento OXFAM 210[16], de 18 de enero, 2016, informó que la desigualdad global está en su apogeo, concentrando toda la riqueza en el 1% de la población mundial: "poderes y privilegios están siendo utilizados para distorsionar el sistema económico, el aumento de la distancia entre los más ricos y el resto de la población. Una red mundial de los paraísos fiscales permite a los individuos más ricos del mundo esconden 7,6 billones autoridades fiscales".

Recientemente, el Instituto de Investigación Económica Aplicada[17] (IPEA), con el fin de cumplir sus objetivos institucionales con Brasil, preparó un estudio llamado "Megatendencias Mundial 2030: qué entidades y personalidades internacionales pensar en el futuro del mundo?

En este documento, el instituto ofrece apoyo técnico e institucional para las acciones del gobierno para la adopción de políticas y programas de desarrollo públicos, teniendo en cuenta el presente con vistas al futuro, y las tendencias globales que llegarán al país en las esferas de la población y la sociedad; en su conformación geopolítica; la ciencia y la tecnología; economía y medio ambiente.

Para buscar en el estudio, la inversión en ciencia y tecnología están en la cima de las tendencias, que contiene cuatro aspectos globales, entre ellos, el crecimiento de las inversiones y aplicaciones en el campo de nano y biotecnologías.

En general, las grandes tendencias para 2030 son los siguientes: a) el mantenimiento de la revolución tecnológica, la integración de la biotecnología, la nanotecnología, tecnología de la información (TIC) y la tecnología de los materiales a un ritmo acelerado; b) el mantenimiento de los avances tecnológicos y las aplicaciones en el

[15]Disponible http://www.lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico_news_cit/lqes_news_2016_lqes_news_novidades_2071.html. Visitado 18/09/2016.
[16] Disponible http://www.oxfam.org.br/noticias/relatorio_davos_2016 Visitado 18/09/2016.
[17] Disponible www.ipea.gov.br Visitado 18/09/2016.

campo de la ingeniería de materiales, en particular en las industrias de la electrónica, la construcción de aviones, automóviles y construcción; c) alta funcionalidad de los biomateriales que deben se desarrollar y estarán en el mercado en 2030; d) el mantenimiento de los avances y aplicaciones en el campo de la nanotecnología con la mejora de las propiedades de los materiales, principalmente para su uso en dispositivos informáticos de salud para la vigilancia humana, la liberación controlada de medicamentos y prótesis robóticas; revestimiento y embalaje y vigilancia del medio ambiente; e) desarrollo de envases inteligentes para alimentos y bebidas a base de nanotecnología para el año 2030.

En esta fotografía en el panel de la economía, la política y la tecnología son el comando central del desarrollo y la competencia global. Por lo tanto, el presagio de riesgo es al menos preocupación por la investigación de este.

ABDI iniciativa en colaboración con la UNICAMP, en 2011, preparó un estudio de los industriales nacionales que han invertido en innovación: "Las nanotecnologías: subsidios para el problema del riesgo y la regulación[18]".

El presente documento un folleto de directrices para la aplicación y desarrollo de la nanotecnologia y la cuestión del riesgo; la necesidad de campañas de educación de la población sobre la percepción de la nanotecnología en los beneficios y riesgos; y, como la regulación menciona que existe la necesidad de los interesados para guiar a los legisladores que participan activamente en la regulación. Por encima de todo, actuar de manera segura para evitar las desgracias dentro de los establecimientos con los actores directamente involucrados, a través de un buen gobierno y las prácticas éticas en el ejercicio de la actividad.

La agencia, para producir el documento, destinado a informar a los agentes económicos a cerca de los riesgos nanotecnológicos, que requieren una conducta normativa y ética para el funcionamiento de la actividad económica nacional[19].

Sin embargo, el sector productivo no comparte la información relacionada con los avances científicos que promueven dentro de las empresas. No existe una política gubernamental que requiere el intercambio de información y la transparencia para el consumidor. Por lo tanto, la base de datos disponible es poco profunda y poco fiable. Los investigadores han ayudado a la información fuera de las fronteras nacionales. Lo que se cuelga en el absurdo.

La Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA), por el contrario, el "Diagnóstico Institucional Nanotecnología[20]", 25 de marzo de 2014, puso de manifiesto que, si bien, con timidez siendo desarrollado desde 1970, fue a partir de 2005 que las nanotecnologías se han convertido y adoptado como una oportunidad para aprovechar los mercados, cuya perspectiva para el año 2020 es estar en la cima de la economía de mercado masivo, como valor que es su naturaliza.

Informó de que el número de productos fabricados en base a la nanotecnología también cresció: 2005, tenía entre 0 (cero) a 200; Ya en el año 2011, ya que data de 1600.

En Brasil, hay 608 empresas que utilizan las nanotecnologías y 150 que se desarrollan, cuyos sectores están en auge la industria química, petroquímica y de la salud. Hecho que llama la atención es el documento muestran que, en una encuesta realizada por

---

[18] Disponible http://www.abdi.com.br/Estudo/Relat%C3%B3rio%20Nano-Riscos_FINALreduzido.pdf Visitado 18/09/2016.

[19] Disponible www.abdi.com.br. Visitado 18/09/2016.

[20] Disponible http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fb117d80436c3cacb1b5b72a042b41f5/Diagn%C3%B3stico+Institucional+de+Nanotecnologia+-+CIN+2014+-+Dicol.pdf?MOD=AJPERES. Visitado 19/09/2016.

la ANVISA[21], en colaboración con el Comité Interministerial para la Nanotecnología (CIN), el Poder Ejecutivo Federal, en 2014, de los 637 productos fabricados a partir de la nanotecnología, 599 eran área cosmética correspondiente al 94% de la producción total.

Hay consistía desgracia de los seres humanos en el caso de la interacción entre las células humanas y nanopartículas puede afectar el sistema gastrointestinal, cerebro, pulmones, sistema circulatorio y linfático, corazón, enfermedades autoinmunes, dermatitis, urticaria y vasculitis, dependiendo de la forma de ingestión o contacto con una nanopartícula o nanomaterial. Sin embargo, estos datos no fueron producidos por las encuestas nacionales.

La situación se agrava ya que el tamaño de la nanopartícula, ya que puede variar de 10 a 100 nanómetros, comprendido en medidas negativas, es decir, que no se ve con el ojo desnudo, por lo tanto, capaz de miniaturizar el propio células humanas iguales. La más pequeña de las nanopartículas, mayor será la posibilidad de que interactuar con las células humanas, causando posibles percances anteriores.

En la Agenda Regulatoria ANVISA - ciclo cuatrienal 2013-2016 - para el bienio 2015/2016, la Agencia incluido en el "Punto 74" de sus propuestas, la regulación de los productos relacionados con la nanotecnología y los procesos sujetos a vigilancia sanitaria, establecer esta propuesta de normativa como siendo "conjunto de requisitos para avaliação e controle de produtos que utilizam nanotecnologia, dentre eles nanopartículas ou nanomateriais relacionados à saúde[22]".

Para justificar la intervención de la Agencia, el documento expone el hecho de que tales innovaciones tecnocientíficas aplicados en la fabricación de productos y procesos están disponibles en el mercado de consumo. Y por lo tanto, si es necesario con el fin de evaluar la seguridad, la eficacia y los riesgos asociados a la identificación de elementos sujetos a vigilancia sanitaria. Sin embargo, además, también hay ausencia de regulación, asimetría de la información y la insuficiencia metodológica.

La situación actual no es degradante porque el sistema legal actual. El principio jurídico de precaución, el objeto de numerosos debates que no van más allá del alcance de la diplomacia oficial, a nivel mundial, se vacía por intereses políticos. Sin embargo, puede servir como una hipótesis de si existe el compromiso político y económico en el aspecto legal para enfrentar el riesgo y, por lo tanto, gravitan hacia la gestión eficiente de los procesos de producción que implican las nanotecnologias.

3 La política de precaución y la precaución de la política: aspectos científicos y económicos para el tratamiento de la nanoescala

En el caso del problema del principio de precaución jurídica, es posible entender que es limitada en su deflación retórica. Es cautela de valor. Es una institución jurídica vaciado por la política tecno-científica y la sociedad global.

El riesgo es el elemento estructurante de la precaución. Es característico de las sociedades contemporáneas, reconocidas como las sociedades de riesgo; Cuenta con el desarrollo tecno-científico en respuesta al continuo progreso de la sociedad industrial. Esta

[21]Disponible http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fb117d80436c3cacb1b5b72a042b41f5/Diagn%C3%B3stico+Institucional+de+Nanotecnologia+-+CIN+2014+-+Dicol.pdf?MOD=AJPERES. Visitado 19/09/2016.

[22]Disponible http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/128f3b004b3a0f878a1faec9eb767343/relatorio_agenda_regulatoria15.compressed.pdf?MOD=AJPERES. Visitado 19/09/2016.

vez, el desarrollo industrial y económico promueve la producción y distribución del riesgo; tiene connotación autodestructivo, aumenta la incertidumbre con respecto a las actividades sociales tecnológicos relacionados con cualquier proceso económico global, y transtemporal y el riesgo invisible a los sentidos humanos y potencial catastrófico[23].

Comportamiento irresponsable Está organizada supone ap'1980, en particular, las empresas de la modernidad tardía, caracterizada por el abandono, el desprecio por el riesgo, incumplimiento de las regulaciones, leyes nacionales e internacionales por parte de los agentes de desarrollo con la connivencia del gobierno, en su afán para obtener más poder, la riqueza y el poder de los tocadores[24].

BECK, va más allá, citando Luhmann. Basa en que una de las consecuencias de esto es la mercantilización de riesgos, capaz de levantar el sistema capitalista para vuelos más altas, una nueva etapa de avance: el mismo de referencia, es decir, independiente del entorno de la satisfacción de las necesidades humanas, el sistema capitalista se retroalimenta, deshumaniza[25].

En este escenario, el caos y la crisis que enfrentan los seres humanos en la era de la técnica están directamente relacionados con la dominación capitalista y el sometimiento de las masas. La técnica instrumental aliado a la capital ha sido la unión perfecta, que el hombre y el planeta se divorciaron, pagando el papel de meros objetos de experimentos. En este tipo de comportamiento promiscuo BECK llama: las ciencias, la economía, la política y la ética viven en concubinato no declarada juntos en poco la lógica experimental[26].

Sin embargo, esta es la técnica de la contemporaneidad. La autonomía operativa del desarrollo científico se enfrenta a las expectativas cognitivas, con esto hay conocimiento cambio estructural rápidamente. "Em razão do primado cognitivo, há uma maior dinâmica no processo de legitimação de novas informações e resultados nas estruturas da ciência. Por esta razão, o conhecimento científico é percebido como frágil, por sua sujeição às contínuas revisões e aperfeiçoamentos"[27].

La ley no se ha dado cuenta a su encuentro, "ficou preso num impasse institucional em virtude do contraste entre a alta globalização de subsistemas sociais, como a economia, e a insuficiência da globalização da política simplesmente institucionalizada[28]".

Que es administrar este avance desequilibrada y posiblemente capaz de afligir a las sociedades, que el principio de precaución se presenta como una condición de posibilidad de delimitar las áreas de actividad de las nanotecnologías, siempre que sufren las irritaciones y acoplamientos apropiados y se convierta en una ingrediente activo pro.

---

[23] CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2013, p. 25.

[24] CAUBET, Christian Guy. *O conceito de sociedade de risco como autoabsolvição das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica.* Cadernos de Direito, vol. 13, n. 24, 2013.

[25] BECK, Ulrich. *Sociedade de* risco. 2 ed. São Paulo. Editora 34: 2011, p.28.

[26] BECK, Ulrich. *Sociedade de* risco. 2 ed. São Paulo. Editora 34: 2011, p.35.

[27] Debido a la regla cognitiva, hay una mayor dinámica en el proceso de legitimación de la nueva información y los resultados en las estructuras de la ciencia. Por esta razón, el conocimiento científico se percibe como frágil, que está sujeta a continuas revisiones y mejoras (traducción libre). *In* CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2013, p.125

[28] Atrapado en un callejón sin salida institucional debido al contraste entre la alta globalización de los subsistemas sociales, tales como la economía, y el fracaso de la globalización política simplemente institucionalizado (traducción libre). *In* TEUBNER, Günther. *Os múltiplos corpos do rei:* a autodestruição da hierarquia do direito. *In* Filosofia do Direito e do Direito Econômico. Que diálogo? Lisboa. Piaget: 2001, p. 346.

CARVALHO[29], en Brasil, y FARBER[30], en los Estados Unidos, frente, cada uno, y de su sistema de observación social, la (re) construcción del principio jurídico de precaución. En tanto, el principio tiene por objeto la gestión eficiente del riesgo futuro: para ellos, el control sobre los desastres climáticos; para la investigación en nanotecnología aplicada y los efectos secundarios imprevisibles.

En Brasil, CARVALHO considera que el principio jurídico debe comportarse en su comprensión y aplicación, compromiso científico y económico; en el caso de los Estados Unidos, FARBER tiene como objetivo inculcar en el sistema social, irritación esencialmente económico, político de los derechos naturales.

En este sentido, FARBER aclara que la base ideológica del principio es la aversión al riesgo o escepticismo sobre la capacidad de tolerar daños al medio ambiente; el principio de la política básica no permite la falta de certeza científica justifica la inacción frente a los posibles riesgos, no cuantificables, irreversibles y daños catastróficos. Para él, el principio de precaución que funciona mejor para decir la hora de tomar precauciones, a diferencia de gran precaución a tomar. "O princípio da precaução não é para paralisar o desenvolvimento[31]".

Sólo la ley, herramienta de aplicación, no puede hacer frente con el principio de precaución debido a que "o direito sem circularidade baseia-se apenas em si mesmo, na base arbitrária de uma distinção violenta, na fundação mística da autoridade"[32].

La lectura que hace que los extractos de ambos, se entiende que el principio de precaución podría ser cortado en dos partes: Parte 1: El comienzo (precaución) como la política, por lo tanto, la cantidad de precaución; 2ª parte: la precaución, ya que una medida de probabilidad y rentable, por lo tanto, el valor científico y económico.

Para CARVALHO, el principio legal gobernado solamente por la política de tiempo es ineficiente; Es necesario irritación científica y económica para obtener parámetros para una gestión circular y el riesgo agregado. Para FARBER, la precaución mide solamente por el costo-beneficio de la economía es ineficiente, requiere que el valor de la precaución de irritación política con el fin de no asignar precios situaciones imposibles de pagar[33].

Que delimita el principio de precaución por ambos criterios es el desafío para la gestión eficiente de los riesgos nanotecnológicos. De lo contrario, las ideologías de los intereses políticos, jurídicos o económicos seguirán eco en el vaciado de la aplicación técnica de la precaución.

Para hacer frente a este tipo de aparente complejidad, debemos hacer frente a las dificultades con la deconstrucción de la jerarquía jurídica clásica para "estender as suas atividades para além da literatura teórica e da filosofia, nas regiões mais exóticas das

---

[29]CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[30] FARBER, Daniel A. (july, 28, 2015) *Coping with Uncertainty: Cost-Benefit Analysis, the Precautionary Principle and Climate Change*. Washington Law Rewiew. Vol. 90, 2015; UC Berkeley Public Law Research Paper nº 2637105. Acessible http://ssrn.com/abstract=2637105 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2637105. Visitado 17/09/2016.

[31] El principio de precaución no es paralizar el desarrollo (traducción libre). *In* O'MATHUNA, Dónal P. *Nanoethics:*big ethical issues with small technology. Continuum International Publishing Group. London: 2009.

[32] La derecha sin circularidad se basa únicamente en sí mismo de forma arbitraria de una distinción violenta, el fundamento místico de la autoridade (traducción libre). *In* TEUBNER, Günther. *Os múltiplos corpos do rei:* a autodestruição da hierarquia do direito. *In* Filosofia do Direito e do Direito Econômico. Que diálogo? Lisboa. Piaget: 2001, p.339

[33] El Teubner en sí también entiende que la ley es el instrumento de regulación política. *In* TEUBNER, Günther. *Os múltiplos corpos do rei:* a autodestruição da hierarquia do direito. *In* Filosofia do Direito e do Direito Econômico. Que diálogo? Lisboa. Piaget: 2001, p.340).

práticas decisionais como o direito, a política e a economia[34]". Deben reconocer que esto no es deconstruir el concepto de jerarquía de la ley, pero para familiarizarse con la realidad de que la globalización trató de deconstruir la reproducción de la jerarquía.

Brasil está experimentando actualmente una falta de ética moral y se vacía de todo significado y ningún principio que muestra la escena natural de la devastación y el desarrollo del sector nanotecnológico sin la base científica mínima de esta. Factores científicos y económicos son útiles para contener el avance de esta debacle política. "É a política parte das estratégias funcionais da sociedade para lidar com os riscos"[35].

Es en el ámbito de los principios se encuentra la estructuración moral fundamental. Los principios son la razón de pensar acerca de la sociedad, el derecho y la justicia. Son perfil controvertido y polisémico y "pode-se dizer que os mesmos representam as linhas gerais do Direito, responsáveis pela formação do sistema jurídico[36]".

SCROUR[37] confrontar las normas éticas americanos y los puntos de Brasil a cabo, en contraste con el puritanismo americano, que infecta a toda la sociedad en su macro-forma, en Brasil, no es un híbrido, la moral hipócrita; oportunismo y conveniencia. Por lo tanto la situación nacional y la absoluta falta de ética en todos los sectores de la sociedad; o más bien, una ética negociados, tipo flexible, porque la moral de evaluación depende del tiempo y el interés de que se trate, teniendo en cuenta la necesidad de tomar ventaja de todo.

El norte de los principios que deben guiar las orientaciones o sistema social en Brasil está catalogada sistemáticamente en la Constitución, en virtud del cual, todo lo demás es o debe ser objeto, porque es allí que las razones de pensamiento está contenido el país, como el artículo 170, que da el mapa de la actividad económica exploratoria[38].

Se puede ver un principio de política nacional mucho más amplio de la prospección interna y externa. Es la contenida en el pabellón institucional del país: el orden y el progreso. Estas dos palabras significan que el país está claramente basado en dos pilares fundamentales: social y económico. Esta comprensión es posible en vista del sitio histórico de sus declaraciones y de la historia. En 1988, Brasil consolidó la posición de aprovechar todo el sistema social de la economía. Una lectura cuidadosa del preámbulo y el artículo 1, valida la reclamación flamular.

Es la estructura política que ENGELMANN llama "princípios de sistematização, como aqueles capazes de delimitar e conformar o sistema de normas e regras jurídicas[39]". La moral económica extralegal motivos para pensar y decidir acerca de los riesgos. Además, pueden ser considerados como caja estándar del sistema de la libertad, entendida como "a

---

[34] Extender sus actividades más allá de la literatura teórica y la filosofía, en las regiones más exóticas de prácticas de toma de decisiones como el derecho, la política y la economia (traducción libre). *In* TEUBNER, Günther. *Os múltiplos corpos do rei:* a autodestruição da hierarquia do direito. *In* Filosofia do Direito e do Direito Econômico. Que diálogo? Lisboa. Piaget: 2001, p 346.

[35] Es la política de las estrategias funcionales de la sociedad para hacer frente a los riesgos (traducción libre). In CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2013, p. 25

[36] Se puede decir que representan los términos generales del derecho, responsable de la formación del sistema legal (traducción libre). *In* ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico:* princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor: 2001, p. 95.

[37] SCROUR, Robert. *Ética empresarial:* o ciclo virtuoso dos negócios. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier: 2008, p. 63

[38] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2015.

[39] Sistematización de principios, tales como las condiciones de definir y dar forma al sistema de normas y reglas legales (traducción libre). *In* ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico:* princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor: 2001, p.102.

liberdade jurídica como a garantia institucional da liberdade natural, de modo que qualquer limitação que possa ser lançada sobre esta, caracteriza-se como uma restrição à liberdade jurídica e, desta forma, aos direitos fundamentais"[40].

Por lo tanto, la función como un parámetro, lo que limita y conformación de todo el sistema social de la racionalidad limitada: este desarrollo, reflexivo en el futuro.

Extrae que las decisiones y comportamiento de las empresas deben ser gobernadas de acuerdo con el propósito-reglas contenidas en el artículo 170 de la Constitución Federal Brasileña; También debe prestar atención a la buena fe y la integridad (artículo 422 del Código Civil), principalmente para hacer cumplir la función social de las empresas (artículo 421 del Código Civil). Todo esto debe guiar las actividades económicas, los valores de la institucionalización.

La lectura de las obligaciones descritas en el párrafo único del artículo 116 de la Ley de Sociedades, es posible verificar las funciones de control de los accionistas. Esto debe usar sus poderes de control para lograr el alcance de la empresa y su función social; prestar atención a sus responsabilidades para con los demás accionistas y empleados; con la comunidad de su entorno, teniendo en cuenta sus intereses y que les prestan servicios; asegurando así la eficacia del alcance constitucional[41].

El papel de las empresas y por lo tanto la empresa institucional se identifica a través de reglas formales e informales de comportamiento, no necesariamente codificadas en los estatutos, pero internas, privadas y otras organizaciones sociales, difuso; Sin embargo, se prestan a respaldar el comportamiento de macrosociedad. Históricamente, las empresas han construido sus bases en la matriz social.

Las instituciones formales e informales son guiados por la ética, la moral, los conceptos de buena fe y el buen comportamiento de las empresas, el ejemplo tomado de un buen hombre de familia que gobierna bien y el negocio familiar (art. 1011, Código Civil).

La teoría de las nuevas preguntas economía institucional la economía neoclásica (liberalismo y el utilitarismo) para presionar por hiperracionais y maximizar las opciones de comportamiento cuando cada acción y las decisiones empresariales son embrincadas con las instituciones formales e informales que influyen en los resultados de la empresa para la reflexión social[42].

REALE dice que el éxito de la teoría del equilibrio y la estabilidad institucional depende de cuestiones de gestión de políticas, éticas y económicas, para la superación de la crisis capitalista se encuentra estrechamente ligada a la competitividad, pero los trabajadores y sus familias no pueden esperar reajustes espontáneas empresas. Por lo tanto, es necesaria la revisión de los conceptos[43].

---

[40] La libertad legal como la garantía institucional de la libertad natural, por lo que cualquier restricción que podrían ser lanzados en esta, se caracteriza como una restricción a la libertad legal y por lo tanto los derechos fundamentales (traducción libre) *In* ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico:* princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor: 2001, p. 102-103.
[41] COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle da sociedade anônima.* 5 ed. Rio de Janeiro. Elsevier: 2008, p.365.
[42] ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (Orgs.) *Direito & Economia.* Rio de Janeiro. Elsevier: 2005, p.3.
[43] WALD, Arnold; FONSECA, Ricardo Garcia da. (Coords.) *A empresa no terceiro milênio.* São Paulo. Juarez de Oliveira: 2005, p.4.

Es por lo tanto en la empresa que debe conciliar los intereses. Los intereses en conflicto, materialmente inversores convergentes e interdependientes, gerentes, empleados, consumidores y el medio ambiente; son la fuerza motriz del nuevo orden económico mundial. Las decisiones empresariales deben ser tomadas de manera responsable. TIMM explica que el mercado en el que opera la empresa "é um espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio. Com efeito, o mercado existe como uma instituição social espontânea, vale dizer, como fato[44]".

Una empresa que se identifica como una corporación lleva a cabo la gestión, intrínsecos y extrínsecos valores de la innovación como sinónimo de progreso económico y social, que es esencialmente la mejor asignación de los recursos productivos y no experimentó todavía[45].

En verdad, hay un problema con la moral en la aplicación de la política, la ética sólo se puede resolver como se ha mencionado por O'MATHUNA, cuando se trata de Nanoética: "Ethics is often seen as a rational approach to moral dilemas which helps people think through and defend choices about right and wrong[46]".

A su debido tiempo, ENGELMANN ocupó de las nanotecnologías en la regulación IAMOT 2015 (Asociación Internacional para la Gestión de la Tecnología), 08 a 11 junio de 2015, las prácticas de gestión empresarial pueden desempeñar un papel eficaz en la gestión del riesgo nanotecnológico: "The compliance programs as an alternative to business management to deal with the right to consumer information and with the risks brought by nanotechnology"[47].

De acuerdo con las disposiciones internacionales, Brasil se sumó al proyecto europeo denominado NanoReg[48] en 2014. El proyecto pretende abordar la regulación internacional y promover la creación de bases de datos, en colaboración con todos los países sobre las técnicas que implican la nano y la información debe ser alimentado y puede ser consultado por todos los miembros. ENGELMANN de acuerdo con esta adhesión, a condición de que se ha centrado en los derechos humanos: "That is, the constructed response should still be aligned with the international standards on Human Rights and meet legal decisions already produced by International Courts of Human Rights, being regional or global"[49].

---

[44] Es un espacio público para la interacción social y colectiva destinada a situaciones de equilibrio. De hecho, el mercado está ahí como una institución social espontánea, es decir, como un hecho (traducción libre). *In* TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito & Economia.* Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2008, p. 82.

[45] SCHUMPETER, J. A. La inestabilidad del capitalismo*. In* ROSEMBERG, Nathan. (Or *Economia del cambio tecnológico.* México. Fondo de Cultura Economica: 1971, p. 35.

[46] La ética es a menudo visto como un enfoque racional de los dilemas morales que ayuda a la gente piensa y defender a través de decisiones acerca de lo correcto e incorrecto (traducción libre). *In* O'MATHUNA, Dónal P. *Nanoethics:*big ethical issues with small technology. Continuum International Publishing Group. London: 2009, p.31.

[47] Los programas de cumplimiento de la una alternativa a la gestión empresarial para abordar el derecho a la información de los consumidores y con los riesgos de la nanotecnología expresso (traducción libre). *In* ENGELMANN, Wilson. Primeras tentativas de reglamentación de las nanotecnologias em Brasil. *In* FOLADORI, Guillermo et al. (Coords.) *Nanotecnologías em America Latina:* trabajo y regulación. Universidad Autonoma de Zacatecas. México, D.F. Miguel Angel Porrúa, 2015.

[48] Disponible http://nanoreg.eu/ Visitado 16/09/2016.

[49] Es decir, el shouldnt respuesta construida todavía estar alineados con los estándares internacionales de derechos humanos y cumplir las decisiones frías ya producidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, ser regional o global (traducción libre). *In* ENGELMANN, Wilson. Primeras

En un artículo titulado, El derecho a los retos que plantea la nanotecnología, ENGELMANN indica que la regulación debe hacerse por el sistema dialógica; democrática y horizontalized; por un "gobierno por objetivos": la calidad de la comunicación entre las partes implicadas en el desarrollo de la nanotecnología; entre los trabajadores, los consumidores, las empresas, los sindicatos, los reguladores, etc. El alcance es humanizar la técnica y los posibles efectos nocivos antes de que ocurran[50].

Añade que la gestión de riesgos abarca el desempeño del personal directivo de la buena fe, de este acto y sin intención de causar lesiones o daños[51]. Los criterios de gobierno corporativo aplicables no sólo están vinculados a los intereses de las partes interesadas y los accionistas. La ampliación del concepto y la actitud debe comportarse de manera sistemática el diálogo con la sociedad civil, organizada o no, y con el gobierno; Elaboración de los Códigos éticos en toda la cadena de la vida de una nanopartícula y la política democrática y horizontalized sea eficaz. Este es un democratización nano.

Este democratización nano puede ayudar en la búsqueda de las prioridades científicas y sociales, desde la racionalidad limitada de las decisiones políticas, una mayor inversión en toxicología: rama científica que busca obtener resultados en aplicaciones nanotecnológicas.

El ejemplo de las iniciativas organizadas nanodemocracia, el Consejo del Consumidor de Dinamarca y el Consejo Danés ecológica se creó en cooperación con el Departamento de Medio Ambiente de la Universidad Técnica de Dinamarca (DTU) el 30 de enero de 2013, la databasenano[52]. Una iniciativa que ha catalogado más de 1.200 productos hechos con base nanotecnológica para la consulta directa por parte del consumidor, incluyendo los cosméticos, suplementos alimenticios y otros artículos. La intención de la creación de la asociación, base de datos, es precisamente para informar al consumidor y le permitirá ejercer su elección consciente[53].

La misma iniciativa en Brasil se aprobó bajo la coordinación del profesor de la USP, el Dr. LENZ y SILVA, para crear en marzo de 2015, HSEnano sitio - Salud, Seguridad, Medio Ambiente (www.hsenano.com) con gran repositorio de información y la investigación acerca de lo que está siendo desarrollado por la silla de la ingeniería de materiales, la nanotecnología y la toxicología, con el apoyo del Gobierno Federal y las asociaciones internacionales.

Además, la adopción de una buena política, la racionalidad limitada en el escenario competitivo mundial muestra empresas gubernamentales más rentables y mejor respetados, denotan que la hiper-racionalidad capitalista ya ha mitigado el espacio debido a la situación global de los riesgos.

---

tentativas de reglamentación de las nanotecnologias em Brasil. *In* FOLADORI, Guillermo et al. (Coords.) *Nanotecnologías em America Latina:* trabajo y regulación. Universidad Autonoma de Zacatecas. México, D.F. Miguel Angel Porrúa, 2015.

[50] ENGELMANN, Wilson. O Direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. *In* STRECK, Lênio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2013.

[51] ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases para a juridiciação do risco. *In* STRECK, Lênio; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.) *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica.* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2012, p. 392.

[52] Disponible www.nano.taenk.dk

[53] Disponible <http://www.unochapeco.edu.br/quimica/noticias/lancado-banco-de-dados-com-informacoes-de-riscos-da-nanotecnologia-para-o-consumidor> Visitado 16/09/2016.

La precaución es diferente de la prevención. La prevención es el riesgo a partir de datos conocidos, científico y económico. Precaución, no. Debe tenerse en cuenta cuando hay duda científica sobre el impacto del desarrollo, tanto de bienes como de las personas o el medio ambiente. Por lo tanto, la competencia por la racionalidad y la razón limitada para gobernar las decisiones corporativas respecto a la disponibilidad de apoyo social riesgos nanotecnológicos.

La precaución ante la mirada del profesor CARVALHO se entiende a partir del grado de incertidumbre entre la probabilidad, la ambigüedad, la magnitud y la ignorancia científica. Por lo tanto, la posición adoptada contra el riesgo "decorre sempre de uma tomada de decisão, consistindo em elemento interno ao sistema, ao passo que o perigo decorre da perspectiva do agente passivo ou da vítima (pessoa ou sistema), ocasionando frustrações por eventos exteriores[54]".

Debe, sin embargo, ser claro en el entendimiento de que "os riscos constituem conceitualmente como tal, quando, acerca do conhecimento das probabilidades, há alguma base científica para as probabilidades e quanto ao conhecimento acerca dos efeitos, estes são bem definidos[55]".

La tabla 1 ilustra esquemáticamente calidad y las dimensiones de la probabilidad de riesgo y efectos.

	El conocimiento de	Efectos
El conocimiento de las probabilidades	Efectos bien definidos	Efectos establecidos de forma pobre
Algunas bases de la probabilidads	Riesgo	Ambigüedad
	Indeterminación o incertidumbre	General
No hay base para probabilidads	Incertidumbre	Ignorancia

Fonte: STIRLING, Andy; GEE, David. *Sciense, Precaution and Practice.Public Health Reports.* Vol. 117, p. 524. Association of Schools of Public Health: nov-dec, 2002. *In* CARVALHO, Delton Winter de. Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, 91. (traducciòn libre)

[54] Siempre se deriva de una toma de decisiones, consta de un elemento interno al sistema, mientras que el peligro surge desde la perspectiva del agente pasivo o de la víctima (persona o sistema), provocando frustración para eventos al aire libre (traducción libre). *In* CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre: 2013, p. 76.

[55] Los riesgos son conceptualmente como tal cuando, sobre el conocimiento de las probabilidades, hay alguna base científica para las probabilidades y en el conocimiento sobre los efectos, éstos están bien definidos (traducción libre). *In* CARVALHO, Delton Winter de. *Desastres ambientais esua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2015, p.90.

Así, por lo que hay la necesidad de hacer sobre la base del principio de precaución decisión se asume que: a) identificar los efectos potencialmente peligrosos de un fenómeno, un producto o un proceso; b) existe una evaluación científica del riesgo de que, debido a la falta de datos, no se puede determinar con suficiente certeza. Esto hace que sea fácil saber si existe la necesidad de la investigación, evaluación y gestión, en particular, el resumen que carece de metodología transdisciplinaria y democrática, que policontextural diálogo entre el derecho, la ciencia, la política, la economía puede cooperar con una gestión eficiente[56].

Para la precaución es efectiva, es necesario que el valor precaución se fija en la semántica del principio de precaución y se dedica a la esfera científica del análisis económico probabilidad y coste-beneficio y completar el motivo legal con la posibilidad de la condición de expansión sus fuentes. No es posible en ese momento, se centran en las energías único valor precaución de la discusión política, cuando este valor está contaminada por la hiper-racionalidad económica. Es necesario para alcanzar la racionalidad limitada: la política, la ciencia y la economía, junto con la ley.

SUSTEIN[57] entiende los problemas que la precaución caras de la política y la moral. Señala que la ciencia económica que estudia el comportamiento de las personas que apuntan en la dirección que el principio de precaución no tiene en cuenta para manejar los riesgos diarios y por lo tanto es imposible, en la mayoría de casos reales, a prevenir el principio se ve frustrado. Por lo tanto, la prudencia paralizante porque hay parámetros científicos para la mayoría de los riesgos a gran escala. Para SUSTEIN, para estar seguro, la precaución es mantenido por el miedo generado por la idea preconcebida (heurística) que a la larga extensión de la aplicación del principio y, por tanto, el principio tiene que ser mejor parámetro científica.

ACKERMAN y HEINZERLING[58] critican el análisis económico de la relación coste-beneficio valorado por SUSTEIN. Criticar hacia el análisis no contiene los valores estimados para la sociedad, que al precio que el precio, al igual que el futuro sostenible. La teoría no responde a la cuestión de los riesgos de baja probabilidad, magnitud y alta vulnerabilidad.

Pero en este Titanes del torneo, el análisis de la relación coste-beneficio no puede ser ignorada, ya que es la piedra angular de la sociedad contemporánea; es posible extraer los beneficios necesarios para aprovechar la racionalidad limitada cuando se trata de la nanotecnología.

Los objetivos del análisis de la eficiencia de costes y beneficios, lograr resultados más deseables con menos recursos, incluso si para ello, trabajan con los supuestos y los números creados ficticiamente[59] para parametrizar la base de cálculo.

Curiosamente ACKERMAN y HEINZERLING afirman que las regulaciones de los Estados Unidos sólo se llevan a cabo por la Agencia cuando el análisis del coste-beneficio ha alcanzado el nivel de eficiencia, para asegurar que los beneficios superan los costos, por lo

[56] CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre: 2013, p. 78-79.
[57] SUSTEIN, Cass R. *Beyond the precautionary principle.* (January, 2003). U Chicago Law & Economics, Olin working Paper n 149; U of Chicago, Public Law Working Paper n 38. Disponible http://ssrn.com/abstract=307098 Visitado 18/09/2016.
[58] ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Liza (2002). *Pricing the priceless:*cost-benefit analysis of environmental protection. 150 U PA L Ver 1553. Disponible http://acholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol150/iss5/6 visitado 18/19/2016.
[59] El análisis de costo-beneficio implica la creación de mercados artificiales para cosas como la buena salud, larga vida y el aire limpio no se compran y venden. También implica la devaluación de los acontecimientos futuros a través de descuentos.

que la regulación puede ayudar tener beneficios netos más altos a causa de la seguridad jurídica.

El análisis contribuye también de manera eficaz en la toma de decisiones por parte de agentes de regulación basados en criterios objetivos; ayuda a prevenir las decisiones arbitrarias o injustas en favor de los grupos políticamente favorecidos; Es a través de la restricción de las actividades de la agencia; hacer transparente la decisión, ya que requiere que los tomadores de decisiones revelan sus decisiones todos los supuestos y las incertidumbres.

El análisis de coste-beneficio a partir de datos científicos asociados con una buena política de gobierno corporativo alcanza el grado ideal de racionalidad limitada en la gestión de riesgos de la nanotecnología.

SLATER[60], de la Universidad de Carleton, para estudiar la posible regulación de las nanotecnologías, dispuesta en torno a la importancia de establecer la diferencia entre el riesgo y la incertidumbre. El riesgo de las posibilidades matemáticas ocurrir y no incertidumbres; pues no hay, incluso, cualquier probabilidad medible, un problema que enfrenta el estado del arte del desarrollo nanotecnológico actual (*known unknown*).

El problema radica precisamente en la falta de transparencia en la difusión de los datos científicos. En otro aspecto, el problema se agrava porque sucede con la concurrencia y la inercia del Gobierno que acompaña a todo lo cerca y actúa como intermediario entre las universidades y las empresas, la promoción de la investigación y la explotación económica de los resultados de la investigación.

Sin embargo, el Centro de Gestión de Estudios Estratégicos[61] (CGEE) - dependiente del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación (MCTI), por tanto, de interés nacional y cuya misión es informar a los procesos de toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la ciencia, la tecnología y la innovación, a través de estudios para guiar las estrategias y articular todos los intereses que conforman el sistema nacional tiene los objetivos importantes para el desarrollo seguro de las nanotecnologías: a) promover y realizar estudios y estudios prospectivos de alto nivel en los campos de la educación, la ciencia, la tecnología y innovación y sus relaciones con los sectores productores de bienes y servicios; b) promover y realizar actividades y estrategias de los impactos económicos y sociales de las políticas, programas y proyectos de asistencia científica, tecnológica, la innovación y la formación de los recursos humanos de evaluación; c) la difusión de información, experiencias y proyectos para la sociedad; d) promover el diálogo, la coordinación y la interacción de la educación, la ciencia, la tecnología y la innovación con el sector empresarial; e) desarrollar actividades de apoyo técnico y logístico para las instituciones públicas y privadas; y f) prestar servicios relacionados con su área de especialización.

Teniendo en cuenta estos objetivos nacionales y potencial de acción institucional sería un buen momento para que el Gobierno y la cantidad de capital para invertir en la innovación también adoptar mejores políticas y prácticas que determinan la transparencia de la información científica, la recopilación de datos con el fin de hacer posible orientar las

---

[60] SLATER, Robert. March (2009). *The regulation of known unknowns:*toward good regulatory governance principles. *In* Regulatory Governance Principles – RGI n 3. Carleton University. School of Public and Administration. Disponible www.carleton.ca/sppa visitado 20/10/2016.

[61] Disponible http://www.cgee.org.br/arquivos/cgee_estatuto.pdf e http://www.cgee.org.br/sobre/finalidade.php. Visitado 18/09/2016.

estrategias nacionales de desarrollo bajo los auspicios de los principios democráticos y la eficiencia en la gestión.

Como resultado de tomar el liderazgo, un círculo virtuoso en torno al desarrollo de las nanotecnologías y la gestión del riesgo sería factible, debido a que la participación comprometida de los agentes económicos y la percepción pública de los riesgos, conformadora del imaginario social, podría contribuir a democratización nano.

4 Conclusión

El diálogo entre la práctica y la razón de decidir del comienzo de este siglo espectáculos, en el horizonte, la irracionalidad tomó su asiento como protagonista de todo el desarrollo. Aunque, si predican en voz alta el estado de derecho democrático da a la gente la estructura necesaria para la apropiación de todos los espacios sociales, todavía hay mucho por recorrer hasta que este discurso se haga efectiva.

Cuando se trata de desarrollo a través de la nanotecnología, el escenario empeora de las características correspondientes, entre ellos el multidisciplinario conforme al sujeto y al mismo tiempo, poca o ninguna condición para tratar específicamente ya que está influenciado por diversas áreas del conocimiento del arte humano, no tener un lugar para estudiar sólo por sus ciencias jurídicas pueden arrogarse la preparación de los controles y los seguros necesarios, o, mejor límites legales para la distribución de la justicia social.

Entonces, ¿cómo son las nanotecnologías en un vacío legal, las herramientas de desarrollo que están disponibles para empresas y universidades, con la intermediación directa del gobierno, se ve una vez más en manos del hombre mismo el poder de decidir acerca el presente y el futuro de la humanidad. Y la voluntad, tal vez, de una manera racional, por supuesto! Pero, ¿qué tipo de racionalidad se ejercerá, esa es la cuestión.

La racionalidad se esperaba en este momento del desarrollo de las nanotecnologías es el que pone el hombre que piensa y la sociedad que utiliza este pensamiento en perfecta armonía, ya que ambos están estrechamente vinculados por la misma razón de existir, a la auto-realización.

La racionalidad económica que prevalece en el desarrollo ya no sirve para fertilizar el estado de derecho democrático, porque, al contrario es la Constitución Federal de 1988, que muestra claramente el alcance de la sociedad que se rige por la justicia social, la dignidad y el valor del trabajo.

El principio de precaución debe abandonar la retórica y saltar a la práctica con el fin de satisfacer las demandas procedentes de los riesgos de desarrollo de las nanotecnologías.

La hipótesis de la investigación se confirma, ahora, en conclusión, es que el principio de precaución carácter político y pragmático necesita ser mejor comprendida y capturado por encuentro transdisciplinar de la ciencia, cada departamento de dar su contribución.

Los principios políticos, sociales y económicos que alimentan volver al principio de precaución jurídica de la siguiente manera: las políticas del gobierno para alentar y control de los agentes implicados en el desarrollo nanotecnológico, viradas universidades, las empresas y el propio gobierno, promoviendo las decisiones éticas; el edificio de ciencias naturales, dar y alimentar la base de datos de colaboración con información transparente sobre el desarrollo y los riesgos; empresas que adopten un comportamiento responsable y comprometida; ciencias económicas que aplican relaciones costo-beneficio de las probabilidades; las ciencias sociales, la promoción de nanodemocratização y la ley, juridicizando todo esto y el control de la gestión eficiente para lograr un círculo virtuoso de desarrollo.

Referencias

ACKERMAN, Frank; HEINZERLING, Liza. (2002) *Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection.* 150 U. PA. L. Rev 1553. Disponível em http://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol150/iss5/6. Visitado 18/07/2016.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial *Panorama nanotecnologia* / Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. – Brasília: ABDI, 2010. 180 p. (Série Cadernos da Indústria ABDI XIX). Acessible www.abdi.gov.br.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco.* 2º ed. São Paulo. Editora 34, 2011.

CAUBET, Christian Guy. (2013) *O conceito de sociedade de risco como autoabsolvição das sociedades industriais infensas à responsabilidade jurídica. In* Cadernos de Direito. Vol. 13 (24)

CARVALHO, Delton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental.* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COMPARATO, Fábio K.; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle da sociedade anônima.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico:* princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor: 2001.

_____. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Orgs.). *Constituição, Sistemas e Hermenêutica:* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 9, 2012.

_____. O Direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. *In* STRECK; ROCHA; ENGELMANN. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. ANUÁRIO de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Primeras tentativas de reglamentación de las nanotecnologías en Brasil. *In*: FOLADORI, Guillermo et al (Coords.). *Nanotecnologías en América Latina: trabajo y regulación.* Universidad Autônoma de Zacatecas; México, D.F.: Miguel Ángel Porrúa, 2015.

FARBER, Daniel A. (july, 28, 2015) *Coping with Uncertainty: Cost-Benefit Analysis, the Precautionary Principle and Climate Change*. Washington Law Rewiew. Vol. 90, 2015; UC Berkeley Public Law Research Paper nº 2637105.

Acessible http://ssrn.com/abstract=2637105 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2637105. Visitado 17/09/2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* São Paulo: Malheiros, 2015.

GUTERRES, Silvia Stanisçuaski; BECK, Ruy Carlos Ruver; POHLMANN, Adriana Raffin. Nanocosmecêuticos. *IN*: COSTA, Adilson (Org.). *Tratado Internacional de Cosmecêuticos*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

O'MATHÚNA, Dónal P. *Nanoethics: big ethical issues with small technology.* Continuum International Publishing Group. London: 2009

SCHUMPETER, J. A. La inestabilidad del capitalismo. *In* ROSEMBERG, Nathan (Org.). *Economia del cambio tecnologico*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1971.

SCROUR, Robert. *Ética Empresarial. O ciclo virtuoso dos negócios.* 3º ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SLATER, Robert. March (2009) *The regulation ok known unknowns: toward good regulatory governance principles. In* Regulatory Governance Principles - RGI. Nº 3. Carleton University. School of Public Policy and Administration. Acessible www.carleton.ca/sppa.

SUSTEIN, Cass R. *Beyond the Precautionary Pirnciple.* (January, 2003). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper nº 149; U of Chicago, Public Law Working Paper nº 38. Disponível em http://ssrn.com/abstract=307098 http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.307098 Visitado 18/09/2016.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito & Economia.* (Org.). 2º ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2008.

TEUBNER, Gunther. *Os Múltiplos corpos do Rei: A autodestruição da hierarquia do direito*. *In*: Filosofia do Direito e do Direito Econômico. Que diálogo? Lisboa: Piaget, 2001.

WALD, Arnold e FONSECA, Ricardo Garcia da (coord.). *A empresa no terceiro milênio.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). 2º tiragem. *Direito & Economia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 31-65
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A dupla tributação internacional: questões levantadas e métodos para a evitar

International double taxation: raised issues and methods to avoid it

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO[1]
Instituto Politécnico da Maia (Portugal);
Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (Portugal)

Sumário: 1. Introdução; descrição do problema. 2. A dupla tributação; a regra das quatro identidades. 2.1. A identidade do facto tributário. 2.2. A pluralidade de normas. 3. Métodos para eliminar a dupla tributação internacional. 3.1. Medidas unilaterais. 3.1.1. Método da isenção. 3.1.2. Método da imputação ou crédito de imposto. 3.1.3. Outras medidas unilaterais. 3.2. Medidas bilaterais. 3.3. A aplicação dos métodos de eliminação da dupla tributação. 3.4. A competência dos Estados para tributar. 3.4.1. Rendimentos de imóveis. 3.4.2. Lucros de empresas. 3.4.3. Lucros provenientes da exploração de navios, barcos ou aeronaves. 3.4.4. Empresas associadas. 3.4.5. Dividendos. 3.4.6. Juros. 3.4.7. Royalties. 3.4.8. Mais-valias. 3.4.9. Rendimentos de profissões independentes. 3.4.10. Rendimentos do trabalho dependente. 3.4.11. Remunerações atribuídas a membros de conselho de administração ou de conselho fiscal. 3.4.12. Artistas e desportistas. 3.4.13. Pensões. 3.4.14. Remunerações públicas. 3.4.15. Estudantes e estagiários. 3.4.16. Outros rendimentos. 3.4.17. Outro património. 4. Conclusões. 5. Bibliografia citada.

Resumo: As questões levantadas pela circulação de pessoas, bens, serviços e capitais à escala mundial, levantam o problema da prevenção, eliminação ou atenuação da dupla (ou múltipla) tributação internacional, potenciada pelas diferenças entre as legislações internas.
A existência de relações jurídico-fiscais plurilocalizadas, fruto da internacionalização das relações económicas, gerou a necessidade de criar vários tipos de conexões (de natureza real e pessoal) para efeitos de tributação.
Na verificação de diferentes elementos de conexão, poderemos estar perante situações de dupla (ou múltipla) tributação (v.g. conflitos positivos de tributação), ou de dupla não tributação, no caso de conflito negativo de tributação ou tributação zero. Esta última hipótese gera situações de fraude e de evasão fiscal, com riscos no que toca à erosão da base fiscal dos Estados.
Perante os conflitos positivos de tributação, foram criados métodos para eliminar, evitar ou atenuar a dupla tributação internacional, medidas essas que podem ser unilaterais ou bilaterais/multilaterais. Tais medidas visam ainda assegurar uma distribuição equitativa das receitas fiscais pelos diferentes Estados envolvidos, bem como combater a fraude e a evasão fiscal internacionais.

Palavras-chave: Relações jurídico-fiscais plurilocalizadas, internacionalização, conexões para efeitos de tributação, conflitos positivos e negativos de tributação, métodos para evitar a dupla tributação internacional.

[1] Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia e Assistente Convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.

Abstract: The issues raised by the worldwide movement of people, goods, services and capital, bring the problem of the prevention, elimination or mitigation of international double taxation, boosted by the existing differences in domestic legislation.
The existence of plurilocalized tax relations, as a result of the internationalization of economic relations, has created the need to create various types of connections (either of real and personal nature) for taxation purposes.
As far as the verification of different elements of connection is concerned, we may be faced with situations of double (or multiple) taxation (positive tax conflicts), or double non-taxation, in the event of a negative taxation conflict or even zero taxation. The latter situation increases fraud and tax evasion, with risks such as the erosion of the tax base of the States.
To face the positive tax conflicts, some methods have been developed in order to eliminate, avoid or mitigate international double taxation, which may be unilateral or bilateral/multilateral. These measures are also intended to ensure a fair distribution of tax revenues by the various States involved, as well as to combat international tax evasion and avoidance.

Keywords: Pluri-localized tax relations, internationalization, connection factors for tax purposes, positive and negative tax conflicts, methods to avoid international double taxation.

1. Introdução; descrição do problema

Os factos tributários podem encontrar-se em conexão com mais do que um ordenamento jurídico. É o que sucede no caso de uma sociedade comercial com sede em Portugal que obtém rendimentos em Portugal e em França. Tal sociedade, por força do art.º 4.º, n.º 1 do CIRC (Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas), será tributada em sede de IRC pelos rendimentos obtidos em Portugal e pelos rendimentos obtidos em França, uma vez que, tratando-se de uma pessoa coletiva residente, são tributáveis em Portugal quer os rendimentos de fonte interna, quer os de fonte externa, ao abrigo do critério da residência, que se materializa numa obrigação pessoal ou ilimitada ou, seja, na *worldwide income taxation of residents*. Por seu turno, em França, à semelhança do que acontece em muitos outros Estados, existe uma norma idêntica à do n.º 2 do art.º 4.º do CIRC, de acordo com a qual as entidades não residentes encontram-se sujeitas ao imposto sobre o rendimento desse território, mas apenas relativamente aos rendimentos aí obtidos – trata-se aqui do critério da fonte, que se traduz numa obrigação fiscal limitada ou real. Deste modo, os rendimentos obtidos em França pela sociedade com sede em Portugal encontram-se sujeitos a uma dupla tributação internacional, da qual resulta de um conflito positivo de competências entre Portugal e França.

A dupla tributação ocorre quando se dá um concurso positivo de normas, originando-se a constituição de mais do que uma obrigação de imposto, com identidade do facto gerador do imposto e pluralidade de normas. A identidade do facto gerador ocorre perante a identidade do objeto, a identidade do sujeito, a identidade do período de tributação e a identidade do imposto. Quanto à pluralidade de normas, verifica-se que as normas deverão pertencer a ordenamentos jurídicos distintos, originando um conflito entre duas ou mais jurisdições fiscais.

A dupla tributação constitui, assim, *"a incidência de impostos equiparáveis em dois (ou mais) Estados relativamente a um mesmo contribuinte, ao mesmo facto gerador e a períodos de tempo idênticos"* [2], surgindo como uma ameaça ao crescimento económico internacional e uma barreira à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais à escala global.

A dupla (ou múltipla) tributação pode ser jurídica ou económica. A dupla (ou múltipla) tributação jurídica internacional ocorre quando o rendimento de um

[2] Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 126 e ss, sobre a dupla tributação internacional.

contribuinte é objeto de tributação em duas ou mais jurisdições fiscais. Diferentemente, a dupla (ou múltipla) tributação económica ocorre quando o mesmo rendimento é tributado em mais do que um Estado (por exemplo, no caso da tributação de lucros distribuídos).

Assim, quando um indivíduo ou uma empresa residente num determinado Estado auferem rendimentos com fonte num outro Estado, poderá surgir um conflito positivo entre duas pretensões de jurisdição fiscal: a do Estado da residência e a do Estado da fonte. A doutrina, de forma incontroversa, tem reconhecido que ambos os Estados dispõem de uma pretensão de jurisdição fiscal legítima, em face do direito fiscal internacional[3]. Quando nenhum dos Estados em presença prescinde do seu poder de tributar, dá-se o fenómeno da dupla tributação internacional. Este fenómeno é criador de barreiras à circulação de capitais, ao investimento e ao crescimento económico.

Neste sentido, o Estado da fonte tributa o rendimento nele gerado, já que potencia a obtenção do mesmo – princípio da territorialidade. O Estado da residência tributa os rendimentos auferidos internamente e no estrangeiro – princípio da tributação universal –, apoiando-se no argumento do princípio da igualdade entre estes residentes e os que auferem rendimentos internamente e no exterior. Assim, o Estado da fonte invoca a produção do rendimento no seu território, ao passo que o Estado da residência defende a igualdade entre os seus residentes.

Pode assim surgir o problema da dupla tributação jurídica internacional, designadamente na circunstância de os Estados adotarem critérios distintos para definir a residência e a fonte dos rendimentos. Ou seja, além de conflitos do tipo "residência/fonte", poderão surgir conflitos do tipo "residência/residência" ou "fonte/fonte". Nestas situações, dois ou mais Estados reclamam para si a jurisdição fiscal, com base no mesmo critério, que muitas vezes é definido de forma diferente, o que configura uma dupla tributação jurídica internacional[4]. No fundo, dá-se uma situação de dupla tributação jurídica quando o mesmo rendimento se encontra sujeito a tributação, por parte de dois sistemas fiscais distintos, na esfera do mesmo sujeito passivo.

Deste modo, verifica-se que a dupla tributação jurídica não ocorre a um nível meramente interno, uma vez que as retenções na fonte por parte dos sujeitos passivos residentes apresentam o caráter de imposto por conta do imposto devido a final, não ocorrendo aqui qualquer tipo de dupla tributação. No caso dos não residentes, o imposto retido na fonte apresenta caráter definitivo, pelo que ocorre o fenómeno da dupla tributação quando o Estado da residência exerce a sua soberania fiscal cumulativamente com o Estado da fonte.

Perante estes conflitos, foram criados os chamados métodos para eliminar, evitar ou atenuar a dupla tributação internacional, medidas essas que podem ser unilaterais ou bilaterais/multilaterais. Tais medidas visam ainda assegurar uma distribuição equitativa das receitas fiscais pelos diferentes Estados envolvidos, bem como combater a fraude e a evasão fiscal internacionais.

Os métodos para evitar a dupla tributação visam atenuar ou eliminar conflitos de competências em matéria de tributação. De facto, o ónus de eliminar a dupla tributação pertence ao Estado da residência, devendo o Estado da fonte *"(…) limitar-se à redução das taxas nos casos especiais dos rendimentos como juros, dividendos e royalties, respeitando assim o princípio da territorialidade (no sentido do princípio da fonte) e*

[3] Considera-se ainda que os demais Estados, que não o da residência e o da fonte, não possuem uma pretensão de jurisdição fiscal válida, a menos que se trate do Estado da nacionalidade, embora este aspeto apenas tenha relevo no caso específico dos Estados Unidos da América. Cfr. SOUSA, Domingos Pereira de, *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013, pp. 200 e ss, acerca da dupla tributação.

[4] Neste sentido, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 126 e ss, sobre a dupla tributação internacional. Veja-se ainda, SOUSA, Domingos Pereira de, *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013, pp. 200 e ss, acerca da dupla tributação.

adoptando definições claras dos elementos de conexão, sobretudo a de estabelecimento estável (…)"[5]*.*

As medidas para evitar a dupla tributação, quando unilaterais, são mecanismos internos adotados por cada Estado, que podem seguir dois grandes modelos a saber: (i) o método da isenção, que isenta a matéria coletável auferida no estrangeiro; (ii) o método da imputação ou do crédito de imposto, no qual é deduzido o imposto pago no estrangeiro ao imposto a pagar no país de residência. A nível interno, o legislador português utiliza o método do crédito de imposto, permitindo-se à pessoa singular ou coletiva residente deduzir à coleta de IRS ou IRC a menor das seguintes importâncias: (a) o imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro; (b) a fração do IRS ou IRC calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país em causa possam ser tributados.

Já quanto às medidas bilaterais, pode dizer-se que estas resultam de convenções celebradas entre os Estados, destacando-se o papel relevante da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) nesta matéria[6].

Assim, o modelo de convenção fiscal da OCDE surgiu em 1963 com a adoção do relatório apresentado pelo Comité Fiscal do intitulado "Projecto de Convenção de Dupla Tributação em Matéria de Rendimento e de Património". Em 1977 foi publicado um novo *Modelo de Convenção* e respetivos *Comentários*. Em 1991, o Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE (que sucedeu, em 1971, ao Comité Fiscal) adotou a ideia de um *Modelo de Convenção* atualizado periodicamente, que permitisse a respetiva atualização, sem necessidade de revisão completa. Esta ideia levou à publicação, em 1992, do *Modelo de Convenção*, passando a sua revisão a ser um processo contínuo.

Esta convenção define as competências fiscais dos Estados da residência e da fonte, podendo (cfr. art.ºs 6.º a 21.º e art.º 22.º) daí resultar três situações: (1.ª) o rendimento e o património podem ser tributados sem qualquer limitação no Estado da fonte; (2.ª) o rendimento pode ficar sujeito a uma tributação limitada no Estado da fonte; (3.ª) o rendimento e o património não podem ser tributados no Estado da fonte. Nos casos em que tais disposições atribuam ao Estado da fonte o direito de tributar (com ou sem limitação), o Estado da residência deve conceder um desagravamento para evitar a dupla tributação. A convenção modelo da OCDE permite aos Estados contratantes (aquando da celebração ou revisão de convenções bilaterais para a dupla tributação) escolher entre o método da isenção e o método a imputação.

Este foi o primeiro método seguido pelos modelos de convenção da liga das Nações, que os países e jurisdições ocidentais têm vindo a adotar. Por exemplo, a Convenção Modelo da OCDE (à qual Portugal se encontra vinculado) adotou como método para eliminar a dupla tributação, o da isenção ou da imputação.

Neste seguimento, é atribuído ao Estado da residência do contribuinte o ónus da eliminação da dupla tributação. De acordo com o método da isenção, o Estado da residência não sujeita a impostos os rendimentos que podem ser tributados no Estado onde são obtidos ou onde se localizam os bens sujeitos a tributação. Segundo o método da imputação, o Estado da residência calcula o imposto com base no montante global dos rendimentos do contribuinte, incluindo os rendimentos obtidos nos outros Estados, à exceção dos rendimentos sujeitos a tributação exclusiva no Estado onde se localizam os

---

[5] Cfr. PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, p. 29.

[6] Para maiores desenvolvimentos, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário,* 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 126 e ss, sobre a dupla tributação internacional. Cfr., ainda, SOUSA, Domingos Pereira de, *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013, pp. 200 e ss. Além do articulado, a convenção modelo da OCDE inclui comentários, observações e reservas. Os comentários visam auxiliar os Estados na aplicação dos preceitos, ilustrando ou interpretando as disposições neles contidas; as observações expressam a posição dos Estados-membros sobre os comentários, indicando o modo como irão aplicar as disposições contidas nos artigos em causa; as reservas são declarações unilaterais dos Estados-membros que visam apresentar dissonâncias ao conteúdo base da convenção modelo, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de algumas das disposições da convenção, reproduzindo-se nos comentários aos artigos em questão.

bens, deduzindo-se em seguida do imposto que devido o imposto já liquidado e pago noutros Estados. Fora da dupla tributação encontram-se, naturalmente, as subsidiárias independentes que são tributadas nos Estados onde se encontram sediadas.

Em sede convencional, a regra é que os rendimentos são primariamente atribuídos à competência exclusiva do Estado de residência, constituindo exceção a atribuição de competência cumulativa ao Estado da fonte.

Relembre-se que a dupla tributação de factos tributários em conexão com mais do que um ordenamento jurídico surge na tentativa de cada Estado aumentar as suas receitas fiscais.

Deste modo, surgem critérios comuns a várias ordens jurídicas, como o critério da *conexão pessoal*, de acordo com o qual os residentes de cada jurisdição serão tributados por qualquer rendimento que recebam, independentemente do território em causa (tributação de base mundial ou tributação de sujeição ilimitada; *worldwide income taxation of residents*). No entanto, conjuntamente com este critério de conexão pessoal vigora um critério de *conexão material*, que faz com que os Estados tributem os rendimentos obtidos no seu território (no sentido de origem económica).

Dado que os diferentes fatores de conexão criam situações de dupla tributação, as CDT (Convenções de Dupla Tributação) têm por função específica eliminar esse conflito e evitar a fraude e a evasão fiscais internacionais. Estes instrumentos geralmente contêm diferentes métodos de eliminação da dupla tributação e regras para a troca de informação entre as várias administrações fiscais, bem como cláusulas destinadas a evitar o uso, pelos contribuintes residentes nos Estados contratantes, dos chamados paraísos fiscais ou zonas de mais baixa tributação[7].

A dupla tributação será jurídica quando uma mesma pessoa é duplamente tributada por um mesmo rendimento ou património. Por seu turno, a dupla tributação será económica quando duas pessoas diferentes são tributadas pelo mesmo rendimento ou património[8]. A este propósito, temos o exemplo clássico da tributação do lucro, em que este é sujeito, primeiro, a uma tributação ao nível da sociedade e, depois, quando distribuído aos sócios, volta a ser tributado. Pode igualmente verificar-se uma situação de dupla tributação económica quando é efetuada uma correção de uma componente do lucro tributável numa empresa, não se procedendo ao ajustamento correlativo na outra empresa, que figura como cliente ou fornecedora do bem ou do serviço cujo valor foi corrigido[9]. No fundo, este último caso acontece no chamado regime dos "preços de transferência" praticados entre entidades com relações especiais entre si – cfr. a medida antiabuso especial prevista no art.º 63.º do CIRC.

De acordo com Brás Carlos parece, contudo, que também o período tributário na necessita de ser o mesmo para que estejamos perante uma dupla tributação económica. Para o efeito, este autor apresenta o seguinte exemplo paradigmático de dupla tributação económica: a tributação dos lucros de sociedades distribuídos aos seus sócios. Nesta situação, a sociedade é tributada em imposto sobre o rendimento (IRC) no exercício N, pelo lucro apurado nesse exercício. Quanto ao exercício N+1, a sociedade distribui aos sócios os correspondentes lucros, sendo estes tributados novamente em imposto sobre o rendimento dos sócios pessoas singulares (IRS) ou dos sócios pessoas coletivas (IRC). Assim, verifica-se que a mesma realidade (isto é, o lucro) é tributada em impostos iguais

---

[7] Os paraísos fiscais ou zonas de mais baixa tributação são zonas em que a tributação não existe ou, existindo, é pouco elevada, oferecendo como linhas de força um regime fortemente potenciador do sigilo bancário, a par de normas jurídicas facilitadoras da constituição de sociedades. Por isso, tais jurisdições tendem a atrair capitais dotados de grande mobilidade e também atividades de natureza financeira, tais como bancária, seguradora ou outras atividades de fácil deslocalização, por razões puramente de natureza fiscal. Cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 84.

[8] No fundo, em ambos os casos existiria identidade de objeto, mas num deles (mais concretamente, no caso da dupla tributação jurídica) haveria também identidade de sujeito, ao contrário do que se verificaria no caso da dupla tributação económica, que incide sobre sujeitos passivos diferentes.

[9] Neste sentido, cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, p. 255.

ou correspondentes, mas em períodos de tributação diferentes. São factos geradores que pertencem a períodos de tributação distintos[10]. O mesmo autor questiona ainda se estamos perante uma dupla tributação económica ou uma dupla tributação jurídica internacional no caso da distribuição de lucros por uma sociedade com sede e direção efetiva no estrangeiro a sócios residentes. Ora, havendo aqui identidade do objeto e do imposto, não existe identidade do sujeito pagador do imposto, nem do período de tributação, o que configura um caso de dupla tributação económica. Com efeito, e de acordo com o autor citado, a norma do art.º 51.º, n.º 5 do CIRC é uma norma de eliminação de dupla tributação económica e não de dupla tributação (jurídica) internacional[11].

Ou seja, a dupla tributação jurídica internacional prevê a aplicação em mais do que um Estado, de (i) impostos equiparáveis[12], relativamente (ii) ao mesmo sujeito passivo, (iii) ao mesmo facto gerador de imposto, e (iv) ao mesmo período de tributação do rendimento. Relembre-se que a distinção entre dupla tributação jurídica internacional e dupla tributação económica internacional reside no facto de a primeira dizer respeito ao mesmo sujeito passivo, enquanto a segunda se refere a sujeitos passivos distintos.

Por isso, e no entendimento de alguns autores, o que diferencia fundamentalmente a dupla tributação jurídica da dupla tributação económica é o facto de esta última não exigir a identidade do sujeito pagador do imposto[13]. A dupla tributação económica é assim distinta da dupla tributação jurídica em virtude de aquela recair sobre a mesma entidade jurídica.

Ou seja, ocorrerá uma situação de dupla tributação económica quando (i) o mesmo rendimento (ii) é tributado duas vezes, (iii) na esfera de dois sujeitos passivos diferentes, podendo esta dupla tributação económica ser internacional ou não, já que pode verificar-se também internamente quando as empresas que distribuem dividendos/lucros e os respetivos sócios/acionistas são sujeitos passivos de impostos diferentes no mesmo Estado. Diferentemente, a dupla tributação jurídica apenas poderá ocorrer a um nível internacional, já que se verifica a existência (i) do mesmo imposto, (ii) incidente sobre a mesma pessoa, (iii) relativamente ao mesmo rendimento, e (iv) ao mesmo período de tributação.

Em síntese, existe dupla tributação económica quando, em dois ou mais Estados, é pago mais do que um imposto da mesma natureza, por parte de sujeitos passivos diferentes [14]. Por seu turno, a dupla tributação jurídica verifica-se quando um mesmo facto tributário se subsume à previsão de duas ou mais normas de incidência distintas, situação que cumula as pretensões jurídicas de ordenamentos jurídico-fiscais de dois ou mais Estados.

A dupla tributação jurídica internacional pressupõe a conexão entre ordenamentos jurídico-fiscais de diferentes Estados, bem como a conexão dos factos ocorridos com a respetiva lei fiscal. Há uma total identidade do facto tributário e a aplicação de uma pluralidade de normas de incidência de ordenamentos jurídicos diferentes.

---

[10] BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 262.

[11]Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 262. Em sentido contrário, veja-se PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 255-256.

[12] Serão impostos equiparáveis os impostos vigentes em vários Estados que, embora podendo ter denominações distintas, tenham uma natureza semelhante. Neste sentido, PEREIRA, Paula Rosado, in *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu,* Almedina, 2010, pp. 24 e ss.

[13] Neste sentido, cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, p. 36 (e reimpressão de 2014) e BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 262.

[14] Neste sentido BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 236 e ss.

Para este fenómeno poderão contribuir diversos tipos de sobreposição, designadamente fonte/residência, residência/residência, fonte/fonte e nacionalidade/residência, por exemplo[15].

2. A dupla tributação; a regra das quatro identidades

O fenómeno de dupla tributação (jurídica) internacional pressupõe, essencialmente, (i) a identidade do facto tributário (nas suas múltiplas dimensões) e (ii) uma pluralidade de normas de sujeição pertencentes a ordenamentos jurídico-tributários distintos[16].

2.1. A identidade do facto tributário

A identidade do facto tributário pressupõe que entre as duas (ou mais) jurisdições se verifique, cumulativamente: (i) identidade do objeto; (ii) identidade do sujeito; (iii) identidade do período tributário; (iv) identidade do imposto. A propósito desta última identidade diz-se que existe identidade do imposto quando, em ambos os ordenamentos jurídicos, o imposto tem idêntica "natureza substancial"[17].

Esta teoria é defendida por Alberto Xavier. Todavia, para Manuel Pires[18], ao contrário de Alberto Xavier, a identidade do facto tributário e a pluralidade de normas bastam por si só, na medida em que a dupla tributação ocorre sempre que um mesmo facto tributário está sujeito a uma pluralidade de normas.

Ainda de acordo com o de Manuel Pires, a dupla tributação implica a subsunção de um mesmo facto tributário a leis diferentes, o que faz com que surja uma dupla imposição, ou seja, existem duas previsões de incidência do mesmo facto tributário e criam dois impostos. No seu entendimento, não importa a referência à identidade do imposto e à identidade do período tributário, considerando que a identidade do pressuposto conduz à identidade do imposto, sendo indiferente o momento da liquidação ou da cobrança ou o ano orçamental de referência.

Diferentemente, Alberto Xavier[19] sustenta que, relativamente aos impostos periódicos por natureza, o requisito da identidade do período é exigível. Este requisito apenas não será exigível nos impostos sobre o consumo, sendo nestes preponderante a identidade do objeto (neste caso, a identidade da transmissão do bem).

2.2. A pluralidade de normas

Além da identidade do facto, o conceito de dupla tributação exige também uma pluralidade de normas.

De facto, as normas em concurso deverão pertencer a ordenamentos jurídico-fiscais distintos, originando uma possível "colisão de sistemas fiscais", quer tais ordenamentos correspondam a Estados soberanos, quer correspondam a regimes fiscais

---

[15] Para maiores desenvolvimentos, veja-se PEREIRA, Paula Rosado, in *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu,* Almedina, 2010, pp. 24 e 25.

[16] Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 236; XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, pp. 31 e ss (e reimpressão de 2014); e PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, pp. 34 e ss.

[17] Haverá, por exemplo, identidade de imposto entre impostos que, em Estados diferentes, tributem os lucros das sociedades, ainda que apresentem, como é natural, designações diferentes, diferentes regras de determinação da matéria coletável, diferentes taxas, etc.

[18] Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, pp. 33 e ss (e reimpressão de 2014); bem como PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, pp. 70-76.

[19] Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, pp. 33 e ss (e reimpressão de 2014).

autónomos dentro do mesmo Estado, como é o caso dos Estados federados, das regiões, dos cantões ou dos territórios.

No primeiro caso, estamos perante uma dupla tributação internacional, ao passo que, no segundo, cria-se uma dupla tributação interterritorial (interestadual, inter-cantonal, inter-regional, etc.)[20].

3. Métodos para eliminar a dupla tributação internacional

A internacionalização da economia e a verificação de situações jurídico-fiscais plurilocalizadas gerou a necessidade de criar diferentes tipos de conexões (reais e pessoais) para evitar/atenuar a tributação. Ora, atenta a diversidade e complexidade dos preceitos legais, incumbe ao Estado da residência, pois é ele que tributa a globalidade dos rendimentos dos seus residentes (numa lógica de tributação mundial), o ónus de eliminar ou atenuar a dupla tributação que eventualmente se verifique, efetuando tal eliminação ou atenuação mediante diferentes métodos, tal como analisaremos.

O problema que está na base da dupla tributação internacional prende-se fundamentalmente com o facto de que nem todos os sistemas fiscais coincidirem entre si quanto às normas de incidência real e pessoal, pelo que é perfeitamente possível que um mesmo rendimento venha a ser tributado simultaneamente nos Estados da residência e da fonte ou, menos comum, não seja tributado em nenhum dos Estados.

Por sua vez, a hipotética ausência de tributação provoca fraude e evasão fiscais internacionais, ao passo que a tributação do mesmo facto tributário simultaneamente em mais do que um Estado constitui uma ameaça ao crescimento económico internacional e poderá afigurar-se como uma verdadeira barreira à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

Em todo o caso, seja qual for o critério adotado em cada um dos diferentes Estados, poderão gerar-se situações de dupla tributação face à cumulação de diferentes elementos de conexão relativamente ao mesmo imposto. Dá-se um concurso de normas quando o mesmo facto tributário preenche a previsão legal de incidência de duas ou mais normas fiscais diferentes – caso de conflito de dupla tributação positivo. Por outro lado, pode o facto tributário não preencher qualquer norma de incidência fiscal – caso de dupla tributação negativo.

A dupla tributação internacional cria um cúmulo de tributações com reflexos negativos nas relações económicas internacionais e no próprio desenvolvimento económico, e pode ter consequências no âmbito dos movimentos de capitais. Por isso, entendeu-se como prioritário eliminar este fenómeno, ou pelo menos atenuá-lo. São dois os tipos de medidas que podem levar-se ao cabo para o efeito, a saber: (i) medidas unilaterais; (ii) medidas bilaterais (ou até mesmo multilaterais).

As medidas unilaterais são as que cada uma das jurisdições adota no seu próprio ordenamento jurídico, de modo a fazer face ao problema da dupla tributação internacional, ao passo que as medidas bilaterais (ou multilaterais) resultam de tratados internacionais celebrados por dois (ou mais) Estados. Os tratados internacionais nestas matérias têm sido celebrados sobretudo entre países e jurisdições desenvolvidos. As medidas unilaterais apresentam um papel muito importante nas relações entre países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento e, em particular, entre estes últimos[21].

Ao nível das medidas bilaterais, verifica-se que Portugal celebrou já inúmeras CDT[22], seguindo o modelo da OCDE, conhecido como o modelo "dos países ricos"[23], uma

---

[20] Neste sentido, veja-se XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, pp. 37 e ss (e reimpressão de 2014).

[21] Neste sentido, veja-se PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 256-258.

[22] Poderão consultar-se as convenções celebradas por Portugal, bem como o seu quadro-resumo em: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib .

[23] Veja-se PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 256-258.

vez que é sobre o país da fonte que deverá recair o maior esforço no sentido da eliminação da dupla tributação.

Como reação a este modelo, surgiu a convenção modelo da ONU (Organização das Nações Unidas) que, apesar de seguir a mesma estrutura da convenção modelo da OCDE[24], constitui uma alternativa destinada a acautelar ao máximo o poder de tributar do Estado da fonte. No entanto, é o modelo da OCDE que tem tido maior aceitação no âmbito mundial, competindo a tributação, em regra, ao Estado da residência[25].

Enquanto questão prévia à aplicação de qualquer convenção para eliminar a dupla tributação, há que definir em qual dos Estados o contribuinte é considerado como residente ou não e qual o tipo de rendimento em causa. No caso de ser considerado como residente em ambos os Estados, ou seja, perante um caso de dupla residência, há que recorrer sucessivamente aos critérios estipulados na convenção modelo da OCDE – cfr. art.º 4.º da convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital. Para estes efeitos, a função das convenções é precisamente a de definir qual das duas residências prevalece.

De facto, a aplicação unilateral das normas fiscais apresenta-se como uma potencial fonte de conflitos. Por isso, torna-se necessária a criação de instrumentos jurídicos destinados a evitar a dupla tributação, bem como a evasão fiscal internacional. As convenções bilaterais para eliminar a dupla tributação internacional são praticamente as únicas medidas conhecidas, não unilaterais, destinadas a tal objetivo. Destaque-se, neste âmbito, que as convenções internacionais seguem os seguintes modelos: Convenção Modelo da OCDE, Convenção Modelo das Nações Unidas, Convenção Modelo dos Estados Unidos.

Como exemplo de convenção multilateral com tal finalidade, apenas se conhece a Convenção Nórdica sobre a tributação do rendimento e do património, celebrada em 1983 entre a Dinamarca, a Finlândia, a Islândia, a Noruega e a Suécia, e modificada em 1987, 1989 (nesta versão passou a integrar as Ilhas Faroe) 1996. Neste contexto, note-se ainda que seria admissível que, no âmbito de espaços com elevado nível de integração económica (como a União Europeia), vigorasse uma convenção multilateral nesta matéria, que se impusesse a todos os Estados-membros. No entanto, tal não aconteceu, sem prejuízo da "vinculação" a, sempre que entendam necessário, os Estados estabelecerem negociações para eliminar a dupla tributação, em benefício dos seus cidadãos – cfr. art.º 120.º do Tratado da UE [26].

O *Modelo de Convenção das Nações Unidas* (Modelo NU) em matéria de dupla tributação entre países e jurisdições desenvolvidos e em vias de desenvolvimento (*United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*) data de 1980, tendo entrado em vigor a sua versão revista, em janeiro de 2001. Este Modelo resultou da necessidade sentida pelos países e jurisdições em vias de desenvolvimento de encontrarem uma alternativa ao modelo da OCDE, que em seu entender, não se encontrava adequado à sua condição de *importadores líquidos de capital.* Por isso, apesar de baseado no Modelo da OCDE, o Modelo NU difere do primeiro em alguns aspetos. Destaque-se, por exemplo, que, enquanto o Modelo da OCDE privilegia o Estado da residência, reservando-lhe uma maior direito a uma legítima pretensão jurídico-fiscal do que ao Estado da fonte, no Modelo NU reserva-se um maior enfoque aos poderes tributários do Estado da fonte, sendo-lhe atribuídos direitos de

[24] Veja-se tal estrutura, esquematicamente em: PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, p. 259.

[25] Esta competência é-lhe, aliás, atribuída em exclusivo em certos casos – v.g., *royalties* e ganhos provenientes de valores mobiliários. Noutros casos, o Estado da fonte dos rendimentos pode ser igualmente competente para a tributação, ou sem qualquer restrição (v.g. rendimentos de bens imobiliários, lucros de estabelecimentos estáveis, rendimentos provenientes das atividades de profissionais de espetáculos e de desportistas, rendimentos de profissionais independentes imputáveis a uma instalação fixa), ou de uma forma limitada em termos de taxa aplicada – v.g., dividendos e juros. Quando a ambos os Estados se reconhece o poder de tributar, incumbe ao Estado da residência a eliminação da dupla tributação.

[26] Sobre estas matérias, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 239-240.

tributar adicionais. Quanto aos métodos para evitar a dupla tributação, o Modelo NU admite também os métodos da isenção e o da imputação ou crédito de imposto.

A versão atual do Modelo dos Estados Unidos data de 1966 (*United States Model Income Taxation Convention of September 20, 1996*), em substituição do Modelo de 1981, que deixou de vigorar em 1992. O objetivo do Modelo UE é servir de base às negociações de tratados fiscais com os Estados Unidos, adequando-os às políticas e legislação interna dos EUA. Contrariamente ao que acontece nos modelos OCDE e NU, o Modelo da UE não prevê o método de isenção, admitindo apenas o método do crédito de imposto, como forma de evitar a dupla tributação[27].

De uma maneira geral, as CDT mais não são do que tratados internacionais celebrados entre o Estado da fonte e o Estado da residência, através dos quais se regula o modo de tributar factos que, por força dos elementos de conexão utilizados, se encontrem no âmbito da jurisdição fiscal de ambos os Estados, por forma a eliminar a dupla tributação.

Através destes instrumentos, dois (ou mais) Estados estabelecem formas de evitar que um mesmo facto tributário, pertencente ao mesmo sujeito passivo, e no mesmo período de tempo, seja tributado em duas jurisdições diferentes. Para tal, cada um dos Estados deve abdicar parcialmente dos seus poderes tributários, na condição de que o outro Estado contratante faça o mesmo (princípio da reciprocidade).

Nas CDT celebradas por Portugal segue-se a convenção modelo da OCDE, onde se introduzem alguns ajustamentos, em consonância com as reservas efetuadas a várias disposições desse modelo. Portugal, como país importador de capitais[28], além de assegurar o princípio da tributação no país da fonte dos rendimentos, tem adotado, via de regra, o método da imputação normal[29].

Neste contexto, passemos, em seguida, a uma análise das medidas unilaterais e bilaterais com vista à eliminação ou atenuação da dupla tributação internacional.

3.1. Medidas unilaterais

3.1.1. Método da isenção

De acordo com este método, tributa-se o rendimento exclusivamente no Estado da fonte, isentando-se de imposto, no país da residência, os rendimentos de fonte estrangeira.

De facto, o Estado da residência pode conceder uma isenção a um determinado rendimento auferido no estrangeiro, sem que a tal esteja obrigado. Para o efeito, pode isentar o rendimento sem outras consequências (*isenção integral*[30]); ou acompanhar a isenção da exigência de os rendimentos isentos se adicionarem aos rendimentos não isentos para efeitos de apuramento da taxa que há-de aplicar-se a estes últimos[31] – *isenção com progressividade*[32].

---

[27] Para maiores desenvolvimentos, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 128 e ss, sobre os métodos para eliminar a dupla tributação.

[28] Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 256 e ss.

[29] Com algumas exceções, como por exemplo no caso da Áustria, em que foi adotado o método da isenção em geral e o método da imputação normal, no caso dos dividendos, juros e *royalties.*

[30] São exemplos de medidas unilaterais de isenção integral as isenções concedidas aos não residentes, relativamente às mais-valias resultantes da transmissão onerosa de partes sociais e de outros valores mobiliários emitidos por residentes em território português e negociados em mercados regulamentados de bolsa, bem como de instrumentos financeiros derivados, negociados em bolsa – cfr. art.º 27.º do EBF (Estatuto dos Benefícios Fiscais). Neste sentido, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 237.

[31] A exigência de englobamento para este efeito apenas é relevante em sede de impostos de taxa progressiva, tais como o IRS.

[32] São exemplos de isenções com progressividade designadamente as isenções de IRS concedidas aos rendimentos auferidos: ao serviço de organizações estrangeiras (art.º 37.º, n.º 1, alínea b) e

Para que tal método de isenção integral ou progressiva seja aplicado, os rendimentos de fonte estrangeira encontram-se isentos de impostos no Estado da residência, normalmente sob condição da prova de pagamento efetivo de imposto no Estado da fonte.

O método da isenção *integral ou total* prevê que, quando o Estado da residência concede uma isenção a um rendimento auferido no estrangeiro (de fonte externa), esse rendimento nunca é considerado aquando da tributação dos rendimentos de fonte interna.

Quanto ao método da *isenção com progressividade*, o Estado da fonte isenta da tributação tais rendimentos, mas exige que sejam adicionados aos não isentos para efeitos de apuramento da taxa a aplicar aos rendimentos sujeitos a tributação no Estado da residência. Ou seja, no método da isenção com progressividade, a isenção de imposto ocorrida no estrangeiro não impede a sua consideração para efeitos de determinação da taxa a aplicar ao rendimento tributado no Estado da residência. Nesta modalidade, verifica-se assim que o rendimento tributado no outro Estado é apenas tido em conta na fixação da taxa a aplicar.

De facto, é frequente a concessão de uma isenção de imposto no Estado da residência, condicionada ao pagamento de um imposto comparável no Estado da fonte, o que atenua significativamente a distinção entre o método de isenção e o método de crédito de imposto, na medida em que quando as taxas são comparáveis, um sistema de crédito tende a impedir o Estado da residência a cobrar um imposto adicional sobre os rendimentos estrangeiros. Assim, na prática, a distinção entre os métodos da isenção e do crédito de imposto é bastante atenuada.

A principal distinção entre o método de isenção e os métodos de dedução e de crédito de imposto reside no facto de o primeiro ter em consideração o rendimento obtido, enquanto os segundos têm em atenção o imposto pago[33].

Ainda relativamente a estas isenções, verifica-se que, mais do que medidas para evitar a dupla tributação, são medidas de prevenção da dupla tributação, já que não chega efetivamente a existir duplicação de impostos para eliminar.

Neste contexto, habitualmente apontam-se as seguintes vantagens ao método de isenção: (i) neutralidade relativamente à importação de capital, pois todos os contribuintes no Estado da fonte são tratados de acordo com uma mesma base fiscal; (ii) reconhecimento dos benefícios fiscais concedidos pelo Estado da fonte; (iii) menor complexidade administrativa; (iv) eliminação do relacionamento do contribuinte com duas autoridades fiscais; (v) eliminação da dupla tributação – atual e potencial.

Como desvantagens na aplicação do método da isenção, destaquem-se as seguintes: (i) redução das receitas fiscais devidas no Estado da residência; (ii) eventual recusa, por parte do Estado da fonte, no que concerne à concessão de determinados benefícios ou deduções; (iii) as perdas de um estabelecimento estável podem ser rejeitadas pelo Estado da residência; (iv) no caso da isenção com progressividade, requer-se relatos financeiros detalhados; (v) recurso a países e jurisdições com taxas reduzidas.

3.1.2. Método da imputação ou crédito de imposto

Existe desde logo uma diferenciação entre o método da isenção e o método da imputação ou crédito de imposto, pois o primeiro tem em conta o rendimento e o segundo considera o imposto sobre o rendimento pago no Estado da fonte[34].

---

n.º 3 do EBF); em missões de salvaguarda da paz (art.º 38.º, n.ºs 1 e 2 do EBF); no âmbito de acordos de cooperação (art.º 39.º, n.ºs 1, 2 e 4 do EBF); em empreitadas e arrematações de obras das infra-estruturas comuns NATO (art.º 40.º do EBF). Neste sentido, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 237.

[33] Neste sentido, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 128 e ss.

[34] Neste sentido, veja-se PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, p. 31.

Ora vejamos:

No que concerne às medidas unilaterais traduzidas na concessão de uma dedução à coleta de imposto (também designada por crédito de imposto) para eliminação da dupla tributação internacional, são exemplos, entre nós, o art.º 81.º do CIRS (Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) e o art.º 91.º do CIRC. Em ambos os casos, permite-se à pessoa singular ou coletiva residente deduzir à coleta do seu IRS ou IRC, consoante o caso, a menor das seguintes importâncias: (i) o imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro; (ii) a fração do IRS ou do IRC calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país em causa possam ser tributados, líquidos dos custos ou perdas direta ou indiretamente suportados para a sua obtenção.

Quanto ao crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional (art.º 91.º do CIRC[35]), verifica-se sempre que na matéria coletável tenham sido incluídos rendimentos obtidos no estrangeiro, havendo lugar a um crédito de imposto, dedutível à coleta, consistindo no menor dos seguintes valores: imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro; fração do IRC, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos que no país em causa possam ser tributados, líquidos dos gastos direta ou indiretamente suportados para a sua obtenção. Os rendimentos obtidos no estrangeiro devem ser considerados, para efeitos de tributação, pelas importâncias ilíquidas dos impostos sobre o rendimento pagos no estrangeiro (art.º 68.º, n.º 1 do CIRC). Nos casos em que existir convenção para eliminar a dupla tributação, o crédito de imposto não poderá exceder o imposto pago nos termos da convenção.

Por sua vez, quanto ao crédito de imposto por dupla tributação económica internacional (art.º 91.º-A do CIRC), este mecanismo aplica-se por opção do sujeito passivo, quando na matéria coletável deste tenham sido incluídos lucros e reservas, distribuídos por entidade residente fora do território português, aos quais não seja aplicável o regime da eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos (art.º 51.º do CIRC), sendo tal opção exercida na declaração periódica de rendimentos.

Relativamente ao regime da eliminação da dupla tributação económica dos lucros distribuídos e das mais e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais (cfr. art.º 51.º do CIRC), destaque-se que, no dia 30 de março de 2016, foi publicada a Lei n.º 7-A/2016 que aprova o Orçamento do Estado para 2016, de acordo com a qual a participação mínima necessária para a aplicação do regime de eliminação da dupla tributação económica de lucros e reservas distribuídos (regime de *participation exemption*) aumenta de 5% para 10%. É ainda reduzido o período mínimo de detenção da participação exigível para a aplicação deste regime de 24 para 12 meses, contados desde a data de aquisição da participação de 10% do capital social ou dos direitos de voto. A alteração destes requisitos aplica-se também às mais e menos-valias realizadas com a transmissão onerosa de partes sociais. A exclusão do regime de tributação das mais e menos-valias com a transmissão de partes sociais, quando o valor dos imóveis detidos pela empresa participada represente mais de 50% do respetivo ativo, estende-se a outros instrumentos de capital próprio associados às partes sociais, como por exemplo prestações suplementares. O Orçamento de Estado prevê a aplicação do regime de *participation exemption* no caso de transferência da residência de uma sociedade para outro Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu (desde que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio da fiscalidade); e no caso da cessação da atividade exercida por um estabelecimento estável situado em Portugal de uma entidade não residente (no âmbito das regras do *exit tax*).

Aplica-se ao imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro por entidades nas quais o sujeito passivo de IRC com sede ou direção efetiva em território português detenha direta ou indiretamente uma participação não inferior a 10% do capital social ou dos direitos de voto; e desde que essa participação tenha permanecido na sua

[35] Apesar de a epígrafe do art.º 91.º do CIRC ter adotado a expressão "crédito de imposto", a dedução determinada pode não ser verdadeiramente um "crédito". Por exemplo, nos exercícios em que não existe coleta de IRC, essa dedução à coleta não pode ser utilizada nesse exercício, nem em exercícios futuros – cfr. Lei n.º 39-A/2005, de 29 de julho.

titularidade, de modo ininterrupto, durante os 12 meses anteriores à distribuição, ou seja mantida durante o tempo necessário para completar aquele período. Este método não se aplica ao imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro por entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, ou por entidades detidas indiretamente pelo sujeito passivo de IRC com sede ou direção efetiva em território português através daquelas. A dedução é efetuada à menor das seguintes importâncias: fração do imposto sobre o rendimento pago no estrangeiro pela entidade residente fora do território português e por entidades por esta detidas direta e indiretamente, correspondente aos lucros e reservas distribuídos ao sujeito passivo; fração do IRC, calculado antes da dedução, correspondente aos lucros e reservas distribuídos, acrescidos das correções tendentes à consideração das importâncias ilíquidas dos impostos sobre o rendimento pagos no estrangeiro ou dos impostos sobre os lucros pagos pelas entidades por este detidas direta ou indiretamente, nos Estados em que sejam residentes, correspondentes aos lucros e reservas que lhe tenham sido distribuídos (art.º 68º, n.ºs 1 e 3 do CIRC) e deduzida do crédito de imposto por dupla tributação jurídica internacional (art.º 91.º do CIRC)[36].

É possível o recurso ao *método da imputação ou do crédito de imposto* (*tax credit*), de acordo com o qual o Estado da residência concede um crédito ao contribuinte pelos impostos pagos no Estado da fonte, até um determinado montante – normalmente o imposto que o contribuinte pagaria no Estado da residência ou o imposto que o mesmo pagou na fonte – como forma de desincentivar a sua tributação excessiva no estrangeiro. O *método da imputação ou do crédito de imposto* apresenta as seguintes modalidades:

(a) *Crédito de imposto com imputação integral*, segundo o qual o Estado da residência concede uma dedução à coleta de imposto, permitindo que o montante total do imposto estrangeiro (imposto pago) seja deduzido ao imposto a pagar no Estado da residência; ou seja, o contribuinte é reembolsado pela totalidade do imposto pago no Estado da fonte. Nesta modalidade deduz-se assim, no Estado da residência, o imposto suportado no Estado da fonte, ainda que o imposto seja superior ao imposto a pagar no Estado da residência;

(b) *Crédito de imposto com imputação ordinária* (ou normal): o Estado da residência deduz o montante do imposto estrangeiro mas limita essa dedução a uma fração do seu próprio imposto, correspondente aos rendimentos provenientes do país da fonte; ou seja, o contribuinte não é reembolsado pelo que tenha pago a mais no Estado da fonte relativamente ao que pagaria pelos mesmos rendimentos no território da residência. Assim, nesta modalidade deduz-se o imposto suportado no Estado da fonte, tendo como limite o imposto pago no país da residência. Alguns sistemas permitem ao contribuinte reportar essas perdas fiscais em exercícios anteriores ou subsequentes;

(c) *Crédito de imposto fictício* (*tax sparing credit*): o Estado da residência deduz o montante de imposto que seria devido se não houvesse aí benefício fiscal ou isenção (e não o montante efetivamente pago ou não pago); ou seja, é concedido um crédito equivalente ao imposto que teria, presumidamente, sido pago no país da fonte se não fossem os incentivos previstos no país da fonte para os rendimentos aí obtidos;

(d) *Crédito de imposto presumido* (*matching credit* ou *lump-sum tax credit*): o Estado de residência deduz, por força de convenção internacional ou disposição interna, um montante superior ao do imposto correspondente à taxa normal de retenção na fonte em vigor no país da origem dos rendimentos. Nesta hipótese, verifica-se a atribuição de um benefício fiscal pelo país da residência, na medida em que é concedido um crédito mais elevado do que o que decorreria da aplicação da taxa correspondente no país da fonte.

Neste caso, pode não haver eliminação total da dupla tributação internacional, em virtude de o montante da coleta poder não comportar o valor da dedução à coleta. E, mesmo não comportando, a eliminação à coleta depende do valor da taxa de tributação

[36] Veja-se um exemplo prático sobre o crédito de imposto por dupla tributação internacional *in* PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, p. 33.

efetiva que incidiu sobre os rendimentos no país da fonte. Caso esta seja inferior ou igual à taxa de imposto vigente em Portugal, haverá eliminação total da dupla tributação, caso contrário não haverá eliminação total mas parcial da dupla tributação. A limitação da dedução à coleta do valor do IRC correspondente aos rendimentos obtidos no estrangeiro impede que a administração fiscal portuguesa suporte uma despesa fiscal superior à receita gerada por aqueles rendimentos.

Como vantagens, em geral, do método de crédito de imposto, aponta-se o facto de: (i) ser neutro relativamente à exportação de capital, uma vez que trata todos os contribuintes no Estado de residência de acordo com a mesma base fiscal; (ii) permitir a dedução, no Estado da residência, do imposto suportado no Estado da fonte; (iii) desencorajar a transferência de ativos ou rendimento para países e jurisdições com taxas reduzidas ou paraísos fiscais; (iv) ser de simples aplicação, desde que a autoridade fiscal que concede o crédito calcule o montante respetivo de acordo com as leis nacionais e não tenha que tomar em consideração o sistema fiscal de outro país.

Por sua vez, as desvantagens do método de crédito de imposto são, no geral, as seguintes: (i) o imposto a pagar pelo contribuinte resulta sempre da aplicação da maior das taxas interna e estrangeira; (ii) pode conduzir a situações de excesso de crédito (e de crédito "não recuperável"); (iii) elimina as reduções de imposto e os incentivos concedidos pelo Estado da fonte, no caso de o Estado da residência não abdicar dessa diferença de imposto; e (iv) torna a exportação de capital menos atrativa.

Em suma, o objetivo do método da imputação é assegurar a neutralidade no Estado da residência, sendo que *"(…) todos os residentes de um Estado devem pagar o mesmo montante de imposto sobre o seu rendimento mundial, independentemente do local da fonte do rendimento, de modo a que as suas decisões quanto à localização do investimento e ao local de trabalho não sejam influenciadas por factores fiscais."* [37]

A este propósito, Wattel[38] apresenta diversas considerações, a saber: (a) quando um determinado Estado aplica o método da imputação para eliminar a dupla tributação, os residentes no Estado da fonte não suportam encargos fiscais de outros Estados, ao passo que os não residentes estão ainda sujeitos ao imposto no Estado da sua residência; (b) é incoerente exigir que o Estado da fonte dos rendimentos renuncie a parte da sua soberania fiscal, em benefício do Estado da residência, sem que tal renúncia venha a conduzir à igualdade de tratamento entre residentes e não residentes; (c) tal como o Estado da fonte se encontra obrigado a não discriminar os não residentes, o Estado da residência deve também respeitar o tratamento fiscal concedido no Estado da fonte; (d) a neutralidade no Estado da residência visada pelo método da imputação desencoraja os residentes a fazerem uso das liberdades europeias, na medida em que se retiram os benefícios que os residentes possam obter no Estado da fonte, o que constitui uma medida protecionista proibida pelo Direito da UE[39].

3.1.3. Outras medidas unilaterais

Adicionalmente, e como medidas unilaterais, existem ainda:

(a) o *método de redução de taxa,* em que os rendimentos estrangeiros são tributados a uma taxa reduzida no território da residência;

(b) o *método da dedução*, que reconhece o direito de dedução, por parte de empresas nacionais, dos impostos pagos no estrangeiro, como gastos da atividade, até um certo limite – normalmente o imposto a pagar no Estado da nacionalidade;

---

[37] Cfr. PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Directa da União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 176.

[38] WATTEL, Peter J., "Home neutrality in an Internal Market", *European Taxation*, vol. 36, n.º 5, 1996, pp. 159-160.

[39] Para maiores desenvolvimentos, cfr. PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Directa da União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pp. 176-178.

(c) o *método do crédito por investimento*, que consiste numa dedução imediata, ao imposto devido, de uma parte do investimento realizada no estrangeiro[40].

No caso de medidas unilaterais para eliminação da dupla tributação, é o Estado da residência que suporta, na totalidade, o custo do incentivo fiscal à internacionalização das atividades económicas dos seus residentes. A eliminação da dupla tributação internacional efetua-se à custa da sua receita fiscal.

Quanto ao Estado da fonte, a limitação do imposto cobrado pode ocorrer pelo método do reembolso ou pelo método da redução. *"No método do reembolso, o imposto português devido na fonte é pago de acordo com as taxas previstas na legislação interna, sendo depois restituído o excedente, face às taxas previstas na convenção. Por sua vez, no método da redução, o imposto é imediatamente calculado face às taxas reduzidas, através da retenção na fonte ou do acto de liquidação dos serviços"*[41].

Estas medidas unilaterais, conjugadas com as medidas bilaterais, resultantes de CDT, limitam a tributação, pelo país da fonte dos rendimentos, a uma taxa superior à normal. A consequência é a de que a dedução à coleta do imposto português não pode ser superior ao imposto pago no estrangeiro, nos termos previstos na convenção – cfr. art.º 91.º, n.º 2 do CIRC.

3.2. Medidas bilaterais

As medidas bilaterais (ou multilaterais) de eliminação da dupla tributação internacional consistem essencialmente nas Convenções internacionais para eliminar a dupla tributação, isto é, nos tratados internacionais celebrados entre dois Estados (o Estado da fonte e o Estado da residência) através dos quais estes regulam entre si o modo de tributar factos que, por força de elementos de conexão utilizados, ficam abrangidos pelo âmbito da jurisdição fiscal de ambos os Estados[42].

As CDT contêm normas jurídicas que visam os residentes de ambos os Estados contratantes, sendo de aplicação direta e imediata aos sujeitos passivos de imposto por eles abrangidos e que tenham residência em qualquer dos Estados. Geralmente esses acordos têm por base a Convenção Modelo da OCDE, negociado numa base multilateral e cujo comentário (ele próprio objeto de negociação) constitui a referência doutrinal básica para a interpretação de tais acordos.

As CDT configuram ainda uma limitação mínima do poder tributário de cada Estado, pois os Estados mantêm o essencial das suas competências em matéria fiscal. Destas CDT resulta um acordo entre os Estados em matérias que dizem respeito a elementos da soberania fiscal de cada um. Ou seja, os Estados, quando contratam, aceitam que o seu poder tributário em relação aos residentes do outro Estado contratante seja limitado[43].

Em termos de eficácia, as CDT prevalecem sobre a legislação interna, operando uma derrogação parcial desta, em certos pontos de conflito entre a CDT e a legislação interna. É certo que as CDT remetem para normas internas (pense-se, por exemplo, na fixação da qualidade de residente) para a resolução de conflitos entre ordenamentos jurídicos (como acontece quando cada um considera o mesmo sujeito passivo como residente). Nas CDT existem regras que podem ser aplicadas aos residentes dos dois

---

[40] Para maiores desenvolvimentos na descrição das vantagens/desvantagens e métodos aplicáveis, cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, p. 756 (e reimpressão de 2014); e MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 128 e ss, onde estes autores apresentam os principais métodos para eliminar a dupla tributação internacional.

[41] Cfr. PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, p. 35.

[42] Para maiores desenvolvimentos, cfr. MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 128 e ss, onde estes autores discorrem sobre os principais métodos para eliminar a dupla tributação internacional.

[43] Para maiores desenvolvimentos, cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.80 e ss.

países, sobrepondo-se à lei interna (é o caso dos elementos de conexão que definem, por exemplo, o que é o estabelecimento estável); bem como podem existir normas que limitam as quantificações das taxas previstas nas legislações internas (por exemplo, estipulando uma taxa máxima de tributação para os dividendos). As CDT podem ainda criar deveres de cooperação e de troca de informações entre as respetivas administrações fiscais. Encontramo-nos, aqui, na limitação recíproca da soberania fiscal administrativa[44].

Nas palavras de Saldanha Sanches, as CDT constituem "*o limite principal à soberania financeira de cada Estado e o corpus estruturante do Direito Fiscal Internacional*"[45].

Internamente, os Estados, se forem Estados de Direito, encontram-se limitados quanto aos impostos que podem criar e ao modo como podem proceder à sua aplicação, de acordo com os princípios constitucionais que regulam e limitam o exercício do poder tributário, o que funciona como garantia dos contribuintes[46]. Diferentemente, de um ponto de vista externo, e perante as múltiplas soberanias, surge uma situação de "limitação fáctica" dos poderes do Estado, que se manifesta na ausência de princípios vinculantes quanto ao tratamento de não residentes que obtenham rendimentos no seu território. Tal situação leva à criação de diversos critérios de conexão, o que se configura num grave problema, com consequências ao nível da aplicação prática dos critérios, levando a situações de dupla tributação (positiva ou negativa).

A (extinta) Sociedade das Nações, a ONU (que lhe sucedeu), e a OCDE apresentaram modelos indicativos de convenções sobre dupla tributação do rendimento e do capital, sem prejuízo dos trabalhos desenvolvidos nestas matérias por outras organizações, tais como o Conselho da Europa, a Comunidade Europeia, a Associação Europeia de Comércio Livre e a Câmara de Comércio Internacional[47].

De entre os modelos apresentados tem sido a Convenção Modelo da OCDE a mais seguida pelos Estados na celebração de CDT. O modelo de Convenção da OCDE divide-se em 7 capítulos, a saber: I – Âmbito de aplicação da convenção; II – Definições; III – Tributação do rendimento; IV – Tributação do património; V – Métodos de eliminação da dupla tributação internacional; VI – Disposições especiais; VII – Disposições finais.

No que concerne à distribuição das competências para tributar, este modelo de convenção efetua a sua divisão em quatro grupos: (i) atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da residência; (ii) atribuição de competência cumulativa ilimitada ao Estado da fonte; (iii) atribuição de competência cumulativa limitada ao Estado da fonte; e (iv) atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da fonte.

No que respeita a atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da residência, esta encontra-se presente no art.º 7.º da convenção, referente aos lucros das empresas e dos trabalhadores independentes, bem como aos lucros imputáveis a estabelecimento estável, excluindo a simples compra de bens ou mercadorias por parte do estabelecimento estável.

A competência cumulativa ilimitada atribuída ao Estado da fonte encontra-se no art.º 6.º da convenção, que se refere aos rendimentos de bens imobiliários, incluindo rendimentos de explorações agrícolas ou florestais, bem como retribuições variáveis ou fixas pela exploração ou concessão da exploração de jazigos minerais, fontes e outros recursos minerais. O art.º 13.º, referente às mais-valias, indica que a sua tributação é efetuada pelo Estado da residência do alienante, à exepção das seguintes mais-valias: mais-valias na alienação de bens imobiliários, que podem ser tributadas no Estado em que os imóveis se localizem; mais-valias na alienação de ações que retirem, direta ou

---

[44] Para maiores desenvolvimentos, cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.80 e ss.

[45] Cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 83.

[46] Cfr. SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 82.

[47] Cfr. PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, pp. 495-501; e BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 240.

indiretamente, mais de 50% do valor dos bens, que podem ser tributadas pelo Estado em que os imóveis se localizem; mais-valias na alienação de imóveis integrantes no património do estabelecimento estável, incluindo a alienação do próprio estabelecimento estável; mais-valias resultantes da alienação de navios e aeronaves utilizados no tráfego internacional.

Por sua vez, a atribuição de competência cumulativa limitada ao Estado da fonte encontra-se prevista no art.º 10.º da convenção, respeitante aos dividendos, neles se incluindo os rendimentos provenientes de ações e os rendimentos derivados de partes sociais, com o limite de imposto de 5%. A mesma atribuição de competência consta também no art.º 11.º da convenção, referente aos juros, incluindo-se os rendimentos de créditos de qualquer natureza com ou sem garantia bancária, os rendimentos de dívida pública, os rendimentos de obrigações e empréstimos, incluindo prémios e outros, com um limite de imposto de 10%. Além disso, veja-se também neste contexto o art.º 12.º da convenção, acerca dos *royalties,* definidos como direitos de autor, patentes, marcas e *software* quando sejam transferidos todos os direitos (n.º 2 do art.º 12.º), a tributação é exclusiva do Estado da residência do beneficiário (n.º 1 do art.º 12.º), embora esta norma não seja habitualmente utilizada nas convenções celebradas entre os Estados, que geralmente formulam reservas (dissonâncias relativamente ao conteúdo da convenção modelo).

Finalmente, quanto à atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da fonte, tal acontece no âmbito do art.º 19.º, referente às remunerações da função pública (remunerações públicas).

No caso de atribuição de competência a ambos os Estados, é normalmente ao Estado da residência que incumbe eliminar a dupla tributação internacional. É também ao Estado da residência que a convenção modelo da OCDE atribui o poder residual de tributar, ou seja, os rendimentos auferidos por um residente, relativamente aos quais nada se disponha em contrário, só podem ser tributados no país da residência – cfr. art.º 21.º da convenção modelo da OCDE.

3.3. A aplicação dos métodos de eliminação da dupla tributação

As convenções celebradas por Portugal contemplam métodos para eliminação da dupla tributação em caso de atribuição da competência para tributar a ambos os Estados contratantes e que consistem, tal como já foi referido, no método da isenção e no método da imputação[48]. O primeiro método incide sobre o rendimento ou património, ao passo que o segundo sobre o imposto.

O *método da isenção* consiste na renúncia, por parte do Estado da residência, à tributação de uma realidade que poderia ser tributada, e que consiste em isentar de imposto nesse país os rendimentos de fonte estrangeira ou o património situado no estrangeiro. No caso dos impostos sobre o rendimento, os métodos de eliminação podem assumir as modalidades de *isenção integral* e de *isenção com progressividade*.

O método da imputação desdobra-se nas modalidades de (i) *imputação por referência ao imposto pago* e (ii) *imputação independente do imposto pago*; apresentando lógicas distintas[49] [50].

De acordo com o método da isenção (cfr. art.º 23.º-A da convenção modelo da OCDE), o Estado da residência elimina a dupla tributação isentando de tributação o

[48] Sobre as vantagens e inconvenientes de cada um dos métodos, veja-se, por exemplo, Manuel Pires, *in* PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, pp. 343, 354 e 370 e ss.

[49] Neste sentido, cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 255.

[50] Brás Carlos (*in* BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 256-251) apresenta a descrição do método da isenção, do método de imputação do imposto pago e do método de imputação do imposto não pago. O método da isenção encontra-se previsto no art.º 23.º-A da convenção modelo da OCDE, ao passo que o art.º 23.º-B do mesmo instrumento se refere ao método de imputação do imposto pago.

rendimento ou património que será tributado no Estado da fonte. Poderá fazê-lo através de uma isenção integral ou de uma isenção com progressividade. Na isenção integral, o rendimento ou património isento não relevam para a tributação do rendimento ou património não isento. Já na isenção com progressividade, o cálculo do montante do imposto sobre o rendimento ou património não isento desse residente, deverá ter em conta para efeitos de taxa, o rendimento ou o património isentos.

O n.º 4 do art.º 23.º-A da Convenção Modelo da OCDE estabelece a não aplicação da isenção prevista no seu n.º 1 quando os rendimentos tenham já sido isentos pelo outro Estado, ao abrigo da Convenção, o que serve para evitar que os rendimentos em causa sejam isentos duas vezes. De acordo com Natália Cardoso Pinto, *"está aqui subjacente o dever do Estado da residência em se certificar de que não vai isentar rendimentos que o outro Estado também pode isentar."*[51]

Este método da isenção é idêntico às medidas unilaterais de isenção integral e de isenção com progressividade. A diferença é que esta medida resulta de uma obrigação de direito internacional assumida por um Estado perante outro Estado contratante.

Como exemplos práticos do método da isenção, podemos referir os art.ºs 22.º, n.º 4 do CIRS e 72.º, n.º 10 do CIRS. De facto, prescreve o art.º 22.º, n.º 4 do CIRS que, ainda que não englobados para efeitos de tributação, são sempre incluídos para efeitos de determinação da taxa a aplicar aos restantes rendimentos, os rendimentos isentos quando a lei imponha o respetivo englobamento. Por sua vez, o n.º 10 do art.º 72.º do CIRS, prescreve que, para efeitos de determinação da taxa que seria aplicável no caso de os rendimentos em causa serem auferidos por residentes em território português, são tidos em consideração todos os rendimentos, incluindo os obtidos fora de Portugal, nas mesmas condições aplicáveis aos residentes.

A principal vantagem do método da isenção integral é a simplicidade, pois não existe qualquer obrigação de declarar o rendimento de fonte estrangeira. Tal simplicidade pode, no entanto, gerar alguns efeitos, que levem a preferir o método da isenção com progressividade[52]. Deste modo, se existe progressividade no Estado da residência, ela é posta em causa pelo não englobamento do rendimento de fonte externa. Além disso, aplicando o método da isenção integral o Estado da residência renuncia não só à tributação correspondente ao rendimento de fonte externa, como também à diferença entre o imposto calculado à taxa correspondente à totalidade do rendimento de que o contribuinte efetivamente dispõe e o imposto calculado à taxa aplicável ao rendimento de origem externa. Ou seja, o método da isenção integral apenas tende a ser aplicado quando o cálculo do imposto se baseia em taxas proporcionais, sendo difícil a eliminação da dupla tributação nos casos em que os Estados aplicam taxas diferentes das proporcionais.

Quanto ao método previsto no art.º 23.º-B da convenção modelo da OCDE (*método de imputação do imposto pago*), este pressupõe que o Estado da residência mantenha o direito de tributar o rendimento ou o património global do contribuinte, mas permite a dedução ao seu imposto de um valor referente ao imposto pago no Estado da fonte. Quando a dedução ao imposto do Estado da residência é de montante igual ao do imposto pago na fonte pelo rendimento ou património aí obtido, encontramo-nos perante a *imputação integral*. Diferentemente, quando a dedução do valor do imposto pago no Estado da fonte ao Estado da residência se encontrar limitada a fração do imposto do Estado da residência que for imputável ao rendimento ou património proveniente do Estado da fonte, encontramo-nos perante uma *imputação normal ou ordinária*[53]. De uma forma muito resumida, na imputação integral permite-se deduzir no país de residência o total do imposto efetivamente pago no país de origem, ao passo que na imputação normal a dedução permitida no país de residência encontra-se limitada à fração do seu próprio imposto correspondente aos rendimentos de fonte estrangeira.

---

[51] Cfr. PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, p. 31.

[52] Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 269 e ss.

[53] O método de imputação normal é similar ao utilizado na medida unilateral de concessão dos "créditos de imposto", previstos nos art.ºs 81.º do CIRS e 91.º do CIRC. Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 258.

Ainda relativamente ao *método da imputação*, também denominado por *método do crédito de imposto*, verifica-se que o rendimento de fonte estrangeira não é isento, tributando-se no país da residência o rendimento global do contribuinte, seja qual for a fonte dos seus rendimentos. Neste método, eliminam-se os efeitos dos benefícios fiscais concedidos no Estado da fonte, donde deriva uma vantagem para o Estado da residência que nenhum imposto tem a imputar, nesse caso. Assim, e quando tal ocorre, os benefícios fiscais não correspondem a uma vantagem efetiva para a entidade beneficiária, mas apenas uma transferência do poder de tributar, que decorre da renúncia de tributação no país da fonte dos rendimentos, como forma de potenciar o aumento da tributação no país da residência. Para evitar esta situação, alguns países e jurisdições permitem que a imputação se verifique como se o imposto tivesse sido efetivamente pago. Esta figura denomina-se por *imputação fictícia por desagravamento fiscal, tax sparing ou matching credit.* A imputação ou crédito, na modalidade de *crédito direto* ("*direct foreign tax credit*"), limita-se ao imposto que recaiu, no estrangeiro, sobre o contribuinte que o reclama, aquele em cuja coleta de imposto é usado (v.g., imposto que recaiu, no estrangeiro, sobre um estabelecimento estável da empresa ou o imposto eventualmente retido na fonte, no estrangeiro, sobre juros, dividendos ou *royalties*). Este método elimina exclusivamente a dupla tributação jurídica, sendo utilizado, normalmente, nas convenções para evitar a dupla tributação. Diferente do crédito direto é *crédito indireto ("indirect foreign tax credit; underlying tax credit"),* de acordo com o qual, o crédito, no caso dos dividendos, se reporta ao imposto que recaiu, no estrangeiro, sobre os lucros das sociedades de que os dividendos provêm. Neste tipo de crédito, quando os dividendos provêm de uma cadeia de sociedades, é habitual o crédito encontrar-se limitado a um certo número de níveis da cadeia. No crédito indireto, a preocupação é com a dupla tributação económica[54].

Todavia, para evitar a dupla tributação, deduz-se o imposto pago no país da fonte dos rendimentos. Diferentemente do que se passa no método da isenção, o método da imputação atua sobre a coleta do imposto e não sobre o rendimento, tal como se verifica no art.º 81.º, n.º 1 do CIRS e no art.º 91.º, n.º 1 do CIRC.

O método da imputação integral apresenta também a vantagem da simplicidade, permitindo, além disso, que o total da tributação corresponda à que seria suportada caso o contribuinte apenas fosse tributado no Estado da residência. Todavia, nas hipóteses em que a tributação no Estado da fonte dos rendimentos é superior à tributação no Estado da residência do contribuinte, não se justifica que seja este a suportar a diferença de tributação entre os dois Estados. Por essa razão, o método da imputação normal revela-se mais adequado do que o método da imputação integral. Ademais, de acordo com o método da imputação normal, apenas haverá uma dedução parcial do imposto estrangeiro, se este for superior ao que, no país de residência, incide sobre os mesmos rendimentos[55].

Comparando, agora, o *método da isenção* com o *método da imputação*, verifica-se que, embora o método da isenção (mais concretamente na sua modalidade *isenção com progressividade*) seja o método mais adequado para eliminar as duplas tributações, é o método da imputação (na sua modalidade *imputação normal*) o método geralmente escolhido para criar uma solução de compromisso entre o direito de tributar conferido ao país da fonte dos rendimentos e a atribuição desse mesmo direito, em segunda linha, ao país da residência[56].

Existe ainda um outro modo de determinação da fração do imposto do Estado da residência, que é imputável ao rendimento proveniente do Estado da fonte, sendo que no entanto não é utilizado nas convenções celebradas por Portugal. De acordo com este método, apurado o quociente entre o rendimento obtido no Estado da fonte e o rendimento total, aplica-se tal percentagem ao imposto total do Estado da residência.

---

[54] Neste sentido, cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, p. 271, notas de rodapé n.ºs 427 e 428.

[55] Cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 271 e ss.

[56] Neste sentido, cfr. PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 271 e ss.

Para esta modalidade de imputação ordinária, Alberto Xavier propõe a designação de imputação ordinária proporcional[57], em contraposição com a imputação ordinária efetiva.

Nas convenções mais recentes, em matéria de tributação de dividendos e de juros, deduz-se ao imposto do sócio a pagar no Estado da residência a parte do imposto pago pela sociedade participada relativamente aos dividendos distribuídos. Trata-se da imputação do imposto subjacente ou *underlying tax credit*.

Quanto ao *método da imputação do imposto não pago*[58], a imputação do imposto não pago pode fazer-se através de duas modalidades: (i) *método do crédito presumido* (*matching credit*); ou (ii) *método do crédito fictício* (*tax sparing credit*).

No método do crédito presumido, o montante do crédito concedido pelo Estado da residência é uma certa percentagem do rendimento em causa, previamente fixada, independentemente da taxa de tributação que incidiu sobre o rendimento gerado no outro Estado[59].

No método do crédito fictício, pressupõe-se que o Estado da fonte concedeu um benefício fiscal àquele rendimento (geralmente como incentivo ao investimento externo), determinando sobre ele uma não tributação ou uma tributação reduzida. De acordo com este método, o Estado da residência concede um crédito igual ao montante do imposto que seria pago, no caso de não existirem benefícios fiscais.

Passemos, por último, a algumas notas finais sobre as modalidades da imputação de imposto não pago, como outro instrumento de eliminação da dupla tributação internacional[60].

O que designamos por imputação do imposto não pago será, propriamente dito, um método de eliminação da dupla tributação internacional? No seguimento do entendimento propugnado por Manuel Pires[61], parece-nos que não. De facto, é claro que a parte do crédito concedido pelo Estado da residência que excede o imposto pago no Estado da fonte não elimina qualquer dupla tributação, pois ela não existe. Na concessão de um crédito de imposto fictício, e nos casos de crédito de imposto presumido, a dupla tributação existe e é eliminada, total ou parcialmente, pela concessão daquele crédito. No entanto, por uma questão esquemática, e apesar desta dificuldade, enquadramos também a primeira hipótese nos métodos para eliminação da dupla tributação, embora existam casos em que o crédito possa ser superior ao imposto pago no Estado da fonte.

O método do crédito de imposto fictício apresenta a vantagem de evitar que a despesa fiscal suportada pelo Estado da fonte, quando este isenta o rendimento ou património, se traduza num benefício exclusivo a favor do Estado da residência. Sem este crédito de imposto, o Estado da fonte tributará o rendimento obtido no Estado da fonte e não suportará qualquer dedução ao seu imposto.

A consagração do crédito de imposto fictício tem sido criticada por parte da OCDE, designadamente no que respeita à sua utilização abusiva pelos investidores estrangeiros,

---

[57] XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, p. 751 (e reimpressão de 2014).

[58] O método da imputação do imposto não pago encontra-se, normalmente, embora com algumas exceções, em convenções celebradas por Estados que apresentam entre si diferenças significativas nos respetivos níveis de desenvolvimento. Deste modo, Estados como a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, a Coreia do Sul, a Finlândia, a França, a Itália, a Noruega, o Reino Unido e a Suíça, concederam este regime a Portugal, de um modo genérico ou relativamente a alguns tipos de rendimento. Portugal começou por conceder este regime a Moçambique, consagrando-o posteriormente (quase sempre em regime de reciprocidade) nas convenções com a Coreia do Sul, Macau, Índia, China, Tunísia, Cabo Verde, Malta, Argélia e Cuba. Neste sentido, BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 260.

[59] É o que se passa na CDT entre Portugal e Alemanha, na qual a Alemanha considera, para efeitos de imputação, que o valor do imposto português sobre dividendos, juros e *royalties* é, em qualquer caso, de 15%, ainda que, designadamente devido a isenções, esta não tenha sido a taxa de retenção na fonte que incidiu sobre estes rendimentos. Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 259-260.

[60] Para o efeito, seguimos a doutrina de BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 260-261.

[61] Cfr. PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, p. 368.

levando alguns autores a prever que, nas convenções existentes, tais cláusulas possam ser renegociadas ou revogadas, sendo que, em convenções futuras, os Estados conjugá-las-ão com normas antiabuso, delimitando o seu âmbito e duração[62].

3.4. A competência dos Estados para tributar

As normas constantes da convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital dividem-se em: (i) normas de distribuição de competência para tributar; (ii) normas de limitação de competência para tributar.

Através das primeiras (normas de reconhecimento de competência para tributar) responde-se ao problema de saber se, em face de certo tipo de realidade, ambos os Estados contratantes exercem a sua competência fiscal, ou se esta é conferida a apenas um deles. No caso da atribuição exclusiva a um dos Estados, o problema da dupla tributação fica, desde logo, resolvido. Todavia, no caso da atribuição dos poderes tributários a ambos os Estados, serão as normas de limitação de competência para tributar que servirão para resolver a questão.

Vejamos agora, a propósito de cada tipo de rendimento e do património, o que se encontra consagrado na convenção modelo da OCDE. Destaque-se que, nas convenções celebradas por Portugal, foram muitas vezes consagradas soluções diferentes das previstas na referida convenção modelo, o que leva a que, em casos concretos, não se dispense a leitura do texto da respetiva convenção[63] [64].

3.4.1. Rendimentos de imóveis

De acordo com o art.º 6.º da convenção modelo da OCDE, os rendimentos de imóveis (na terminologia anglo-saxónica, "*income from immovable property*") podem ser tributados no Estado da situação do imóvel (Estado da fonte), sem qualquer limitação. Caberá ao Estado da residência eliminar a dupla tributação que daí resulta[65].

Efetivamente, de acordo com a doutrina de Ekkehart Reimer[66], e para o tipo de rendimentos em causa, vale a regra da tributação baseada na localização do imóvel, uma vez que se considera que o Estado em causa terá maior legitimidade para a tributação, já que surgirá como o melhor posicionado para o controlo da obtenção do rendimento, podendo assim tributá-lo de forma direta.

Deste modo, e ainda de acordo com o autor em questão, poderão apontar-se três razões para esta regra da tributação pelo Estado da localização do imóvel, a saber:

- Razão histórica e pragmática: a tributação do rendimento pessoal, tal como o entendemos atualmente, surge na sequência da tributação da riqueza ou do rendimento de acordo com conceitos de tributação objetiva, baseada, por exemplo, na tributação da propriedade. A evolução apontou no sentido de estender o conceito de tributação objectiva, (isto é, baseada na *res*), à tributação pessoal. Neste caso, basear a tributação

---

[62] Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 261.

[63] Neste sentido, cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 241.

[64] Veja-se, ainda, PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014, pp. 260 e ss.

[65] Para maiores desenvolvimentos, cfr. REIMER, Ekkehart, "Income from Immovable Property (Article 6 OECD Model Convention)", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 1-7.

[66] REIMER, Ekkehart, "Income from Immovable Property (Article 6 OECD Model Convention)", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 1-7.

da propriedade no fator de conexão "residência" implicaria que o Estado da fonte mantivesse os seus direitos no que toca a tributação da propriedade, propriamente dita, perdendo o direito a incluir a tributação da riqueza gerada pelo mesmo, riqueza essa de natureza pessoal, hipótese que seria irreal, na medida em que tal separação seria artificial, especialmente quando nos referimos a rendimentos provenientes de bens imóveis.

- Razão normativa: a soberania do Estado baseia-se na soberania territorial do mesmo. Assim, justifica-se a tributação por parte do Estado da fonte (o mesmo que dizer, por parte do Estado da localização dos imóveis), dos rendimentos provenientes de bens imóveis, uma vez que o Estado em causa propicia a manutenção dessa propriedade, que inclusivamente beneficia das condições oferecidas pelo Estado da fonte. Este último apresenta assim legitimidade para a tributação.

- Razão baseada em necessidades administrativas: a tributação dos rendimentos de imóveis por parte do Estado da localização dos imóveis justifica-se pelo facto de ser mais fácil a um inspetor tributário (por exemplo) deslocar-se ao local e desempenhar as suas funções de controlo da tributação e de verificação do cumprimento das obrigações fiscais. Pela mesma ordem de ideias, será também mais fácil tributar aquilo que ocorre e se desenrola num dado território do que no estrangeiro, por maior proximidade e por não ser necessário qualquer tipo de contato com outras administrações fiscais.

Hoje em dia, diversas disposições da convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital atestam a prevalência da legitimidade para a tributação por parte do Estado da localização (no fundo, por parte do Estado da fonte); tais como o art.º 6.º (aquele que nos encontramos a tratar), o art.º 13.º e o art.º 21.º, todos da aludida convenção modelo da OCDE.

3.4.2. Lucros de empresas

Quanto à tributação dos lucros de empresas (na terminologia anglo-saxónica, "*business profits*"), vale o disposto no art.º 7.º da convenção modelo da OCDE que, embora começando por consagrar a regra da tributação exclusiva dos lucros de empresas no Estado da residência, permite a tributação pelo Estado da fonte do lucro imputável a estabelecimento estável neste situado[67].

Ou seja, só existe lugar à tributação de uma empresa de um Estado em outro Estado, quando esta aí opera através de estabelecimento estável e quanto aos lucros imputáveis a esse estabelecimento estável. Adicionalmente, nas relações entre a empresa e o seu estabelecimento estável, deverão praticar-se preços de mercado, tal como se se tratassem de empresas distintas, em condições de total independência (vejam-se, designadamente, as normas aplicáveis sobre "preços de transferência" – cfr. art.º 63.º do CIRC).

Na prática, esta norma leva à tributação dos lucros do estabelecimento estável pelo Estado da fonte e à obrigação de eliminar a dupla tributação por parte do Estado da residência.

3.4.3. Lucros provenientes da exploração de navios, barcos ou aeronaves

De acordo com o art.º 8.º da convenção modelo da OCDE, os lucros provenientes da exploração de navios ou aeronaves no tráfego internacional (na terminologia anglo-saxónica, "*shipping, inland waterways transport and air transport*") só podem ser tributados no Estado em que se situe a direção efetiva da empresa. Esta norma é um exemplo do reconhecimento de competência exclusiva para tributar.

---

[67] Cfr. AVI-YONAH, Reuven; CLAUSING, Kimberly A., "Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)", in LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 9-20.

No entanto, são pouco frequentes as normas que, como esta, reconhecem competência exclusiva a um dos Estados[68] [69].

3.4.4. Empresas associadas

Nesta matéria, vale o disposto no art.º 9.º da convenção modelo da OCDE.

Assim, permite-se que, no caso de uma empresa de um Estado contratante participar (direta ou indiretamente) na direção, controlo ou capital de uma empresa do outro Estado contratante (ou seja, empresas em situação de relações especiais, para efeitos da aplicação da medida antiabuso específica referente a "preços de transferência" – art.º 63.º, n.º 4 do CIRC português), sendo que tais empresas estabeleçam entre si relações comerciais e financeiras diferentes das que seriam estabelecidas entre empresas independentes, podem os lucros que não tenham sido incluídos na base tributável serem tributados pelo Estado contratante. Nesta hipótese, o outro Estado fará um "ajustamento correlativo" relativamente ao imposto aí pago, como forma de evitar a dupla tributação[70].

Destarte, em relação ao lucro deste tipo de empresas, quer porque uma delas participa na direção, no controlo, ou no capital da outra; ou porque as mesmas pessoas participam na direção, no controlo, ou no capital de ambas; verifica-se que tais lucros se determinam em condições de mercado entre empresas independentes.

Todavia, quando haja lugar, num dos Estados, a uma correção dos lucros em virtude da aplicação de "preços de transferência", o outro Estado realiza o ajustamento correlativo correspondente, como forma de evitar a dupla tributação.

3.4.5. Dividendos

Em termos de legitimidade para a tributação, quer o Estado da fonte, quer o Estado da residência, possuem o poder de tributar os dividendos e outros lucros (na terminologia anglo-saxónica, "*dividends*")[71].

A tributação dos dividendos no Estado da fonte é limitada, não excedendo uma determinada percentagem (que se fixa entre 5% ou 15%), conforme as condições de participação do beneficiário efetivo no capital da sociedade que os paga.

Esta limitação encontra-se consagrada no art.º 10.º, n.º 2 da convenção modelo da OCDE que refere que o Estado da fonte está limitado no poder de tributar, não podendo exceder uma percentagem máxima de 5% dos dividendos, se estes resultarem

---

[68] Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr. MAISTO, Guglielmo, *"Shipping, Inland Waterways Transport and Air Transport (Article 8 OECD Model Convention)"*, *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 21-57.

[69] Cfr., ainda, HEMMELRATH, Alexander, "Notes on Guglielmo's paper on Article 8 OECD Model Convention", in LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 59-61.

[70] O ajustamento primário do lucro tributável devido por "preços de transferência" já se encontra previsto, em geral, no art.º 63.º do CIRC. Já o ajustamento correlativo relativamente a relações com empresas não residentes apenas é obrigatoriamente efetuado por Portugal quando houver convenção internacional que o imponha – cfr. art.º 63.º, n.º 11 do CIRC. Neste sentido, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 243.

[71] Para maiores desenvolvimentos, cfr., entre outros, WEEGHEL, Stef van*, "Dividends (Article 10 OECD Model Convention", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 63-73.

de uma participação indireta de pelo menos 25% do capital da sociedade detida; e 15% dos rendimentos brutos, nos restantes casos[72] [73].

No caso do IRC, encontra-se consagrado no art.º 14.º, n.ºs 3 a 8 do CIRC o regime de isenção de retenção na fonte dos dividendos pagos à entidade referida no n.º 3 da dita disposição, nas condições aí previstas. A não existir isenção de retenção na fonte, existe uma retenção na fonte nos termos do art.º 94.º do CIRC.

3.4.6. Juros

Quanto aos juros (na terminologia anglo-saxónica, "*interest*"), prescreve o art.º 11.º da convenção modelo da OCDE a possibilidade de tributação pelo Estado da fonte[74].

Todavia, tal como acontece no caso da tributação dos dividendos, a tributação compete a ambos os Estados com as devidas limitações; ou seja, a tributação é limitada a 10% do montante dos juros, havendo contudo algumas exceções nalgumas convenções celebradas por Portugal, nas quais o limite é de 15 e 12%[75].

Eric Kemmeren defende um terceiro critério*,* o princípio da origem. No essencial, este autor defende a substituição do critério da residência pelo "princípio" da origem, já que a residência existente numa determinada jurisdição não significa necessariamente que aí seja gerado rendimento[76].

Segundo este princípio, alguém que possua (ou tenha possuído) uma produção substancial do rendimento derivada de atividade económica num Estado que reclame conexão funcional com a produção substancial do rendimento derivado dessa atividade económica é tributado pelo Estado da residência, uma vez que o devedor está na origem

---

[72] No âmbito da UE, por força dos art.ºs 14.º, n.º 3 e 95.º do CIRC, não haverá em Portugal (Estado da fonte) qualquer tributação sobre os lucros distribuídos por uma sociedade residente a uma sociedade de outro Estado-membro que detenha, há pelo menos um ano, uma participação no capital igual ou superior a dez por cento, ou cujo valor de aquisição não seja superior a vinte milhões de euros. Por outro lado, Portugal (Estado da residência) permite a dedução à base tributável do montante dos dividendos recebidos de sociedades de outro Estado-membro, nos termos do art.º 51.º, n.ºs 5 e 8 do CIRC. Neste sentido, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 244.

[73] A discussão sobre estas matérias poderá ser encontrada nos seguintes contributos doutrinários: WEEGHEL, Stef van*, "Dividends (Article 10 OECD Model Convention", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 63-73; e HELMINEN, Marjaana, "*Discussion of Stef van Weeghel's Paper on Article 10 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 75-79.

[74] Sobre esta matéria, cfr. DANON, Robert, "*Interest (Article 11 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 82-105.

[75] Neste caso, a medida unilateral de isenção dos rendimentos dos títulos de dívida – pública e não pública –, consagrada no Decreto-Lei n.º 193/2005, de 07 de novembro, sobrepõe-se ao disposto na convenção que possa ser celebrada, já que determina, com caráter geral, a isenção dos juros desta natureza pagos por entidades residentes em Portugal a não residentes. O mesmo se passa com a tributação dos juros e *royalties* pagos a uma sociedade de outro Estado-membro da UE, a qual, por força do art.º 87.º, n.º 2, alínea g) e art.º 96.º do CIRC, foi de 10% até 01/07/2009, 5% até 30/06/2013 e 0% a partir dessa data, sobrepondo-se assim a tributações mais elevadas previstas nas respetivas convenções. Neste sentido, cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 244-245.

[76] No mesmo sentido, cfr. RÄDLER, Albert, J., "Recent Trends in European and International Taxation", *Intertax*, Volume 32, Issue 8/9, 2004, p. 365, questiona os critérios tradicionais em que se baseia o direito fiscal internacional, designadamente o critério da residência. Este autor analisa a posição de Eric Kemmeren.

do rendimento em causa. Assim, o Estado da proveniência dos juros (não sendo necessariamente a residência do devedor) possui o poder fiscal ilimitado no que concerne à tributação dos juros e rendimentos de capital decorrentes da alienação de créditos[77].

Neste caso, está previsto um regime de isenção de retenção na fonte de juros e *royalties* no art.º 14.º, n.ºs 12 e ss do CIRC, não se aplicando esta isenção de retenção na fonte na hipótese prevista nos n.ºs 3 e 4 do art.º 96.º do CIRC.

3.4.7. Royalties

O art.º 12.º da convenção modelo da OCDE prevê a tributação exclusiva dos *royalties*[78] pelo Estado da residência[79].

No caso português, atendendo à qualidade predominante de país importador dos direitos e demais situações geradoras de *royalties*, nas convenções que celebra, é reconhecido ao Estado da fonte o poder de tributar os rendimentos ali obtidos. Tal poder é, no entanto, limitado. Nas convenções celebradas por Portugal verifica-se que o montante máximo para tributação no Estado da fonte é, consoante os casos, de 5, 10 e 12% [80].

A hipótese da tributação pelo Estado da fonte, sem qualquer tipo de correcção, acarretaria o problema da dupla tributação, pois o rendimento pode não ter uma única fonte. Veja-se que a tributação dos *royalties* dificilmente poderá relacionar-se com uma só fonte, já que a obtenção de tal rendimento normalmente implica fontes localizadas em diferentes Estados.

Nesta matéria, da mesma forma que já referimos anteriormente quanto aos juros, encontra-se previsto um regime de isenção de retenção na fonte (de juros e *royalties*) no art.º 14.º, n.ºs 12 e ss do CIRC, não se aplicando esta isenção de retenção na fonte no caso previsto nos n.ºs 3 e 4 do art.º 96.º do CIRC.

3.4.8. Mais-valias

No que concerne às mais-valias provenientes de bens imóveis (na terminologia anglo-saxónica, "*capital gains*")[81], o art.º 13.º, n.º 1 da convenção modelo da OCDE consagra uma solução idêntica à referida para os rendimentos de tais bens, ou seja, a

---

[77] Para maiores desenvolvimentos, cfr. KEMMEREN, Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions – A rethinking of Models,* Pijenburg vormgevers, Dongen (The Netherlands), 2001, pp. 536 e ss.

[78] Que são as importâncias pagas ao detentor ou proprietário ou um território, recurso natural, produto, marca, patente, processo de produção, ou obra original, pelos correspondentes direitos de exploração, uso, distribuição ou comercialização.

[79] Neste âmbito, veja-se o contributo doutrinal de TADMORE, Niv, "*Royalties (Article 12 OECD Model Convention)*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 107-128.

[80] A este propósito, Brás Carlos, [*in* BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 246 a 250] apresenta-nos um quadro, atualizado no dia 30/07/2009, pela Administração Fiscal Portuguesa, denominado por "*Tabela prática das convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal*".

[81] Sobre esta matéria, e para maiores desenvolvimentos, vejam-se os seguintes contributos; SIMONTACCHI, Stefano, "*Capital Gains (Article 13 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 129-174; e KREVER, Richard, "*Discussion of Stefano Simontacchi's Paper on Article 13 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 175-184.

possibilidade de tributação, sem limitações, no Estado da situação do bem, ou seja, no Estado da fonte, independentemente da residência do detentor de tais bens.

Diferentemente, quanto às mais-valias de bens móveis, a regra é a de que podem ser tributados no Estado da residência do alienante, com as seguintes exceções:

(i) Os ganhos provenientes de bens que integram o ativo de um estabelecimento estável situado no território do outro Estado contraente podem ser aqui tributados, à semelhança do que acontece com os lucros obtidos por um estabelecimento estável;

(ii) Os ganhos que resultem da alienação de navios ou aeronaves explorados no tráfego internacional, de barcos utilizados na navegação interna e de bens móveis afetos à sua exploração, apenas podem ser tributados no Estado da direção efetiva da empresa, à semelhança dos lucros obtidos nestas atividades;

(iii) Os ganhos resultantes da alienação de ações que retirem, direta ou indiretamente, mais de 50% do respetivo valor de bens imóveis situados no outro Estado contratante (o Estado da fonte) podem ser tributados por este Estado[82].

Além disso, os ganhos provenientes da alienação de outros bens só podem ser tributados no Estado em que o alienante é residente.

3.4.9. Rendimentos de profissões independentes

O enquadramento é similar ao que se verifica para os lucros das empresas, ou seja, verifica-se a regra da tributação exclusiva no Estado da residência, exceto quanto aos rendimentos obtidos através de instalação fixa sita no outro Estado. Neste último caso, o Estado da fonte poderá tributar os rendimentos imputáveis a tal instalação fixa[83].

No caso português, a tributação do lucro tributável imputável ao estabelecimento estável situado em território português é efetuada nos termos do art.º 55.º do CIRC, que determina, no seu n.º 1, que o lucro tributável imputável a estabelecimento estável de entidades não residentes é determinado mediante as mesmas regras aplicáveis às entidades residentes que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola (art.ºs 17.º e ss do CIRC), com as necessárias adaptações.

De acordo com o n.º 2 do mesmo art.º 55.º do CIRC, *"podem ser deduzidos como gastos para a determinação do lucro tributável os encargos gerais de administração que sejam imputáveis ao estabelecimento estável, nos termos ou condições substancialmente idênticos aos que normalmente seriam contratados, aceites e praticados entre entidades independentes em operações, devendo esses critérios ser uniformemente seguidos nos vários períodos de tributação."* (cfr. medida antiabuso "preços de transferência", prevista no art.º 63.º do CIRC e conceito de relações especiais, previsto no art.º 63.º, n.º 4 do CIRC). De facto, repete-se aqui aquilo que se encontra previsto no art.º 63.º do CIRC, apelando-se a um critério de uniformidade nos vários períodos de tributação, para efeitos de possibilitar a respetiva comparabilidade.

Todavia, nos casos de impossibilidade de imputação com base na utilização, pelo estabelecimento estável, dos bens ou serviços a que respeitem os encargos gerais, admitem-se os critérios de repartição previstos e elencados no n.º 3 do art.º 55.º do CIRC, a saber: volume de negócios, gastos diretos e ativo fixo tangível.

---

[82] Relativamente às mais-valias auferidas por não residentes em resultado da alienação onerosa de partes sociais e valores mobiliários emitidos por residentes, é ainda de notar que o art.º 27.º do EBF e o Decreto-Lei n.º 193/2005, de 7 de novembro, consagram a sua isenção em IRS e IRC, pelo que Portugal, enquanto Estado da fonte não efetuará qualquer tributação verificadas que se encontrem as condições dos preceitos referenciados, independentemente da existência de CDT. Neste sentido, veja-se BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2006, p. 251.

[83] Atualmente, a convenção modelo da OCDE não contempla qualquer preceito expressamente dirigido à tributação das profissões independentes. O seu art.º 14.º foi suprimido em abril de 2000, passando os rendimentos de tais profissões a ter um enquadramento idêntico ao dos lucros das empresas (cfr. art.º 7.º), como lucros de atividade económica. Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 251.

Por sua vez, quanto aos rendimentos não imputáveis a estabelecimento estável, determina o art.º 56.º, n.º 1 do CIRC que tais rendimentos, obtidos por entidades não residentes em Portugal, são determinados de acordo com as regras estabelecidas para as categorias correspondentes para efeitos de IRS (rendimento global).

3.4.10. Rendimentos do trabalho dependente

Quanto aos rendimentos do trabalho dependente exercido fora do Estado da residência (na terminologia anglo-saxónica, "*income from employment*"), via de regra estes são tributados no Estado do exercício da atividade, ou seja, a legitimidade para a tributação pertence ao Estado da fonte da obtenção dos rendimentos (cfr. art.º 15.º da convenção modelo da OCDE), exceto se, cumulativamente:

(i) o trabalhador permanecer neste Estado menos de 183 dias no ano económico em causa;

(ii) as remunerações não forem pagas por, ou por conta, de uma entidade empregadora residente no Estado do exercício;

(iii) as remunerações não forem suportadas por um estabelecimento estável que a entidade empregadora tenha no Estado do exercício.

Cumpridas estas três condições, o Estado da residência será o competente para tributar, em contradição com a regra geral que prescreve a tributação por parte do Estado da fonte[84].

3.4.11. Remunerações atribuídas a membros de conselho de administração ou de conselho fiscal

De acordo com o art.º 16.º da convenção modelo da OCDE, as percentagens, senhas de presença e outras remunerações similares obtidas por um contribuinte residente de um dado Estado contratante, na qualidade de membro do conselho de administração ou do conselho fiscal de uma sociedade residente num outro Estado contraente (na terminologia anglo-saxónica, este tipo de rendimentos denomina-se por "*Directors' fees*") podem ser alvo de tributação, sem limitação, neste último Estado – *v.g.,* no Estado do exercício da atividade (também designado por "Estado da fonte")[85].

Nestas matérias, determina o art.º 2.º, n.º 3, alínea a) do CIRS que se consideram ainda rendimentos do trabalho dependente (categoria A), as remunerações dos membros dos órgãos estatutários das pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção dos que neles participem como revisores oficiais de contas, o que significa que se aplicam a este tipo de rendimentos as regras de tributação em sede de IRS referentes à categoria A.

---

[84] Para maiores desenvolvimentos, cfr. WALDBURGER, Robert, "*Income from Employment (Article 15 OECD Model Convention)*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 185-196.

[85] Cfr., sobre estas matérias, PROKISCH, Rainer, "*Directors' fees (Article 16 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 197-213.

3.4.12. Artistas e desportistas [86]

Prescreve o art.º 17.º da convenção modelo da OCDE que os rendimentos de profissionais de espetáculos, bem como de desportistas, provenientes das suas atividades pessoais exercidas num outro Estado, que não o Estado da respetiva residência, deverão ser tributados por aquele outro Estado – ou seja, pelo Estado da fonte.

Deste modo, os rendimentos resultantes da atuação de um artista ou de um desportista num Estado que não o da respetiva residência, podem ser tributados no Estado em que se realize tal atuação, quer sejam auferidos diretamente pelo artista ou desportista, quer sejam auferidos por qualquer outra pessoa[87].

A propósito do normativo ínsito no art.º 17.º da convenção modelo da OCDE, verifica-se que, a acrescer ao facto de os países e jurisdições levantarem questões e problemas acerca da tributação efetiva dos contribuintes considerados como fiscalmente não residentes, em geral; bem como levantam problemas mais sérios no que respeita aos artistas e desportistas que auferem diversos tipos de rendimentos em períodos de tempo relativamente curtos e decorrentes da sua constante mobilidade. Tal circunstância poderá levar a alguma "desconfiança" no tocante a este tipo de contribuintes.

Esta questão é referida por Daniel Sandler[88], que levanta as incertezas da aplicação do art.º 17.º da convenção modelo da OCDE, defendendo que a tributação dos artistas e desportistas deveria obedecer às regras gerais contidas nos art.ºs 7.º e 15.º da mesma convenção modelo.

Neste seguimento, citado por Daniel Sandler, Molenaar é provavelmente o mais ativo protagonista deste ponto de vista, considerando que o art.º 17.º é incerto, acarretando problemas administrativos, quer para os contribuintes, quer para a administração fiscal, além de que leva a possíveis situações de evasão fiscal.

Tais problemas (entre outros) poderão desaparecer, ou pelo menos ser reduzidos, através da tributação, pelo Estado da fonte, de todos os contribuintes considerados fiscalmente não residentes, designadamente os que desempenhem atividades artísticas ou desportivas, devendo tal pretensão fiscal ser abandonada pelo Estado da residência do sujeito passivo em causa, para evitar problemas de dupla (ou múltipla) tributação.

Esta matéria torna-se de importância vital, pelo facto de existirem convenções entre os países ou jurisdições em causa, que poderão acarretar conflitos positivos de competência tributária.

O problema da evasão fiscal pode ser minimizado pelos países e jurisdições, desde logo pela fixação de normas internas que poderão ser aproveitadas para potenciar situações de "fuga" e, por isso, de falta de equidade e de justiça fiscal.

Por outro lado, o art.º 17.º da convenção modelo da OCDE pretende legitimar a tributação através do chamado "princípio do benefício". Assim, o Estado onde os rendimentos são gerados será aquele com competência tributária, por ser o país ou jurisdição da obtenção do rendimento.

---

[86] Na mais recente terminologia da OCDE, "*Entertainers and Sportspersons"*; anteriormente designados por: *"Artistes and Sportsmen".*

[87] Para maiores desenvolvimentos sobre estas matérias, cfr. SANDLER, Daniel, "*Artistes and Sportsmen (Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 216-245; e MOLENAAR, Dick, "*Discussion of Daniel Sandler's Paper on Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 247-252.

[88] Cfr. SANDLER, Daniel, "*Artistes and Sportsmen (Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, p. 244-245.

Continua a discutir-se a problemática da tributação diferenciada quando se trate de rendimentos de artistas e desportistas pelo que, de acordo com Dick Molenaar[89], *" A principal preocupação com o artigo 17.º é: (…) Por que tributamos os artistas e os desportistas mais gravosamente do que os outros sujeitos passivos? O que fizeram de errado para merecer este tratamento fiscal mais gravoso? Esqueçamos o mito de que os artistas e os desportistas não são de confiança e só pretendem evitar a tributação. Vamos enfrentar o mundo real repleto de problemas fiscais para a maioria desses contribuintes. "*

Sem prescindir, o facto de, em 2014, a convenção Modelo da OCDE e respetivo comentário (e outros textos conexos) sofreram algumas alterações, designadamente no que toca ao art.º 17.º, aqui tratado, conforme a própria OCDE indica: *"A atualização inclui uma série de alterações ao artigo 17.º e ao respetivo comentário. O pano de fundo para estas mudanças consta do relatório, em anexo, sobre "Questões relacionadas com o Artigo 17.º da convenção modelo da OCDE". Esse relatório indica de que forma os comentários a estas matérias foram tratados no âmbito da discussão do projeto de Abril de 2010"* [90].

Mais concretamente, a respetiva epígrafe passou de "*Artistes and Sportsmen*" para "*Entertainers and Sportspersons*", bem como foi alterada parte do texto do artigo. O comentário ao art.º 17.º sofreu também alterações, para tentar clarificar e explicitar o âmbito de aplicação desta disposição, atentas as críticas que fomos aqui descrevendo e que se vinham acentuando ao longo dos tempos.

3.4.13. Pensões

De acordo com o art.º 18.º da convenção modelo da OCDE, as pensões pagas a um residente num Estado, apenas podem ser tributadas no Estado da residência. Tratando-se de pensões pagas por um Estado em consequência de serviços anteriores prestados a esse Estado, só podem ser tributadas nesse Estado (Estado pagador)[91].

Ou seja, as pensões de natureza privada só poderão ser tributadas pelo Estado de residência. Só assim não é quando forem pagas a um residente de outro Estado contratante, situação em que as pensões públicas só podem ser tributadas neste último Estado – *v.g.,* Estado da residência do pensionista (cfr. art.º 19.º, n.º 2, da convenção modelo da OCDE).

3.4.14. Remunerações públicas [92]

Prescreve o art.º 19.º, n.º 1, alínea a) da convenção modelo da OCDE que, as remunerações pagas por um Estado a uma pessoa em consequência de serviços prestados nesse Estado só podem ser tributadas por este Estado (o Estado pagador).

As remunerações resultantes do trabalho prestado num determinado Estado só poderão ser tributadas por esse Estado. Tal regra aplica-se também às pensões pagas

---

[89] Cfr. MOLENAAR, Dick, "*Discussion of Daniel Sandler's Paper on Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, p. 252.

[90] Cfr. http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-concention.pdf (*v.g.,* documento aqui citado, contendo as últimas alterações ocorridas na convenção modelo da OCDE e nos textos conexos, tais como os comentários aos respetivos artigos, entre outros).

[91] Sobre esta matéria, veja-se: KEMMEREN, Eric, "*Pensions (Article 18 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 253-281.

[92] Na terminologia anglo-saxónica, "*Government Service*".

em resultado de trabalho prestado ao Estado, postulando-se assim a tributação exclusiva no Estado da fonte.

A exceção de sentido oposto, que configura a tributação exclusiva no Estado da residência, verifica-se quando os serviços sejam prestados neste Estado e quem recebe os rendimentos seja um residente deste Estado, que seja seu nacional ou que não se tenha tornado residente apenas para prestar os serviços em causa[93].

Relativamente a estas matérias, determina o art.º 2.º, n.º 1, alínea c) do CIRS que se consideram rendimentos do trabalho dependente (categoria A) todas as remunerações pagas ou colocadas à disposição do seu titular provenientes de exercício de função, serviço ou cargo público. Tal significa que se aplicam a este tipo de rendimentos as regras próprias da categoria A.

3.4.15. Estudantes e estagiários

Os rendimentos que um estudante (ou estagiário) recebe de um determinado Estado para fazer face às despesas com a sua formação num outro Estado, não poderão ser tributados neste último Estado, a menos que tenham aí a sua fonte de rendimentos [94].

As importâncias recebidas não são tributadas no Estado da residência temporária do estudante (ou estagiário), desde que tais importâncias provenham de fontes situadas fora deste Estado. A condição para a não tributação pelo Estado da residência temporária é a de que a permanência neste Estado tenha como única finalidade prosseguir os seus estudos ou a sua formação – cfr. art.º 20.º da convenção modelo da OCDE.

Neste contexto, e nas palavras de Luc De Broe[95], *"O Artigo 20.º da convenção modelo da OCDE difere das outras disposições referentes à repartição do poder de tributar, na medida em que não atribui competência para tributar a nenhum dos dois Estados, prevendo antes uma isenção fiscal. Tais importâncias são muitas vezes agravantes para o Estado da residência ou para o anterior Estado da residência do estudante ou do estagiário, pois seria injusta a sua tributação, já que muitas vezes provêm de fundos públicos. Assim, o artigo 20.º efetua uma dupla não tributação internacional, pois, dadas as circunstâncias, é legítima esta dupla não tributação".*

O art.º 20.º da convenção modelo da OCDE suscita dúvidas interpretativas, desde logo porque não define o que é um "estagiário" para estes efeitos (na terminologia anglo-saxónica, "*business apprentice*"), devendo ser considerado como "estagiário", neste contexto, alguém que não tenha ainda obtido as qualificações necessárias para exercer determinada atividade ou profissão liberal, encontrando-se temporariamente num outro Estado, em virtude da necessidade de aquisição de experiência prática e das qualificações necessárias ao exercício da dita profissão liberal ou atividade.

Em segundo lugar, a aplicação combinada do art.º 20.º e do art.º 1.º da convenção modelo da OCDE deveria ser melhor clarificada, na medida em que o art.º 20.º aplica-se a contribuintes considerados como fiscalmente residentes e não residentes. No que toca ao art.º 1.º, deve entender-se como abrangendo contribuintes

---

[93] Para maiores desenvolvimentos, cfr. PISTONE, Pasquale, "*Government Service (Article 19 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 283-294.

[94] Para maiores desenvolvimentos, cfr. DE BROE, Luc, *"Students (Article 20 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 295-325.

[95] DE BROE, Luc, *"Students (Article 20 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, p. 325.

não residentes, pois diversas disposições são aplicáveis a contribuintes não residentes, bem como a contribuintes temporariamente residentes, como é o caso dos estudantes e estagiários.

Em terceiro lugar, é necessária uma aplicação conjugada dos art.ºs 20.º e 15.º do instrumento aludido, em particular no que respeita aos "estagiários"; com vista a evitar situações de potencial "fuga", potenciada pelas dificuldades interpretativas das normas definidas.

Finalmente, critica-se a hipótese de o art.º 20.º da convenção modelo da OCDE, em determinadas circunstâncias (por exemplo, quando as condições para a isenção de tributação no país "de acolhimento" não se encontrem satisfeitas), não resolver o problema da dupla tributação[96].

No caso português, quando não exista um vínculo laboral, como é o caso das bolsas de investigação científica atribuídas sem qualquer vínculo laboral com as entidades de acolhimento (cfr. Lei n.º 40/2004, de 18 de agosto), relativamente aos investigadores que apenas aufiram em território português rendimentos de bolsas e/ou subsídios de investigação, tal não gera qualquer obrigação fiscal em sede de IRS, uma vez que esses rendimentos não se encontram sujeitos a tributação.

Todavia, quando exista um vínculo laboral, haverá ainda que verificar se o investigador em causa pode ser considerado residente em território português ou não, uma vez que a tributação em sede de IRS será distintas consoante esse enquadramento[97]. Neste sentido, os investigadores estrangeiros serão considerados residentes para efeitos de tributação em sede de IRS, e por isso tributados sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os obtidos fora do território português (n.º 1 do art.º 15.º do CIRS), caso se verifique a aplicação do disposto no art.º 16.º do CIRS, referente à atribuição da qualidade de residente. Sendo considerados não residentes, apenas são tributados sobre os rendimentos obtidos em território português, aliás em observância das regras gerais, aplicáveis no âmbito de qualquer outra atividade (n.º 2 do art.º 15.º do CIRS).

3.4.16. Outros rendimentos

O art.º 21.º da convenção modelo da OCDE contém uma regra, de acordo com a qual, cabe exclusivamente ao Estado da residência o poder de tributar os rendimentos auferidos por um residente, quando a convenção nada dispuser. Trata-se de um poder residual de tributação exclusiva[98].

Assim, todos os rendimentos de um residente num Estado, seja qual for a sua origem/proveniência, que não tenham sido enumerados anteriormente, só poderão ser tributados nesse Estado[99].

---

[96] Estes problemas são apresentados por Luc De Broe, no seu contributo. Assim, veja-se DE BROE, Luc, *"Students (Article 20 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, p. 325.

[97] Para maiores desenvolvimentos acerca do enquadramento, em sede de IRS, dos contratos de bolsa de investigação, veja-se a seguinte ficha doutrinária, contendo uma informação vinculativa: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/1E7E644E-C11C-4D6E-BF3D-0EB934DB8608/0/Ficha_Doutrinaria_Proc%203059%2010.pdf .

[98] Note-se, porém, que caso o direito ou a propriedade geradora dos referidos rendimentos estiverem efetivamente ligados a estabelecimento estável situado no outro Estado contraente, aplicam-se as disposições do art.º 7.º da convenção modelo da OCDE. Cfr. BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 254.

[99] Sobre esta matéria, vejam-se os seguintes contributos doutrinários: RUST, Alexander, *"Other Income (Article 21 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 327-345; e POTGENS, Frank; BOSMAN, Alexander, *"Discussion of Alexander Rust's Paper on Article 21 OECD Model Convention", in* LANG, Michael;

Podemos assim concluir que o art.º 21.º, n.º 1 da convenção modelo da OCDE reveste-se de extrema importância, na medida em que pretende evitar a dupla tributação, assegurando também que todos os tipos de rendimento sejam abrangidos pelo âmbito dos tratados celebrados de acordo com a convenção modelo da OCDE.

3.4.17. Outro património

O património imobiliário cujo proprietário seja considerado como fiscalmente residente num dado Estado contratante e que se encontre situado num outro Estado contratante, deverá ser tributado no Estado da localização do bem imóvel.

Quanto ao património que faça parte de um estabelecimento estável, que uma entidade residente possua num outro Estado contratante, pode ser tributado neste último Estado.

Relativamente ao património constituído por navios ou aeronaves utilizados no tráfego internacional, ou por barcos utilizados na navegação interna, bem como pelos bens imóveis afetos à sua exploração, só pode ser tributado no Estado da direção efetiva da empresa/organização. Este último caso configura uma atribuição exclusiva do poder de tributar ao Estado da residência (sede/direção efetiva).

O restante património apenas poderá ser tributado no Estado da residência do seu proprietário – cfr. art.º 22.º, n.º 4 da convenção modelo da OCDE.

4. Conclusões

O problema da dupla tributação internacional surge pelo facto de uma determinada situação jurídico-fiscal se encontrar em conexão com mais do que um ordenamento jurídico, o que leva à subsunção de um caso concreto na previsão de mais do que uma norma fiscal de incidência.

Além disso, a dupla tributação internacional ocorre também pelo facto de não serem adotados os mesmos elementos de conexão por parte das diversas jurisdições ou, mesmo que seja adotado o mesmo critério de conexão, por lhes ser conferido um conteúdo diferente em cada uma das jurisdições.

Assim, o problema que está na base da dupla tributação internacional prende-se fundamentalmente com o facto de nem todos os sistemas fiscais coincidirem entre si quanto às normas de incidência real e pessoal, pelo que é perfeitamente possível que um mesmo rendimento venha a ser tributado simultaneamente nos Estados da residência e da fonte ou, menos comum, não seja tributado em nenhum dos Estados.

A dupla (ou múltipla) tributação pode ser jurídica ou económica. A dupla (ou múltipla) tributação jurídica internacional ocorre quando o rendimento de um contribuinte é objeto de tributação em duas ou mais jurisdições fiscais. Diferentemente, a dupla (ou múltipla) tributação económica ocorre quando o mesmo rendimento é tributado em mais do que um Estado (por exemplo, no caso da tributação de lucros distribuídos).

De uma maneira geral, os pressupostos da dupla tributação internacional baseiam-se na pluralidade de normas de tributação em ordenamentos jurídico-fiscais distintos e nas "quatro identidades", a saber: (i) identidade do objeto; (ii) identidade do sujeito; (iii) identidade do período tributário; e (iv) identidade do imposto.

A própria internacionalização da economia e a verificação de situações jurídico-fiscais plurilocalizadas gerou a necessidade de criar diferentes tipos de conexões (reais e pessoais) para evitar/atenuar a tributação.

Neste contexto, a dupla tributação internacional cria um cúmulo de tributações com reflexos negativos nas relações económicas internacionais e no próprio

---

PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008, pp. 347-355.

desenvolvimento económico, e pode ter consequências no âmbito dos movimentos de capitais. Por isso, entendeu-se como prioritário eliminar este fenómeno, ou pelo menos atenuá-lo. São dois os tipos de medidas que podem levar-se ao cabo para o efeito, a saber: (i) medidas unilaterais, tais como o método da isenção e o método do crédito de imposto; (ii) medidas bilaterais (ou até mesmo multilaterais), tais como a celebração de CDT e outros acordos (instrumentos convencionais) celebrados entre os Estados.

5. Bibliografia citada

AVI-YONAH, Reuven; CLAUSING, Kimberly A., "Business Profits (Article 7 OECD Model Convention)", in LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

BRÁS CARLOS, Américo Fernando, *Impostos (Teoria Geral),* 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010.

DANON, Robert, "*Interest (Article 11 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

DE BROE, Luc, "*Students (Article 20 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

HELMINEN, Marjaana, "*Discussion of Stef van Weeghel's Paper on Article 10 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

HEMMELRATH, Alexander, "Notes on Guglielmo's paper on Article 8 OECD Model Convention", in LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

KEMMEREN, Eric, "*Pensions (Article 18 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

KEMMEREN, Eric, *Principle of Origin in Tax Conventions – A rethinking of Models,* Pijenburg vormgevers, Dongen (The Netherlands), 2001.

KREVER, Richard, "*Discussion of Stefano Simontacchi's Paper on Article 13 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012.

MAISTO, Guglielmo, "*Shipping, Inland Waterways Transport and Air Transport (Article 8 OECD Model Convention)*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

MOLENAAR, Dick, "*Discussion of Daniel Sandler's Paper on Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

PEREIRA, Manuel Henrique Freitas, *Fiscalidade* (5.ª Edição), Almedina, 2014.

PEREIRA, Paula Rosado, in *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu,* Almedina, 2010.

PINHEIRO, Gabriela, *A Fiscalidade Directa da União Europeia*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

PINTO, Natália Cardoso, *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011.

PIRES, Manuel, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984.

PISTONE, Pasquale, "*Government Service (Article 19 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

POTGENS, Frank; BOSMAN, Alexander, *"Discussion of Alexander Rust's Paper on Article 21 OECD Model Convention", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

PROKISCH, Rainer, *"Directors' fees (Article 16 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

RÄDLER, Albert, J., "Recent Trends in European and International Taxation", *Intertax*, Volume 32, Issue 8/9, 2004.

REIMER, Ekkehart, "Income from Immovable Property (Article 6 OECD Model Convention)", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

RUST, Alexander, *"Other Income (Article 21 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

SALDANHA SANCHES, José Luís, *Manual de Direito Fiscal,* 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

SANDLER, Daniel, "*Artistes and Sportsmen (Article 17 OECD Model Convention*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

SIMONTACCHI, Stefano, "*Capital Gains (Article 13 OECD Model Convention)", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

SOUSA, Domingos Pereira de, *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013.

TADMORE, Niv, "*Royalties (Article 12 OECD Model Convention)*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law*

and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation), Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

WALDBURGER, Robert, "*Income from Employment (Article 15 OECD Model Convention)*", *in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

WATTEL, Peter J., "Home neutrality in an Internal Market", *European Taxation*, vol. 36, n.º 5, 1996.

WEEGHEL, Stef van*, "Dividends (Article 10 OECD Model Convention", in* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.), *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives (Eucotax Series on European Taxation),* Wolters Kluwer – Law and Business, 2008.

XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional,* 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009 (reimpressão de 2014).

E, ainda:

Convenções celebradas por Portugal e respetivo quadro-resumo: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib .

Ficha doutrinária, contendo uma informação vinculativa, relativa a contratos de bolsa de investigação: http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/1E7E644E-C11C-4D6E-BF3D-0EB934DB8608/0/Ficha_Doutrinaria_Proc%203059%2010.pdf .

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 67-74
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Ainda sobre a sociedade cooperativa de trabalho no Brasil[1]

Still on the cooperative society of work in Brazil

Marco Aurélio Gumieri Valério[2]
Universidade de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; **2.** Sociedade cooperativa de trabalho; **3.** Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho; **4.** Conclusão; **5.** Bibliografia.

Resumo: As sociedades cooperativas de trabalho ganharam espaço no Brasil prestando serviços a contratantes públicos e privados com autonomia e com autogestão. Uma alteração na lei trabalhista foi interpretada como uma oportunidade dada pelo legislador para a terceirização descontrolada da mão de obra, liberando a contratação de sociedades cooperativas de trabalho para realizar qualquer tipo de serviço, até mesmo nas atividades fim em substituição à relação pessoal de emprego, muito mais dispendiosa para o contratante. A edição da Lei Federal n. 12.690, de 19 de julho de 2012 teve o propósito de regulamentar a sociedade cooperativa de trabalho, deixando em evidência a tentativa de eliminar as dúvidas e fechar as lacunas abertas. A norma também se esforçou na tentativa de evitar o desvirtuamento das atividades de uma sociedade cooperativa de trabalho para mera intermediadora de mão de obra para terceiros, ou ainda para impedir o uso dessa entidade para mascarar a relação de emprego. A legislação ainda garantiu certos direitos pertencentes aos trabalhadores empregados aos cooperados.

Abstract: Cooperative labor societies have gained space in Brazil by providing services to public and private contractors with autonomy and self-management. A change in the labor law was interpreted as an opportunity given by the legislator for the uncontrolled outsourcing of labor, releasing the hiring of labor cooperative societies to carry out any kind of service, even in the end activities in place of the personal employment relationship, much more costly for the contractor. The edition of Federal Law no. 12,690, of July 19, 2012 was intended to regulate the cooperative society of work, leaving in evidence the attempt to eliminate doubts and close the open gaps. The norm has also made an effort to avoid distorting the activities of a co-operative labor society to a mere intermediary of labor for others, or to prevent the use of this entity to mask the employment relationship. The legislation also guaranteed certain rights belonging to the workers employed to the cooperative.

Palavras-chave: sociedade cooperativa de trabalho; direitos trabalhistas; relação de emprego; terceirização.

Keywords: Cooperative labor societies; labor rights; employment relationship; outsourcing services.

---

[1] Trabalho apresentado no **IX Encuentro de Investigadores Latinoamericanos en cooperativismo:** la contribución de las cooperativas al desarrollo sostenible, 13 y 14 de octubre de 2016, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador.

[2] 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.

1. Introdução

As sociedades cooperativas, caracterizadas pela noção essencial de ajuda mútua são, ao mesmo tempo, na lição de Bulgarelli, empresa econômica e associação de pessoas. “Empresa econômica porque a cooperativa, tendo em vista a melhoria econômica de seus associados, assenta-se sobre um complexo organizacional dos fatores da produção; associação de pessoas, pois reúne certo número de membros em torno do ideal de cooperação, para exploração da empresa" (2000, p. 72).

No Brasil existem cerca de 6.800 sociedades cooperativas sendo que, desse total, 3.500 atuam na agropecuária, no transporte e no crédito. As outras se dividem em sociedades cooperativas de trabalho, de saúde, de produção, de infraestrutura, de consumo, de recursos minerais, de turismo e lazer, educacionais, habitacionais e sociais.

O fenômeno da terceirização surgiu com o objetivo de permitir que as empresas passassem a ser mais eficientes na sua atividade principal, deixando as atividades secundárias para outra organização especializada fazer, todavia, o mecanismo passou a ser usado como uma forma de diminuir custos ao contratar mão de obra mais barata. O legislador brasileiro, embora esteja debatendo o tema no Congresso Nacional, ainda não aprovou uma norma que regulamente o assunto no país.

As sociedades cooperativas de trabalho ganharam espaço no Brasil, prestando serviços a contratantes públicos e privados com autonomia e com autogestão, buscando a melhora nas condições de vida de seus associados. A possibilidade da terceirização de mão de obra das atividades meio permitiu a abertura de sociedades cooperativas de trabalho para serviços que não fossem o objeto fim das organizações do setor público e privado.

Carreado ao crescimento no número desse tipo de entidades, a Lei Federal n. 8.949, de 9 de dezembro de 1994, incluiu um parágrafo único ao artigo 442[3] do Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943 – a Consolidação Brasileira das Leis do Trabalho, determinando que independente do ramo de atividade exercida pelas sociedades cooperativas de trabalho, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Essa alteração legislativa, desnecessária por nada acrescentar ao ordenamento jurídico brasileiro foi entendida por muitos empregadores como uma oportunidade dada pelo legislador para a terceirização descontrolada da mão de obra, liberando a contratação de sociedades cooperativas de trabalho para realizar qualquer tipo de serviço, até mesmo nas atividades fim em substituição à relação pessoal de emprego, muito mais dispendiosa para o contratante, desde que se observassem as regras constitutivas e funcionais dessas organizações, regulamentadas por meio da Lei Federal n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – a Lei Brasileira das Cooperativas e pela Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – o Código Civil Brasileiro.

Apesar da forte reação contrária a esse entendimento por parte do Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil, do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, reafirmando a necessidade de proteção das relações de trabalho e de manutenção dos empregos, ficaram questionamentos abertos sobre o real sentido e o possível alcance daquele parágrafo único inserido ao artigo 442 da Consolidação das Leis Brasileiras do Trabalho.

A edição da Lei Federal n. 12.690, de 19 de julho de 2012 – a Lei Brasileira das Cooperativas de Trabalho teve o propósito de regulamentar a sociedade cooperativa de trabalho, deixando em evidência a tentativa de eliminar as dúvidas e fechar as lacunas abertas dezoito anos antes. A norma também se esforçou na tentativa de evitar o desvirtuamento das atividades de uma sociedade cooperativa de trabalho para mera intermediadora de mão de obra para terceiros, ou ainda para impedir o uso dessa

[3] Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, que aprova a consolidação das leis do trabalho.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

entidade para mascarar a relação de emprego. A legislação ainda garantiu uma série de direitos tradicionalmente pertencentes aos trabalhadores empregados aos cooperados.[4]

2. Sociedade cooperativa de trabalho

A Lei Federal n. 12.690, de 19 de julho de 2012 – a Lei Brasileira das Cooperativas de Trabalho, dispôs sobre a organização e o funcionamento das sociedades cooperativas de trabalho e instituiu ainda o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop).

Segundo o art. 1º, foram excluídas do âmbito da Lei Federal n. 12.690/2012, aplicando-se a elas apenas o estabelecido na Lei Federal n. 5.764/1971 e na Lei Federal n. 10.406/2002: (I) as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar; (II) as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; (III) as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e, por fim, (IV) as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

Para uma norma que veio com o intuito de afastar as dúvidas surgidas a partir da Lei Federal n. 8.949/1994, que incluiu um parágrafo único ao art. 442 da Consolidação Brasileira das Leis do Trabalho, cabe de pronto perguntar, na lição de Garcia (2012, p. 79) se esse tratamento diferenciado a espécies de cooperativas de trabalho não colide com o princípio constitucional da igualdade, "no sentido de saber se existem fundamentos suficientes que diferenciem as referidas cooperativas das demais, justificando a disciplina legal diversa".

Considera-se cooperativa de trabalho, segundo o art. 2º da Lei n. 12.690/2012, "a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho".

Para o melhor entendimento dessa definição legal, cabe uma análise ponto a ponto: *(a) proveito comum:* para que se trate de sociedade cooperativa de trabalho, as atividades laborativas ou profissionais, além de serem exercidas em proveito comum dos cooperados, devem ser realizadas também visando o proveito individual dos associados: *(b) autonomia:* para que a autonomia da atividade laborativa ou profissional seja exercida de forma coletiva e coordenada, parte-se da fixação das regras de funcionamento e da forma de execução das atividades em assembleia geral dos cooperados, acarretando o risco de dar origem à subordinação entre os associados dentro da sociedade cooperativa de trabalho, desvirtuando a sua essência e a sua finalidade; *(c) autogestão:* para que a autogestão se efetive é necessário que a assembleia geral dos associados defina as diretrizes para o funcionamento e para a operação da sociedade cooperativa de trabalho, e os cooperados decidam sobre a forma de execução das atividades.

Cabe ressaltar, ainda, que as sociedades cooperativas de trabalho devem reger-se pelos princípios e valores estabelecidos no art. 3º da Lei n. 12.690/2012, quais sejam: (I) adesão voluntária e livre; (II) gestão democrática; (III) participação econômica dos membros; (IV) autonomia e independência; (V) educação, formação e informação; (VI) intercooperação; (VII) interesse pela comunidade; (VIII) preservação dos direitos

[4] O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4.622/2004, que posteriormente se transformou no projeto de Lei do Senado Federal n. 131/2008 dando origem à Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012 chegou a prever, em seu art. 30, a revogação do parágrafo único do art. 442 da CLT, o que só não ocorreu pelo veto da então Presidente Dilma Rousseff. BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho. **Mensagem de veto n. 331 de 19 de julho de 2012**. **Art. 30.** Revoga-se o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Razão do veto:** "O dispositivo da CLT que se pretende revogar disciplina a matéria de forma ampla e suficiente, sendo desnecessária regra específica para as cooperativas de trabalho". Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa; (IX) não precarização do trabalho; (X) respeito às decisões de assembleia, observado o disposto na lei; (XI) participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no estatuto social.

De acordo com o art. 4º da Lei n. 12.690/2012, as sociedades cooperativas de trabalho podem ser das seguintes espécies: *(a) de produção:* quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a organização detém, a qualquer título, os meios de produção; e *(b) de serviço:* quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

O art. 5º da Lei n. 12.690/2012 impede que as sociedades cooperativas de trabalho sejam utilizadas para intermediação de mão de obra subordinada, justamente em razão do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, de modo que o labor humano não seja aviltado.

As sociedades cooperativas de trabalho, quando irregulares por simularem a cooperação entre trabalhadores velando uma relação de subordinação, contribuem para a precariedade das relações de trabalho. Essas organizações atuam ilegalmente no lugar das empresas de prestação de serviços que naturalmente tem como uma das obrigações legais o registro de seus empregados, o que eleva seus custos.

Por sua vez, o art. 6º da Lei n. 12.690/2012 inova ao estabelecer as sociedades cooperativas de trabalho possam ser constituídas com um número mínimo de sete associados, alterando a regra anterior contida no art. 6º da Lei n. 5.764/71 que estabelece o número mínimo de vinte sócios para as sociedades cooperativas.

O art. 7º da Lei n. 12.690/2012 garante aos sócios das sociedades cooperativas de trabalho direitos inerentes às relações de emprego, num franco avanço das normas do Direito do Trabalho sobre as regras do Direito Civil que regem essas organizações. São eles: (I) retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário-mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; (II) duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; (III) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; (IV) repouso anual remunerado; (V) retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; (VI) adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; (VII) seguro de acidente de trabalho.

Não se aplica o disposto nos incisos III e IV nas hipóteses em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais, salvo estipulação diferente da assembleia geral. Não havendo prestação de trabalho de forma repetida e automática ao longo do tempo pelo cooperado, deixa de fazer jus ao repouso semanal remunerado e ao repouso anual remunerado. Como bem destaca Garcia (2012, p. 83), o mais adequado seria que tais direitos fossem assegurados, ainda que de forma proporcional.

Os associados que devem decidir os rumos da cooperativa de trabalho, assim, caso o resultado econômico seja insuficiente para atender ao pagamento dos direitos estabelecidos, os próprios sócios deverão suportar as perdas e cuidar de reorganizar a entidade e renegociar seus contratos com o objetivo de alcançar os fins propostos. A contratante dos serviços prestados pela cooperativa de trabalho não tem obrigação em relação aos direitos garantidos pela Lei n. 12.690/2012 aos associados.

A lei é específica ao estabelecer que a sociedade cooperativa de trabalho deva garantir aos associados os direitos contemplados nos incisos I ao VII do artigo 7º. Cabe, portanto, aos administradores da organização elaborar um minucioso planejamento que possibilite firmar contratos em valores suficientes para atender os direitos dos associados consagrados na norma.

A sociedade cooperativa de trabalho deve buscar meios, inclusive mediante provisionamento de recursos, com base em critérios que devem ser aprovados em assembleia geral, para assegurar esses direitos. Além dos fundos obrigatórios previstos em lei, essas organizações podem criar, em assembleia geral, outros fundos, inclusive

rotativos, com recursos destinados a fins específicos, fixando o modo de formação, custeio, aplicação e liquidação.

Estabelecer jornada de trabalho a cooperados autônomos, especialmente nas sociedades cooperativas de prestação de serviços é um risco que o legislador não precisava correr. Mesmo que sejam necessários outros elementos para configurar a relação de emprego, sua existência pode ser confirmada, inclusive em face do tomador dos serviços, principalmente diante de duas teorias aplicadas pela Justiça do Trabalho: *(a) da subordinação estrutural* que foca na inserção do trabalhador na estrutura e no objeto social da tomadora dos serviços; e (b) *da subordinação objetiva*, que dispensa a presença de ordens pessoais e diretas dadas pelo empregador.

Quando o ofício for prestado fora do seu estabelecimento, a cooperativa de trabalho deve submeter esses serviços a uma coordenação com mandato nunca superior a um ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos associados que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe. Na lição de Garcia (2012, p. 84), estabelecer a existência de um coordenador, mesmo que eleito pelos pares configura outro risco ao qual o legislador não precisava se expor, podendo configurar numa efetiva subordinação do associado ao gestor da cooperativa de trabalho, acarretando a existência de relação de emprego amparado no princípio da primazia da realidade.

Quanto ao seu funcionamento, estabelece o art. 10 da Lei n. 12.690/2012 que as cooperativas de trabalho podem adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu estatuto social.

Teoricamente, a norma indica que o objeto social da cooperativa de trabalho pode envolver qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, mas, na prática, há certas atividades incompatíveis com a autonomia quanto à forma de prestação de serviço exigida para a licitude dessas organizações, em especial nas cooperativas de serviço. Uma interpretação casuística deste dispositivo pode dar margem a desvirtuamentos, com terceirização de atividades integrantes do núcleo da atividade da empresa ou ente tomador, por intermédio de supostas cooperativas de trabalho, em prejuízo da devida formalização do vínculo de emprego.

A cooperativa de trabalho não pode ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social. Por ter associados que, naturalmente, não são registrados como empregados, o menor custo de manutenção de uma cooperativa de trabalho a coloca em vantagem sobre uma sociedade empresária de prestação de serviços. Caberá ao Ministério do Trabalho e Emprego, ao Ministério do Trabalho e à Justiça do Trabalho fiscalizar e punir a possível tentativa de formação de falsas cooperativas de trabalho para se aproveitarem dessa vantagem competitiva.

O art. 13 da Lei n. 12.690/2012 veda à cooperativa de trabalho distribuir verbas de qualquer natureza entre os seus associados, exceto a retirada devida em razão do exercício de sua atividade como sócio ou retribuição por conta de reembolso de despesas comprovadamente realizadas em proveito da organização.

A cooperativa de trabalho deve deliberar, anualmente, na assembleia geral ordinária, sobre a adoção ou não de diferentes faixas de retirada dos sócios, conforme o art. 14 da Lei n. 12.690/2012. No caso de fixação de faixas de retirada, a diferença entre as de maior e as de menor valor deve ser fixada na assembleia. Embora não deixe claro, a deliberação relativa à adoção de diferentes faixas de retirada de associados deve ser devidamente justificada.

Estabelece o art. 15 da Lei n. 12.690/2012 que o conselho de administração deve ser composto por, no mínimo, três associados eleitos pela assembleia geral, para um prazo de gestão não superior a quatro anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 do colegiado, ressalvada a hipótese do art. 16 que prevê a possibilidade, nas organizações constituídas por até dezenove sócios estabelecerem, em estatuto social, composição tanto para o conselho de administração quanto para o conselho fiscal distinta, sendo assegurados, no mínimo, três conselheiros fiscais. A obrigatoriedade de

renovação é essencial para a preservação dos princípios e valores do cooperativismo, em especial a gestão democrática.

As cooperativas de trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços se sujeitarão à multa de quinhentos reais por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador, conforme o art. 17 da Lei n. 12.690/2012. Além disso, o art. 18 estabelece que a constituição ou a utilização de cooperativa de trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto na Lei n. 12.690/2012 acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da cooperativa.

3. Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho

A Lei n. 12.690/2012, no art. 19, institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil, o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho (Pronacoop), com a finalidade de promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social das cooperativas de trabalho apoiando: (I) a produção de diagnóstico e plano de desenvolvimento institucional para as cooperativas de trabalho dele participantes; (II) a realização de acompanhamento técnico visando o fortalecimento financeiro, de gestão, de organização do processo produtivo ou de trabalho, bem como à qualificação dos recursos humanos; (III) a viabilização de linhas de crédito; (IV) o acesso a mercados e à comercialização da produção; (V) o fortalecimento institucional, a educação cooperativista e a constituição de cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas; (VI) outras ações que venham a ser definidas por seu comitê gestor no cumprimento da finalidade estabelecida, isto é, promover o desenvolvimento e a melhoria do desempenho econômico e social da cooperativa de trabalho.

A Lei n. 12.690/2012, no art. 20, cria o Comitê Gestor do Pronacoop, com as seguintes atribuições: (I) acompanhar a implementação das ações previstas na Lei das Cooperativas de Trabalho; (II) estabelecer as diretrizes e as metas para o Pronacoop; (III) definir as normas operacionais para o Pronacoop; (IV) propor o orçamento anual do Pronacoop. Este novo órgão deve ter composição paritária entre o governo e entidades representativas do cooperativismo de trabalho. O número de membros, a organização e o seu funcionamento devem ser estabelecidos em regulamento.

As despesas decorrentes da implementação do Pronacoop devem correr à conta das dotações orçamentárias consignadas anualmente ao Ministério do Trabalho e Emprego do Brasil. Segundo o art. 23 da Lei n. 12.690/2012, os recursos destinados às linhas de crédito do Pronacoop devem ser provenientes: (I) do Fundo de Amparo ao Trabalhador[5]; (II) de recursos orçamentários da União; e (III) de outros recursos que venham a ser alocados pelo poder público.

O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador, chamado de Codefat definirá as diretrizes para a aplicação, no âmbito do Pronacoop, dos recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador. As instituições financeiras autorizadas a operar com os recursos do Pronacoop poderão realizar operações de crédito destinadas a empreendimentos inscritos no Pronacoop sem a exigência de garantias reais, que poderão ser substituídas por garantias alternativas, observadas as condições estabelecidas em regulamento.

A Lei n. 12.690/2012, no art. 26, instituiu a Relação Anual de Informações das Cooperativas de Trabalho, documento a ser preenchido pelas cooperativas de trabalho anualmente com informações relativas ao ano-base anterior. Lembra Garcia (2012, p.

[5] O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) é um fundo especial, de natureza contábil-financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego (TEM), destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, do Abono Salarial e ao financiamento de Programas de Desenvolvimento Econômico. A principal fonte de recursos do FAT é composta pelas contribuições para o Programa de Integração Social (PIS), criado por meio da Lei Complementar n. 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), instituído pela Lei Complementar n. 8, de 3 de dezembro de 1970.

85) que cabe ao Poder Executivo Federal regulamentar o modelo de formulário, os critérios para a entrega das informações e as responsabilidades institucionais sobre a coleta, processamento, acesso e divulgação das informações.

4. Conclusão

A iniciativa dos pioneiros de Rochdale[6] manifestou-se na intenção de construir um sistema sócio-econômico livre de exploração no qual as pessoas desfrutariam de direitos e obrigações iguais, distribuindo igualmente entre elas os malefícios e os benefícios de sua ação social inspirados por um sentido próprio de solidariedade com o objetivo de valorização progressiva do ser humano.

No entanto, a história se encarregou de demonstrar o utopismo da proposta de socialização contida na doutrina cooperativista de Robert Owen[7] e outros ideólogos do movimento. A dialética da interação entre o movimento cooperativista e as forças propulsoras do capitalismo não só frustrou a proposta inicial, como possibilitou a incorporação do cooperativismo na própria dinâmica da expansão do capital.

Se o cooperativismo é uma das fórmulas válidas para a inserção do indivíduo no mercado de trabalho, também é verdade que o emprego, regulado e protegido, desponta como veículo de afirmação da ampla maioria das pessoas na desigual economia de mercado.

As fraudes praticadas por falsas cooperativas de trabalho se dividem em **intermediação** ilícita de mão de obra para um tomador de serviços, o qual reúne todos os elementos legais para sua configuração como o real empregador daqueles trabalhadores e em **terceirização lícita** de serviços prestados pelos trabalhadores**, mas com relação de subordinação** com a falsa cooperativa de trabalho.

Na lição de Carelli (2002, p. 13), não se pode confundir uma entidade que fornece mão de obra, e exerce atividade ilícita de intermediação de trabalhadores, com outra, na qual os associados trabalham e a sociedade cooperativa detém os meios de produção, operando a socialização da propriedade e constituindo forma de autogestão. Esta última se trata de verdadeira cooperativa de trabalho enquanto que, aquela primeira, apenas usa as suas vestes.

Segundo o princípio da primazia da realidade que rege o Direito do Trabalho, somente o verdadeiro cooperado não será considerado empregado nem da cooperativa de trabalho, nem do tomador de serviços. Como bem lembra Martins (1997, p. 86), caso a organização seja utilizada para velar a existência de uma relação de emprego, em fraude à legislação trabalhista, ocorrerá a nulidade de pleno direito do ato ilícito, conforme sentencia o art. 9º da Consolidação Brasileira das Leis do Trabalho.

Explica Delgado (2015, p. 334-5) que o cooperado tal como previsto na norma se beneficia de serviços prestados pela cooperativa a ele, como estabelece o art. 4º da Lei n. 5.764/1971. Ademais, o cooperativismo viabiliza a obtenção de vantagens e de resultados ao cooperado muito superiores quando comparados à sua atuação de forma isolada, em razão da estrutura colocada à sua disposição. Por isso, ainda na lição do autor, a verdadeira cooperativa de trabalho deve ser criada e formada por profissionais

---

[6] A matriz do cooperativismo de consumo surgiu na Travessa de Sape, em Rochdale, distrito de Lancashire, na Inglaterra, como fruto da iniciativa de vinte e oito tecelões que buscavam um meio de melhorar sua precária situação econômica. Reuniram-se pela primeira vez em 1843 para discutir as possíveis soluções para seus problemas de sobrevivência. Optaram pela fundação de um armazém cooperativo, inaugurado em 21 de dezembro de 1844. VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Sociedades cooperativas e práticas restritivas à concorrência.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 146, p. 90-109, 2007.

[7] Robert Owen considerava o homem nem bom nem mau, mas o resultado do meio social. Pregava a necessidade de uma transformação pacífica, gradual e moderada a fim de que nenhuma parte do corpo político e nenhum indivíduo sofá com a mudança. Combateu o lucro e a concorrência. Impede que os trabalhadores comprem o produto de seu trabalho, ou seja, que seu consumo seja equivalente ao que eles mesmos produziram. VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Sociedades cooperativas e práticas restritivas à concorrência.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 146, p. 90-109, 2007.

autônomos, que exerçam a mesma profissão, unindo esforços para obter vantagens ao próprio empreendimento, prestando serviços sem intermediação muito menos subordinação. Se a entidade, na realidade, tem como objetivo a intermediação de mão de obra, havendo a prestação de serviços de forma subordinada em face do tomador, a relação de emprego forma-se diretamente com ela, por não se tratar de cooperado.

Tendo em vista a atualidade do tema, cabe acompanhar a evolução da doutrina e da jurisprudência a seu respeito.

Bibliografia:

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Aspectos econômicos das cooperativas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, que aprova a consolidação das leis do trabalho.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

_____. **Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a política nacional de cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o código civil.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

_____. **Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho.** Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

_____. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Mensagem de veto n. 331 de 19 de julho de 2012**. Disponível em: HTTP://www.planalto.gov.br; Acesso em: 27 de agosto de 2016.

BULGARELLI, Waldírio. ***As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Terceirização e intermediação de mão de obra:** ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **In O Ministério Público do Trabalho como Promotor dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Cooperativas de trabalho,** Revista do TST, Brasília, vol. 78, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1997.

MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Cooperativas de trabalho:** sua relação com o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1999.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Manual de gestão das cooperativas:** uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2006.

REIS, Nilson Júnior. **Aspectos societários das cooperativas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SILVA, Ciro Pereira. **A terceirização responsável:** modernidade e modismo. São Paulo: LTr, 1997.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Sociedades cooperativas e práticas restritivas à concorrência.** Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 146, p. 90-109, 2007.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 75-91
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O tráfico de drogas como modalidade de crime organizado transnacional e as políticas sobre drogas no Brasil

The drug traffic as a modality of transnational organized crime and the policies on drugs in Brazil

Tatiana Ribeiro Lago[1]
Odilza Lines de Almeida[2]
Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Sumário: 1. Introdução. 2. Tráfico transnacional de drogas como modalidade de crime organizado: aspectos gerais, estrutura e funcionamento no Brasil. 3. Principais convenções sobre drogas ratificadas pelo Brasil. 4. Histórico das políticas antidrogas no Brasil e estratégias de combate ao crime-negócio. 5. A Lei 11.343/2006 e o encarceramento em massa após 2006. 6. Da necessidade de criação e individualização de políticas antidrogas eficientes. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas

Resumo: O tráfico de drogas como modalidade do crime organizado é um fenômeno mundial cujos problemas foram agravados pelo processo de globalização, inerente a sociedade moderna. O objetivo deste artigo é realizar uma análise sobre o tratamento dispensado pela legislação brasileira ao tráfico de drogas como modalidade de crime organizado transnacional. Metodologicamente, este trabalho utiliza a revisão de literatura sobre o tema e analisa a legislação que aponta para as políticas e as atuais estratégias de enfrentamento a esse crime-negócio. Observou-se que o Brasil, embora, não produtor de entorpecentes, tem seu território largamente utilizado como rota no tráfico transnacional A atual política repressora não atinge os verdadeiros traficantes de droga por falta de investimento e controle de quase 17 mil quilômetros de fronteiras – o que amplia seu mercado interno – e, por conseguinte, tem na população jovem economicamente hipossuficiente, pequenos "traficantes" maior alvo. Conclui-se que as medidas legais até agora adotadas - extremamente proibicionistas - não têm sido eficazes no controle do mercado ilegal de drogas e que outras estratégias deverão ser adotadas para o manejo adequado dos problemas advindos do mercado interno e transnacional de drogas.

Palavras-Chave: Política antidrogas; mercado transnacional.

Abstract: The drug trafficking as organized crime is a global phenomenon whose problems have been exacerbated by the process of globalization inherent in modern

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Atualmente é bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia e estagiária na instituição Defensoria Pública do Estado da Bahia, onde exerce a função de Conciliadora/Mediadora. Tem pesquisas desenvolvidas na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Criminologia e na área de Análise do Discurso.

[2] Doutora em Saúde Pública (área de concentração Ciências Sociais da Saúde), Mestre no Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal da Bahia (área de concentração Psicologia do Desenvolvimento)

society. This paper aims to perform an analysis of the treatment by Brazilian law to drug trafficking as a transnational organized crime. Methodologically, this paper uses the literature review on the subject and analyzes the legislation that points to the policies and current coping strategies for this crime-business in Brazil l. It is evident that the country, though not being a producer of narcotics, has its vast territory widely used as a route for transnational trafficking. The current repressive policy has not reached the big drug dealers due to lack of investment and control of its nearly 17,000 kilometers of borders - which expands its domestic market - and therefore largely target the young and economically disadvantaged population. It is concluded that the legal measures hitherto adopted - extremely prohibitionist - have not been effective in controlling the illegal drug market and that other strategies should be adopted to adequately manage the problems arising from the internal and transnational drug market.

Keywords: Drug policy; transnational market

1. Introdução

O crime organizado transnacional opera-se através de uma rede mundialmente estruturada e hierarquizada, marcada pelo planejamento empresarial-capitalista e por ações criminosas diversas, abrangendo vários territórios, e com uma característica peculiar: "tornar limpo o dinheiro sujo". É uma atividade especializada (trafico de drogas, armas, pessoas, lavagem de dinheiro, etc.) e altamente beneficiada pela permeabilidade das fronteiras nacionais que são constituídas por barreiras facilmente transponíveis.

No que se refere ao tráfico de drogas, como modalidade de crime organizado, objeto de estudo deste trabalho, sabe-se que é um fenômeno mundial cujos problemas foram agravados pelo processo de globalização, inerente a sociedade moderna, no qual o fluxo de dados viabiliza de forma instantânea e eficaz as relações pessoais, econômicas e de transporte, interferindo na economia, políticas e desenvolvimento das nações, sobretudo as sul-americanas.

Há pouco mais de um século não se falava em narcotráfico, em regulamentação, proibicionismo e/ou enfrentamento às drogas, nem mesmo se conhecia a capacidade de interconexão do mercado das substâncias psicoativas. O assunto surgiu no início do século XX como um problema a ser enfrentado – momento em que esforços internacionais foram empreendidos para se constituir um sistema internacional de controle desta modalidade criminosa. Neste ínterim, foram criadas três importantes convenções das Nações Unidas sobre drogas, atualmente referências internacionais sobre o tema, que angariaram o agravamento das penas de crimes ligados às drogas. Em seguida, muitos países alteraram suas legislações oferecendo um tratamento mais rigoroso às questões relacionadas ao mercado de drogas, o que ficou conhecido como "guerra às drogas"; no entanto, tal recrudescimento de políticas repressivas promoveu uma massificação do consumo. O guia de estudos sobre "O narcotráfico e suas coligações em meio a guerrilhas", elaborado em 2015 pelo Escritório de Drogas e Crimes da Organização das Nações Unidas – UNODC[3], deixa bem claro que "a guerra às drogas é um fracasso exitoso. Fracasso porque não se aproximou nos seus 40 anos de combate aberto, e nos 90 anos de proibicionismo, da meta de eliminar hábitos e mercados relacionados a algumas drogas psicoativas (...)".

[3] UNODC. O narcotráfico e suas coligações em meio a guerrilhas. 10ª ed. PoliONU, 2015.

Nesse contexto, reconhecendo a ineficácia das políticas de repressão às drogas no cenário global surgem as indagações: qual a contribuição das políticas brasileiras sobre drogas no enfrentamento dessa problemática? Quais as estratégias de combate ao crime-negócio transnacional o Brasil vem adotando? Para respondê-las, o presente artigo apresenta uma concisa análise dos marcos legais sobre o tratamento penal dispensando ao tráfico de drogas, destacando a previsão do tráfico transnacional de drogas na Lei 11.343/2006. A partir daí, é feito um levantamento das políticas antidrogas no Brasil e estratégias de combate ao crime-negócio.

O tema é relevante no debate internacional, haja vista tratar-se de uma atividade econômica entrelaçada na economia legal, que se instala como mercado transnacional, produzindo violência e violação aos direitos humanos, em decorrência da brutal política de intervenção adotada, especialmente no contexto local.

2. Tráfico transnacional de drogas como modalidade de crime organizado: aspectos gerais, estrutura e funcionamento no Brasil

De acordo com o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime – UNODC[4], a criminalidade transnacional trata-se de um fenômeno multifacetado, manifestando-se em diferentes tipos de crime. Por exemplo, temos o tráfico de seres humanos, o contrabando de imigrantes, o tráfico de armas, os crimes cibernéticos, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas (objeto deste artigo), dentre outros.

Para Pereira (2015)[5], o crime organizado transnacional (COT) tem sido foco de um conjunto crescente de estudos desde a década de 1990, cujas abordagens teóricas e enquadramentos empíricos têm enorme variação bem como seus autores – oriundos de uma miríade de organizações governamentais e não governamentais, demonstrando a importância do tema para os Estados Unidos, União Europeia, ONU e uma grande quantidade de países.

Para o diretor executivo do UNODC(2012)[6], Yury Fedotov, o crime organizado transnacional está presente em todas as regiões e em todos os países do mundo e deter esta ameaça transnacional representa um dos maiores desafios em nível global para a comunidade internacional.

A preocupação com a questão do crime organizado se justifica na medida em que é um deleito que ultrapassa rapidamente as fronteiras dos Estados nacionais, em decorrência do seu caráter multidisciplinar, conectado, muitas vezes, com mercados legais, tornando o poder público incapaz de controlar suas atividades.

De acordo com relatório da UNODC (2012)[7], com lucros estimados em 870 bilhões de dólares ao ano, as redes do crime organizado se aproveitam da venda de mercadorias ilegais onde quer que exista demanda. Estas imensas receitas equivalem a mais de seis vezes o montante disponível para a assistência oficial destinada ao desenvolvimento e são comparáveis a 1,5% do PIB mundial ou a 7% das exportações mundiais de mercadorias. No que se refere ao mercado de drogas, estima-se o lucro em 320 bilhões de dólares, sendo o negócio ilícito mais lucrativo do mundo.

---

[4] UNODC. "Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. Prevenção ao crime e justiça criminal", 2011. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

[5] PEREIRA, P. "Os Estados Unidos e a ameaça do crime organizado transnacional nos anos 1990", Revista Brasileira de Política Internacional, 58, 2015, 84-107. Disponível em: http://www.scielo.br./pdf/rbpi/v58n1/0034-7329-rbpi-58-01-00084.pdf. Acesso 05 abr. 2016.

[6] UNODC. Nova campanha do UNODC aponta que Crime Organizado Transnacional movimenta 870 bilhões de dólares ao ano. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

[7] Op. Cit.

O relatório sobre os mercados de droga na União Europeia (2016)[8], produzido pelo Observatório Europeu da Droga e da Toxodependência (EMCDDA), indica que "os mercados de droga continuam a ser um dos setores mais lucrativos para os grupos de criminalidade organizada (GCO), estimando-se que os cidadãos da União Europeia gastem mais de 24 mil milhões de euros (entre 21 e 31 mil milhões de euros) por ano em drogas ilícitas".

Após tecer estas breves considerações sobre o crime organizado, nos debruçaremos a seguir sobre o mercado transnacional de drogas como modalidade de crime organizado, trazendo a abordagem para o cenário brasileiro. Assim, antes de tudo, é necessário situar o Brasil no panorama do mercado transnacional de drogas. O país ocupa lugar na rota do tráfico de substâncias ilícitas, estando ligado fronteiriçamente a três grandes produtores de coca, a saber Bolívia, Colômbia e Peru.

Nessa perspectiva, os dados divulgados pelo UNODC, apontam que o país está na rota principal do tráfico de drogas para os países da África Ocidental, por intermédio, principalmente, da ação de grupos organizados liderados por africanos. Além disso, desde a década de 1970 o Brasil é caracterizado primordialmente como um país de trânsito das drogas que saíam dos Andes em direção aos Estados Unidos e, sobretudo, à Europa (UNODC, 2013)[9].

Outro fato importante é que o Brasil ocupa uma posição estratégica em relação à Europa, o que o torna mais ainda vulnerável ao tráfico, principalmente de cocaína. Ademais, ressalta-se que o país não é considerado produtor de drogas, tendo em vista que a produção interna se limita a plantações de *cannabis* para abastecimento do próprio. Contudo, conforme dados do *World Drug Report* de 2014[10], o país é um dos maiores mercados consumidores de maconha do mundo, além de estar ocupando o primeiro lugar no ranking de países consumidores de cocaína (e de crack), sendo o maior consumidor global, conforme afirma os dados do Conselho Internacional de Controle de Narcóticos da ONU (2014)[11].

As informações trazidas pelo Relatório de Estratégia de Controle de Narcóticos Internacional (INCSR, 2014)[12] corroboram o exposto acima ao afirmar que:

> O Brasil é um importante país de trânsito e destino para a cocaína. Suas fronteiras com a Colômbia, Peru, Bolívia e Paraguai são porosas e possui mais de três vezes o comprimento da fronteira entre Estados Unidos e México. A maioria da cocaína que transita para o Brasil é destinada para os mercados europeus, incluindo através da África Ocidental. O comércio de drogas no Brasil é controlado por grandes organizações, violentas, e bem organizadas de tráfico de drogas, que operam em todo o país. Brasil sofre de um problema de consumo de drogas doméstica substancial e crescente. É o segundo maior consumidor mundial de cloridrato de cocaína e, provavelmente, o maior consumidor

[8] Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência e Europol (2016), Relatório sobre os mercados de droga na UE: Síntese estratégica, Publicações Conjuntas do EMCDDA e da Europol, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo. Disponível em: http://www.emcdda.europa.eu. Acesso em 25 mar. 2016.

[9] UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). Relatório Mundial Sobre Drogas 2013.

[10] United Nations Office on Drugs and Crime, World Drug Report 2014 (United Nations publication, Sales No. E.14.XI.7). Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

[11] De acordo com dados do Conselho Internacional de Controle de Narcóticos da ONU, em 2005 apenas 0,7% da população entre 12 e 65 anos consumia cocaína no Brasil. Seis anos depois, em 2011, a taxa chegou a 1,75%. O consumo brasileiro é bem superior que a média mundial de 0,4% da população. A média do Brasil também ultrapassa a da América do Sul, com 1,3% e da América do Norte, com 1,5%.

[12] INCSR. "International Narcotics Control Strategy Report. Volume I Drug and Chemical control". Drug and Chemical Control, 01, 2014, p. 342.

> de produtos de cocaína-base. O Governo brasileiro percebe a gravidade do problema de narcóticos e está comprometido com o combate ao tráfico de drogas, mas não tem a capacidade necessária para deter o fluxo de drogas ilegais através de suas fronteiras.

Os resultados desse relatório assinalam que o Brasil está comprometido com o combate ao tráfico de drogas e com o crescente problema do consumo doméstico de drogas. Utilizando-se da Lei nº 12.850/2012[13] (Lei que dispõe sobre as organizações criminosas), o país aumentou as operações encarregadas de confrontar diretamente as organizações nacionais de tráfico de drogas, o que demonstra claramente a determinação do governo para "combater" as drogas ilegais.

No entanto, apesar desses aspectos positivos, sabe-se que o controle e fiscalização do escoamento da droga ainda são incipientes por parte dos organismos estatais e que a política interna sobre é totalmente deficitária e excludente, além de equivocadamente, tratar a droga como quase que exclusivamente sob o aspecto penal e não do ponto de vista da saúde pública.

3. Principais convenções sobre drogas ratificadas pelo Brasil.

No que se refere ao caráter transnacional do tráfico de drogas, o enfrentamento é a medida que se impõe através de mútua cooperação entre os países envolvidos, a fim de controlar a produção/elaboração, tráfico e consumo de drogas.

Atualmente, existem três convenções internacionais que regem o controle internacional de drogas, sendo o Brasil signatário de todas, a saber:

a) Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972), promulgada pelo Brasil através do Decreto nº 54216[14] de 27 de Agosto de 1964, cujo objetivo é combater o abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas. Essas ações são voltadas para a intervenção e controle que visam limitar a posse, o uso, a troca, a distribuição, a importação, a exportação, a manufatura e a produção de drogas exclusivas para uso médico e científico e combater o tráfico de drogas por meio da cooperação internacional para deter e desencorajar os traficantes;

b) Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971, a qual prevê o controle internacional para substâncias psicotrópicas, inclusive o controle sobre as drogas sintéticas, classificando-as de acordo com seu potencial de criar dependência e fins terapêuticos. A referida convenção foi adotada pelo Brasil por meio do Decreto Nº 79.388[15], de 14 de Março de 1977.

c) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988, "Convenção de Viena", promulgada pelo Decreto nº 154[16], 26 de junho de 1991, com o objetivo de promover a cooperação entre as partes a fim de que possam atuar, de forma mais eficaz, nos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de âmbito internacional. Essa convenção estabelece ainda métodos contra a lavagem de dinheiro e um controle mais intenso de precursores químicos. Além de dispor de informações para uma cooperação internacional no que tange a extradição de traficantes de drogas, esta convenção representa o marco

---

[13]BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. http://www.planalto.gov.br. Acesso em 7 abr.2016.

[14]BRASIL. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: http://www2.camara.leg.br.. Acesso em 7 abr.2016.

[15]BRASIL. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www2.camara.leg.br.. Acesso em 7 abr.2016.

[16]BRASIL. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.. Acesso em 7 abr.2016.

do proibicionismo e da materialização da política norte-americana de guerra às drogas. No que tange ao tráfico de drogas e crime organizado, o Brasil se destaca também ao anuir com a Convenção de Palermo.

Conforme afirma Boiteux et al. (2009)[17], do ponto de vista administrativo, as três Convenções das Nações Unidas sobre drogas criaram dentro da organização órgãos encarregados de controlar a evolução mundial do fenômeno do abuso e tráfico de drogas, e de monitorar os Estados-Membros no cumprimento das suas obrigações. Os órgãos encarregados são organizados por três poderes: o "poder político-legislativo", exercido pela Assembleia Geral da ONU e pela *Comission on Narcotic Drugs* - CND27 (ligada à estrutura do Conselho Econômico e Social - ECOSOC), espaços onde as opções de política de combate às drogas são debatidas e definidas; o "poder judiciário", representado pelo *International Narcotic Control Board* - INCB28, que é um órgão independente, com poder de impor sanções no caso de desrespeito às convenções; e o "órgão executivo" constituído pelo Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime - UNODC), que é presidido por seu diretor executivo. Nota-se que o tratamento repressivo em relação à droga é expresso na própria denominação do órgão especializado, que trata de "drogas e crime".

Conforme assegura Villela (2013)[18], o regime de proibição internacional das drogas se consolidou com a Convenção Única sobre Drogas das Nações Unidas de 1961, que listou os psicoativos que teriam seu uso legal assegurado, tendo por ilegal todos os demais. Este processo veio a ser complementado ao longo das próximas décadas com a Convenção sobre Drogas Psicotrópicas de 1971 e a Convenção de Viena (ou das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Psicotrópicas) de 1988. Estes acordos estão hoje sob administração do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC), que, além disso, fornece assistência técnica e produz estudos sobre o assunto facilitando a atuação política. Todas as três foram ratificadas pelo Brasil.

Em síntese, essas convenções são o marco referencial das legislações proibicionistas no âmbito internacional. Foi por meio delas que se instituiu o controle internacional, com o fito de controlar o mercado de substâncias psicotrópicas utilizadas para fins médicos e científicos e combater sua comercialização ilícita.

Boiteux et. al (2009)[19] ressalta que antes dessas convenções, o tema das drogas foi abordado na Convenção sobre Ópio da Haia - 1912, sendo então elaborado o primeiro documento internacional para tratar do controle de drogas, assinalando a necessidade de uma cooperação internacional para o controle da produção e venda de substâncias ilícitas – ópio/opiáceos, dentre eles a cocaína –, permitindo-se apenas seu uso médico-científico.

Através do quanto disposto na Convenção sobre Ópio, somado as Convenções das Nações Unidas sobre drogas, a postura proibicionista no âmbito mundial foi materializada, ao passo que os países signatários desses acordos foram pressionados a tratar o tema das drogas com políticas mais repressivas. Neste diapasão, há registros de que desde 1921 o Brasil busca controlar o consumo e o comércio de determinados tipos de droga.

---

[17]BOITEUX, L. et al. "Relatório de Pesquisa. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais". *Série Pensando o Direito. Tráfico de Drogas e Constituição*, 01, 2009, p.229.

[18]VILLELA, P. O tráfico de drogas: uma ameaça à segurança do brasil. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.2. n.3, jul./dez., 2013 Disponível em: http://www.periodicos.ufgd.edu.br.. Acesso em 10 abr.2016.

[19] BOITEUX, L. et al. "Relatório de Pesquisa. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais". *Série Pensando o Direito. Tráfico de Drogas e Constituição,* 01, 2009, p.229

4. Histórico das políticas antidrogas no Brasil e estratégias de combate ao crime-negócio

A história proibicionista no Brasil remota ao século XIX, quando ainda não se tinha qualquer controle oficial sobre as drogas que eram toleradas e seu uso era feito por jovens filhos da oligarquia da República Velha. Apenas no início dos anos 1920, o governo passou a exercer o controle oficial sobre o uso de algumas drogas, como ópio e cocaína. Nessa época, o uso, que se limitava aos jovens de classe média alta, e que logo chegou às ruas, espalhou-se também entre as "classes perigosas": pardos, negros, imigrantes e pobres. Desse modo, logo em 1921, o governo editou uma lei que restringia o uso do ópio, morfina, heroína e cocaína no país, sendo fins não-médicos.

As informações encontradas na literatura não são uníssonas quanto ao início da normatização oficial sobre consumo/venda/proibição de drogas. Inobstante a afirmação acima, a especialista em Direito Penal e Sociologia Criminal, Roberta Duboc Pedrinha[20], alega que a tendência de controle às drogas vem desde os tempos em que o Brasil era colônia de Portugal, ao sustentar que as Ordenações Filipinas, de 1603, já previam penas de confisco de bens e o banimento para a África para os que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. Já Santos (2000)[21], aduz que em uma perspectiva histórica, observa-se que o Brasil tem leis sobre as drogas desde 1938 (Decreto-Lei de Fiscalização de Entorpecentes n° 891/38, posteriormente incorporada ao artigo 281 do Código Penal de 1941). Nessa esteira, por sua vez, Procópio Filho e Vaz (1997)[22], citam que existem leis voltadas para a questão do narcotráfico desde 1976.

A partir do Decreto-Lei nº 891/38 várias alterações legislativas surgiram, contribuindo para a criação da Lei 6368/1976[23], hoje revogada, mas que vigorou por três décadas, atuando como marco legislativo no que se refere à legislação de drogas.

A mencionada lei deu início à concretização da criminalização do consumo e do tráfico de drogas em 1976, passando a dispor de medidas de prevenção e repressão ao tráfico, como também sobre o uso indevido das drogas. Tal medida caminhou em sintonia com os ideais da política de "guerra às drogas", preconizada pelo presidente dos Estados Unidos, à época Richard Nixon, e pelos acordos pactuados na Convenção Única sobre Drogas de 1961 da ONU e na Convenção sobre Drogas Psicotrópicas de 1971.

Seguindo esse panorama, em 1980 foi criado o Conselho Federal de Entorpecentes (COFEN), órgão central responsável pela política nacional de entorpecentes e pela implementação do então instituído Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes[24]. Através desse Sistema surgem os Conselhos Antidrogas, chamados Conselhos de Entorpecentes (Conselho Federal –

[20]História do combate às drogas no Brasil. Disponível em https:http//www.senado.gov.br.. Acesso em 09 abril. 2016.

[21] SANTOS MATOS, M.I. Meu lar é o botequim. São Paulo, SP: Nacional, 2000.

[22] PROCÓPIO FILHO, A; VAZ, Alcides Costa. ""O Brasil no contexto narcotráfico internacional", Revista Brasileira de Política Internacional, 1, 1997, 75-122.

[23] A Lei 6368/1976 versava sobre as "medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica". Foi revogada pela Lei 11.343/2006, que passou a instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e definiu crimes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br./. Acesso em 07 de abril. 2016.

[24] BRASIL. Decreto 85.110/1980, que instituiu o sistema nacional de prevenção, fiscalização e repressão de entorpecentes, revogado pelo Decreto 2.632/1998. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br.. Acesso em 07 de abril. 2016.

CONFEN[25], Conselhos Estaduais – CONENS e Conselhos Municipais – COMENS), essas instâncias contribuíram para conduzir iniciativas sobre o tema drogas no Brasil, focadas no binômio abstinência-repressão. Em 1993, foi criado sob o Ministério da Justiça a Secretaria Nacional de Entorpecentes (SNE), responsável pela secretaria executiva da CONFEN. (VILLELA, 2013)[26].

O CONFEN foi extinto em 1998 e criado o Conselho Nacional Antidrogas – CONAD. Posteriormente, criou-se o Sistema Nacional Antidrogas – SISNAD[27], formado pela Secretaria Nacional Antidrogas e Conselho Nacional Antidrogas.

No mesmo ano, o Governo iniciou a militarização do combate às drogas. Essa situação foi exposta por Leandro Freitas, em artigo publicado no jornal *"O Globo"* [28] (1988):

> Extinguiu-se o Conselho Federal de Entorpecente, de composição exclusivamente civil, e surgiu o Conselho Nacional Antidrogas, do qual faz parte o Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA). Os serviços de inteligência das Forças Armadas passam a participar do sistema e tropas militares serão usadas em ações especiais contra narcotraficantes como a destruição de laboratórios clandestinos de refino de cocaína na Amazônia Legal.

De acordo com Procópio Filho e Vaz (1997),

> (...) o aumento do consumo e do tráfico de drogas ilícitas nos anos setenta levou à formulação, entre 1982 e 1986, de uma Estratégia Internacional para a Fiscalização do Uso Indevido de Drogas. No entanto, o principal instrumento de cooperação multilateral para o combate ao tráfico de drogas resulta das conferências celebradas em Viena em 1987 e 1988: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas. Esta Convenção abarca os mais variados aspectos do combate às drogas ao mesmo tempo em que estabelece compromissos em termos de ações preventivas, fiscalização e controle, repressão, e outras formas de cooperação e assistência internacional. A mesma constitui, no presente, a principal referência para a cooperação nos planos regionais e sub-regionais bem como para a formulação de políticas nacionais antidrogas.

Na mesma época da Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adveio a Constituição Federal, em 1988, quando restou estabelecido que não seria possível anistia e fiança para os crimes de tráfico. Dois anos após, em 1990, foi promulgada a lei dos Crimes Hediondos, equiparando o tráfico a crime

---

[25] Em 1998 o CONFEN foi extinto, sendo criado em 1990, o Sistema Nacional Antidrogas – SISNAD e a Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, que prevalece até então como órgão responsável pela coordenação e articulação da Política Nacional Antidrogas. Segundo Garcia (2008), a criação da SENAD expressou uma estratégia política do governo brasileiro em mostra à comunidade internacional uma postura de combate às drogas como prioridade de governo.

[26] VILLELA, P. "O Tráfico De Drogas: Uma Ameaça À Segurança Do Brasil". Revista Monções, 2, 2013, p. 237-258.

[27] O SISNAD foi criado através do Decreto nº 3.696, de 21 de dezembro de 2000, revogado pelo Decreto nº 5.912, de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 07 de abril. 2016.

[28] FORTES, L. Governo começa a militarizar combate às drogas. In: Jornal O Globo, 18 de julho de 1998.

hediondo, punindo mais rigorosamente autores do delito de tráfico de drogas, inclusive vedando a liberdade provisória[29], o indulto e dobrando os prazos processuais.

Conforme Boiteux et al. (2009)[30],

> (...) em 2001 foi lançada a Política Nacional sobre Drogas, editada e relançada em 2005, culminando na instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) em 2006. Esta lei elimina a previsão de penalização aos usuários, endurecendo as penas ao direcionadas ao traficante. Desde então notou-se um aumento exponencial da população carcerária e hoje o tráfico de drogas é a principal causa de encarceramento no Brasil. Além disso, sendo a lei pouco específica quanto à definição de traficantes e consumidores, fica a cargo dos executores da lei e de juízes esta distinção, o que dá margem à escolha arbitrária.

Visando uma melhor atuação na repressão ao tráfico de drogas, a partir dos anos 1990, as Forças Armadas brasileiras passaram a realizar transferência de unidades militares para a Amazônia, ampliando o contingente de soldados e oficiais na região (BRASIL, 2008)[31]. Em seguida, entre os anos de 1995-2002, Procópio Filho (1999)[32] cita que a Polícia Federal foi reaparelhada e as Forças Armadas ganharam algumas prerrogativas no combate às drogas.

Nesse cenário de políticas de combate ao tráfico, aprovou-se em 2004 o Decreto nº 5.144/2004[33], com o objetivo de evitar que fronteiras aéreas brasileiras fossem invadidas por organizações criminosas ligadas ao mercado de drogas. Essa lei ficou conhecida como "lei do abate", que significa a destruição de aeronaves consideradas hostis[34].

Em que pese a legislação regulamentar essa questão, a prática é totalmente deficitária[35], o que acaba contribuído para que a droga abasteça facilmente o mercado interno ou que daqui seja transferida para outros destinos.

No ano de 2002, a "Lei dos Tóxicos" foi alterada pela Lei nº 10.409/02, que dispunha sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências, mas, em 2006, entrou em vigor a atual lei 11.343/06 de drogas, a

---

[29] O Supremo Tribunal Federal decidiu que cabe liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecente, declarando inconstitucional o art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Decisão proferida no HC 104339/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 10.5.2012. (HC-104339).

[30] Op. Cit.

[31] BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 08 abr.2016.

[32] Op. Cit.

[33] Este Decreto regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei no 7.565/1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: http://www.planalto.gov.br./ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm.

[34] Segundo o Decreto, art. 2º, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações: I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

[35] O jornalista Bernardo Miranda em notícia veiculada no Jornal O Tempo em 27/11/13, afirmou que a Aeronáutica brasileira, apesar de alertada pela Polícia Federal, ignorou rota aérea de tráfico de cocaína. Ver em: http://www.defesanet.com.br/.

qual define os crimes relacionados às drogas, revoga as leis 6.368/76 e 10.409/02 e em tese, elimina a pena de prisão para quem porta ou produz drogas para o próprio consumo. A nova legislação instituiu o Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas-SISNAD, que tem como finalidade "articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I) a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II) a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas" (art. 3º da lei).

Antes disso, em 2005, iniciou-se uma interessante estratégia de combate ao tráfico de drogas através do projeto "Perfil Químico de Drogas", desenvolvido pela Polícia Federal através de ações voltadas para a análise química de substâncias entorpecentes, a fim de identificar características de origem e correlação entre amostras, estabelecendo, desse modo, rotas do tráfico de drogas comercializadas no Brasil e contribuindo com dados que apontam as tendências deste mercado ilícito (UNODC, 2012; MALDANER et al., 2012[36]).

No ano de 2010 foi sancionada a Lei Complementar 136/2010[37], que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas", para criar o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e disciplinar as atribuições do Ministro de Estado da Defesa. Essa lei alterou o art.18, inciso VII, da LC 97/1999[38], que passou a prever que,

> reservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Nessa senda, em 2011, diante da necessidade de reforçar a presença do Estado nos 16.880 km de fronteira terrestre com países vizinhos, criou-se o Plano Estratégico de Fronteiras (PEF)[39], através do Decreto nº 7.496/2011, com o objetivo de combater, principalmente, os crimes de homicídio, roubos, tráfico de drogas e transporte de armas de fogo. Em 2012, ao apresentar os primeiros resultados do plano, o à época, vice-presidente, Michel Temer, se pronunciou afirmando que desde o início do Plano, em junho de 2011 até 12/2012, foram desarticuladas 42 quadrilhas que atuavam na fronteira com 20.737 prisões em flagrante pela Polícia Federal. Na oportunidade, ressaltou que "a integração extraordinária entre as forças de segurança da área Federal e

[36] MALDANER, A. "Gerenciamento de ações voltadas para obtenção de Perfis Químicos de Drogas – Projeto PeQui da Polícia Federal 2012". Disponível em: http://sec.sbq.org.br. Acesso em 10 abr.2016.
[37]BRASIL. Lei Complementar nº 136/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 abr.2016.
[38]BRASIL. Lei Complementar nº 97/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 abr.2016.
[39]BRASIL. Decreto nº 7.496/2011, que instituiu o Plano Estratégico de Fronteiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 abr.2016.

estadual jamais aconteceu, com esta intensidade, na história da segurança em nosso país" (BRASIL, 2012)[40].

Como se sabe, em razão do tráfico de drogas se constituir como um mercado transnacional, seu enfrentamento só pode se dar através de mecanismos de cooperação internacional, imprescindível, principalmente no caso do Brasil, que possui uma extensão de fronteiras que o liga aos principais centros produtores de drogas, colocando-o em posição de destaque no mercado de drogas.

Diante disso, por fim, insta citar o trabalho de pesquisa realizado por Chagas e Ventura (2010)[41], no qual analisou o Brasil e a cooperação bilateral e multilateral na área de drogas. No estudo, as autoras observaram, até 2010, que estavam em vigor 25 acordos bilaterais de cooperação técnica e/ou financeira internacional na área de drogas, com 18 diferentes países. Desses, doze são países das Américas (sendo nove da América do Sul), cinco da Europa e um do Continente Africano. As autoras verificaram que a preocupação inicial da diplomacia brasileira com a questão da segurança nacional. Nesse estudo, os autores observaram que:

> (...) o Brasil, ao ratificar convenções internacionais e acordos bilaterais para o controle das drogas, assumiu um grande compromisso internacional e vem trabalhando em conjunto com seus parceiros para harmonizar sua política e lograr resultados efetivos no controle das drogas no país. O Brasil, nesse cenário, se mostrou engajado às diretrizes internacionais para o controle de drogas, mas sem perder de vista sua autonomia e singularidade, enquanto país de dimensões continentais e com grande número de países fronteiriços. O país, reconhecido internacionalmente por sua capacidade de articulação e participação popular na criação da Política Nacional sobre Drogas, conseguiu imiscuir aspectos regionais, nacionais e internacionais no trato da questão. Foi inovador, por exemplo, ao, ainda em 2002, começou a promover projetos em cooperação com países fronteiriços, para a redução da demanda de drogas em regiões de fronteiras (Projeto Fronteiras).

Esse foi um marco para o tratamento do fenômeno em regiões fronteiriças, inserindo a cooperação para a redução da demanda de drogas entre os municípios, como complementar às atividades desenvolvidas por órgãos policiais, que não contam com efetivo necessário para vigiar regiões tão extensas quanto as fronteiras brasileiras.

5. A Lei 11.343/2006 e o encarceramento em massa após 2006.

No tocante ao tráfico "transnacional", a Lei 11.343/2006 dispõe no Art. 40, inciso I, que as penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito.

A jurisprudência do supremo Tribunal Federal (STF)[42] não considera necessária a efetiva transposição de fronteiras para a aplicação da majorante trazida no art. 40, I, da Lei de Drogas, em razão do dolo do agente em transportar a droga a outro país, bastar para aferir sua intenção, ou seja, o que é relevante é a conduta trazida na elementar do tipo e não na localidade em que o delito foi cometido. Assim, o reconhecimento da

---

[40]BRASIL. Portal Brasil. Defesa e Segurança. Integração das forças policiais e segurança serão legados da Copa Disponível em: http:// http://www.br.asil.gov.br. Acesso em 12 abr.2016.

[41] CHAGAS, F,G,L; VENTURA, C,A,A. Cooperação internacional em prevenção do uso abusivo de drogas no Brasil. SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. 2010, vol.6, n.1, pp. 1-20. ISSN 1806-6976. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org. Acesso em 12 abr.2016.

[42] Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aplicada pela Sexta Turma no julgamento do HC 129.413/SP, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 13/06/2011.

transnacionalidade não fica condicionado à transposição das fronteiras nacionais, bastando a caracterização. Além disso, frisa-se que havendo indícios da transnacionalidade do delito de tráfico, o processo e o julgamento dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 é da competência da Justiça Federal[43].

Em apertada síntese, é esse o tratamento dado pela atual lei de drogas no que se refere ao crime de tráfico transnacional de drogas e, embora não seja esse o objeto do trabalho, mas a título de informação, é relevante citar que a atual lei de Drogas, que veio para abrandar a aplicação penal para o usuário e tratar com mais rigor o crime organizado, "está contribuindo densamente para o aumento da população carcerária", segundo Ministro do STF, Gilmar Mendes[44].

O grande encarceramento por delitos relacionados com as drogas não é um problema só da política sobre drogas brasileira, pois, de acordo com os dados mais recentes do Relatório Mundial Sobre Drogas (2016), 30% da população prisional global é formada por presos não-condenados ou em pré-julgamento, sendo que entre os presos condenados, 18% estão na prisão por crimes relacionados à droga. Segundo esse documento, esses números demonstram que o uso excessivo da pena de prisão por crimes relacionados às drogas de natureza menor é ineficaz – é um equívoco do sistema de justiça, pois a prestação de serviços de tratamento e cuidados é uma alternativa que demonstrou aumentar consideravelmente a recuperação e reduzir a reincidência.

Ainda sobre o encarceramento em massa, os dados do InfoPen (2014)[45] são elucidativos nesse sentido, ao informar que a população carcerária brasileira correspondia a 254.601 mil presos em 2005 e saltou para 537.790 mil em 2013, sendo que os presos por delitos relacionados às drogas são representavam 138.198 mil em 2012 e 146.276 em 2013. Em 2005 este número total (homens e mulheres) era de apenas 32.880 mil presos. Em termos percentuais, isso significa que em 2005, os delitos relacionados a lei de drogas correspondiam a 13% de toda população prisional e em 2013, mais que duplicou, chegando a 27,2%, colocando o tráfico de drogas no patamar de crime que mais encarcera (tal fato é atribuído, dentre outros fatores, a falta de critérios objetivos para regulamentar o tráfico do uso de drogas).

No que tange ao tráfico transacional, Gomes et al. (2014)[46] aponta que se manteve no percentual de 1% da população prisional do país, o que demonstra que a política criminal sobre drogas se ocupa, precipuamente, em deter a ponta do tráfico de drogas, em vez de atingir o crime organizado, com principal ênfase no tráfico transnacional onde se estrutura a grande circulação de drogas no país com substâncias oriundas mormente do Paraguai, Bolívia, Peru e Colômbia.

---

[43] Posicionamento da Terceira Seção do STJ, ao julgar o CC nº 115.595/MG (10.10.11), relatado pela Ministra Laurita Vaz. Nesse caso, é necessário que o crime esteja especificamente previsto em tratado ou convenção internacional assinado pelo Brasil e que haja a intenção de transferência da droga entre países distintos, sendo que os países de trânsito internacional da droga deve criminalizar tal conduta.

[44] Afirmação feita pelo Ministro Gilmar Mendes, ao expor seu posicionamento sobre a lei de drogas, quando atuou como relator do Habeas Corpus nº 123.221.

[45] Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Junho de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br. Acesso em 20 jan. 2016.

[46] Segundo Gomes et al, 2014, esse dado foi divulgado pelo Projeto Perfil Químico de Drogas (PeQui), da Polícia Federal (PF), que utiliza a análise química detalhada de drogas para a identificação de características de origem e de correlação/ligação entre amostras. A obtenção de resultados validados e a estruturação de bancos de dados visam estabelecer origens geográficas e rotas do tráfico de drogas de abuso comercializadas no Brasil e contribuir com dados estatísticos que consigam apontar as tendências deste mercado ilícito.

6. Da necessidade de criação e individualização de políticas antidrogas eficientes

Após tecer esse levantamento sobre as políticas de drogas adotadas pelo Brasil, convém expor o pensamento de Peralva (2015)[47], no que tange ao comércio de drogas:

> O comércio de drogas ilícitas não pode ser isolado de outros aspectos da experiência contemporânea com os quais mantém relações intrínsecas, formando o que Mauss designou como um fato social total. A massificação do consumo é inseparável de uma revolução cultural que alterou profundamente nosso modo de vida e do individualismo ético que a acompanhou; mas inseparável também da ansiedade generalizada que suscitam as exigências de competitividade impostas aos indivíduos pelo liberalismo econômico. O desinteresse por verdadeiras políticas de saúde pública que levem em conta os efeitos perversos de um consumo massificado de drogas ditas "duras" e de um consumo "duro" de drogas ditas "leves", a diabolização do tráfico através de uma terminologia que ignora a complexidade dos processos econômicos que o estruturam e seu profundo enraizamento social – tudo isso aponta para a defasagem existente entre essa realidade complexa e os termos do debate público, que justificam e explicam a violência das políticas atualmente adotadas em alguns países, entre os quais o Brasil, e a focalização ineficaz e inaceitável do problema em bairros populares onde se localizam plataformas de comercialização que não constituem senão a ponta visível do *iceberg.*

Entendendo que o combate ao mercado de drogas deve ultrapassar a "ponta visível do iceberg", como bem apontou Peralva (2015), corroboramos o que afirma Van der Veen (1998) in Zaluar (2007[48])[49]:

> (...) o drama de países como o Brasil começa pelo que afirmou o secretário executivo da Interpol, Robert Kendall: seria melhor se as forças de polícia não fossem empregadas para caçar os consumidores de droga ou os pequenos negociantes, e atribuíssem muito mais seus recursos à repressão de grandes traficantes e de lavadores do dinheiro sujo. Infelizmente, a legislação e, mais ainda, a prática policial em diversos países, incluindo o Brasil, as guiam à primeira escolha. Por isso, as relações simbióticas entre diferentes atores, que têm interesses comuns, formam um tecido social, econômico e institucional bem entrelaçado do qual é difícil escapar uma vez dentro dele. Esse tecido compõe o que deve ser considerado os fatores sistêmicos que existem, no interior e fora das nações, nas redes transnacionais das atividades econômicas criminosas.

Com base na legislação de drogas, aliado aos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) e do *International Drug Policy Consortium*, ao

---

[47] PERALVA, A. "Questão de drogas e de mercados". Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar, 5, P. 19. Disponível em: http://www.contemporanea.ufscar.br. Acesso em 20 jan. 2016.

[48] CARLOS, J.O. Drug policy and incarceration in São Paulo, Brazil. International Drug Policy Consortium – IDOC. Disponível em: http://idpc.net. Acesso em 16 jan. 2016.

[49] ZALUAR, A. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estud. av. 2007, vol.21, n.61, pp.31-49. ISSN 0103-4014. Disponível em: http:// http://www.scielo.br. Acesso em 14 jan. 2016.

apontar que desde o advento da lei de drogas, em 2006, o número de presos por tráfico de drogas no Brasil aumentou de 31 mil para 164 mil, pode-se inferir que a forma de atuação do Estado concentra-se muito mais em combater o mercado varejista de drogas, tratando usuários e pequenos revendedores como traficantes, utilizando-se de critérios subjetivos para tipificar traficantes *versus* usuários, o que não trata o problema do encarceramento em massa e negligencia o consumo de droga, que é um problema a ser tratado na seara da saúde pública.

Na verdade, a política antidrogas precisa pautar-se em objetivos muito maiores, como por exemplo, ampliar a fiscalização nas fronteiras, formular ações mais direcionadas para a realidade do mercado (que não é só local e interno), aparelhar as instituições estatais de combate ao mercado fornecedor de drogas, que se utilizam do espaço territorial brasileiro tanto como rota de escoamento de substâncias ilícitas quanto para abastecer o consumo interno e pensar numa possível regulamentação da produção e comercialização dentro do território nacional.

Além disso, não devemos desconsiderar que o Estado é fragilizado pela corrupção de seus funcionários, dos agentes policiais e do judiciário, não se esquecendo das figuras políticas, que facilitam o funcionamento do mercado ilegal, criando uma rede de proteção aos grandes traficantes, o que faz com que o Estado utilize sua força[50].

Segundo o UNODC, no que se refere às ações abrangentes em torno da política sobre drogas:

> (...) os recursos do sistema de justiça criminal e de segurança pública devem ser direcionados aos traficantes, organizadores e financiadores do tráfico de drogas e ao crime organizado. Os governos precisam investir numa repressão qualificada, direcionada por ações de inteligência policial, para efetivamente reduzir a oferta de drogas. Isso requer maior foco nos grupos transnacionais, sustentadores dos pequenos traficantes que vendem drogas no varejo. Também requer que o crime organizado e a corrupção associada a ele não sejam enfrentados de maneira isolada, mas por meio da cooperação internacional entre as autoridades competentes (UNODC, 2010)[51].

Pelo exposto até aqui, percebe-se que a política antidroga adotada pelo Brasil é desproporcional, haja vista tratar-se de um país caracterizado como consumidor, ocupando, portanto, a cadeia final do tráfico, por conseguinte, não é razoável aplicar o mesmo tratamento penal para as condutas tipificadas como tráfico transnacional e para "tráfico doméstico" ou até mesmo "uso", expressado por algumas poucas gramas.

A política brasileira sobre drogas tem sido bastante criticada, principalmente porque suas reformas não trouxeram resultados satisfatórios quando analisando os assustadores números de encarceramento por tráfico de drogas. Por outro lado, cabe citar que existem alguns poucos resultados positivos, como menciona o recente Relatório da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes – JIFE[52], divulgado em março/2016 pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que destaca os investimentos do Brasil na política sobre drogas, especificamente o crack, e

---

[50] Pode-se consultar para maior informação: DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito,* Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

[51] UNODC. "Política sobre drogas: ações abrangentes", 2010. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 10 abr. 2016.

[52] A Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (JIFE) - ou International Narcotics Control Board (INCB) - é um órgão de fiscalização independente para a implementação das Convenções Internacionais das Nações Unidas de controle de drogas. Foi estabelecida em 1968 de acordo com a Convenção de Drogas de 196. Disponível em: https://www.unodc.org Acesso em 04 abr. 2016.

recomenda que o país compartilhe sua experiência com a comunidade internacional, mas na verdade, o crack ainda é um grande problema nacional que expõe milhares de pessoas a situação de rua, resultado de uma profunda imersão no mundo das drogas.

7. Considerações finais

O tráfico de drogas, dentro da lógica do mercado organizado, é considerado como o mais rentável dos crimes, em termos econômicos[53]. Esse mercado se utiliza dos avanços tecnológicos para expandir o alcance de suas atividades ilícitas, aproveitando-se, sobretudo, da alta permeabilidade das fronteiras entre os países e se beneficia da atual política proibicionista que aumenta seus lucros em virtude da lei da oferta e da procura.

Convém ressaltar que a atual lei de enfrentamento ao mercado do tráfico não apresenta, de forma clara e inequívoca, quais as condições para que uma pessoa seja classificada como usuária ou traficante, dando margem para o desvirtuamento do seu objetivo original e trazendo consequências danosas como o aumento do encarceramento pelo crime tipificado como tráfico.

Contudo, de um modo geral, o Brasil tem se mostrado atuante – embora não eficaz – na criação de mecanismos legais de combate/controle do tráfico de drogas. Entretanto, se faz necessária a urgente implantação de outras medidas no enfrentamento desse mercado, bem como da violência dele resultante, tais como maior controle e investimentos em suas fronteiras, reformas institucionais, combate à corrupção, ações direcionadas aos grandes traficantes e financiadores do tráfico, ampliação das oportunidades econômicas, mobilização pública, diminuição das oportunidades sociais que favorecem a inserção do jovem no tráfico de drogas[54], aprimoramento das políticas de saúde para os usuários dependentes etc., pois só se faz políticas públicas eficientes quando oportunidades são criadas e as desigualdades sociais minimizadas.

Destarte, a política de combate ao tráfico de drogas deve ser articulada como uma proposta de prevenção ampla, pautada na realidade social, econômica e do mercado. Entende-se que essa não é uma tarefa fácil; é um desafio que não só o Brasil, mas muitos de seus vizinhos terão de enfrentar de forma mais racional e profissionalizada articulando políticas de repressão, sociais e de saúde, ao passo que a regulamentação desse mercado pode ser discutida, após se investir também em políticas educacionais e de redução de danos para o uso de drogas.

---

[53] A maioria das estimativas apontam que os rendimentos do tráfico de drogas são maiores do que todos os outros crimes. Segundo informações disponíveis no relatório Estimating illicit financial flows Resulting from drug trafficking and Other transnational organized, do Escritório da ONU contra Drogas e Crimes, o crime organizado registra lucros que ultrapassam US$ 2 trilhões. Dentre dele, o tráfico de drogas ocupa a primeira posição, com lucros estimados em cerca de US $ 420 bilhões. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 20 abr. 2017. Outro dado é do grupo de pesquisa Integridade Financeira Global, que avaliou todas as formas de crime transnacional em 2011 e elaborou um relatório com base em 12 atividades ilegais. As cinco primeiras são: 1º Narcotráfico: US$ 320 bilhões, 2º Falsificação: US$ 250 bilhões, 3º Tráfico humano: US$ 31,6 bilhões, 4º Tráfico ilegal de petróleo: US$ 10,8 bilhões e 5º Tráfico de vida selvagem: US$ 10 bilhões. Transnational Crime In The Developing World. Global Financial Integrity. Disponível em: http://www.gfintegrity.org. Acesso em 23 abr. 2017.

[54] Sobre juventude e drogas, pode-se consultar: SOUZA GODOY, Guilherme A. "A força democrática das redes sociais: uma análise brasileira num contexto de regulação das drogas", *Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa*, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2016, pp. 165-172.

8. Referências bibliográficas

BOITEUX, L. et al. "Relatório de Pesquisa. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais". *Série Pensando o Direito. Tráfico de Drogas e Constituição*, 01, 2009, p.229.

BRASIL. Decreto nº 79.388/1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 7 abr.2016.

BRASIL. Decreto nº 154/1992. Disponível em: http://www2.camara.leg.br. Acesso em 7 abr.2016.

BRASIL. Decreto nº 5.912, de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 07 de abril. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/. Acesso em 08 abr.2016.

BRASIL. Decreto nº 7.496/2011, que instituiu o Plano Estratégico de Fronteiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 abr.2016.

BRASIL. Decreto 85.110/1980. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br. Acesso em 07 de abril. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 97/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 10 abr.2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 136/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em 10 abr.2016.

BRASIL. Lei nº 12.850/2013. http://www.planalto.gov.br Acesso em 7 abr.2016.

BRASIL. Portal Brasil. Defesa e Segurança. Integração das forças policiais e segurança serão legados da Copa Disponível em: http:// http://www.br.asil.gov.br. Acesso em 12 abr.2016.

CARLOS, J.O. Drug policy and incarceration in São Paulo, Brazil. International Drug Policy Consortium – IDOC. Disponível em: http://idpc.net. Acesso em 16 jan. 2016.

CHAGAS, F,G,L; VENTURA, C,A,A. Cooperação internacional em prevenção do uso abusivo de drogas no Brasil. SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. 2010, vol.6, n.1, pp. 1-20. ISSN 1806-6976. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org. Acesso em 12 abr.2016.

DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén y ZEFERINO FERREIRA, Rui Miguel, "A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático" *Revista Internacional Consinter de Direito,* Vol. I, 2015, pp. 306 y ss.

INCSR. "International Narcotics Control Strategy Report. Volume I Drug and Chemical control". Drug and Chemical Control, 01, 2014, p. 342.

MALDANER, A. "Gerenciamento de ações voltadas para obtenção de Perfis Químicos de Drogas – Projeto PeQui da Polícia Federal 2012". Disponível em: http://sec.sbq.org.br. Acesso em 10 abr.2016.

PERALVA, A. "Questão de drogas e de mercados". Revista Semestral do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar, 5, P. 19. Disponível em: http://www.contemporanea.ufscar.br. Acesso em 20 jan. 2016.

PEREIRA, P. "Os Estados Unidos e a ameaça do crime organizado transnacional nos anos 1990", Revista Brasileira de Política Internacional, 58, 2015, 84-107. Disponível

em: http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v58n1/0034-7329-rbpi-58-01-00084.pdf. Acesso 05 abr. 2016.

PROCÓPIO FILHO, A; VAZ, Alcides Costa. ""O Brasil no contexto narcotráfico internacional", Revista Brasileira de Política Internacional, 1, 1997, 75-122.

SANTOS MATOS, M.I. Meu lar é o botequim. São Paulo, SP: Nacional, 2000.

SOUZA GODOY, Guilherme A. "A força democrática das redes sociais: uma análise brasileira num contexto de regulação das drogas", *Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa*, Coord. Rubén Miranda Gonçalves, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2016, pp. 165-172.

UNODC. Política sobre drogas: ações abrangentes. 2010. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 10 abr. 2016.

UNDOC. "Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. Prevenção ao crime e justiça criminal", 2011. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

UNDOC. Nova campanha do UNODC aponta que Crime Organizado Transnacional movimenta 870 bilhões de dólares ao ano. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

UNODC. Relatório Mundial Sobre Drogas 2013. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 20 mar. 2016.

UNODC. World Drug Report 2014 (United Nations publication, Sales No. E.14.XI.7). Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

UNODC. O narcotráfico e suas coligações em meio a guerrilhas. 10ª ed. PoliONU. 2015. Disponível em: https://www.unodc.org. Acesso em 25 mar. 2016.

VILLELA, P. O tráfico de drogas: uma ameaça à segurança do brasil. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.2. n.3, jul./dez., 2013, p. 237-258. Disponível em: http://www.periodicos.ufgd.edu.br. Acesso em 10 abr.2016.

ZALUAR, A. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. Estud. av. 2007, vol.21, n.61, pp.31-49. ISSN 0103-4014. Disponível em: http:// http://www.scielo.br. Acesso em 14 jan. 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 93-110
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La controvertibilidad del concepto jurídico de persona y el fundamento de los derechos humanos

The contestability of the legal concept of person and the fundament of human rights

Dra. Helga María Lell[1]
Conicet / FCEyJ (UNLPam)

Sumario

Introducción - Por qué analizar el concepto jurídico de persona - La fundamentación de los derechos humanos - Lidiar con lo incontrolable y la controvertibilidad -El concepto jurídico de persona como esencialmente controvertido - La persona y el derecho - El cambio de la semántica del concepto jurídico de persona - Derecho internacional y otros códigos civiles - La concepción positivista en otros códigos civiles - Los Códigos comentados - La formación general y el consumo ostentoso en la academia - Consideraciones finales – Referencias bibliográficas

Resumen: En este trabajo interesa destacar que el nuevo concepto jurídico de persona del ordenamiento jurídico argentino requiere la adaptación de las enseñanzas universitarias al nuevo paradigma a efectos de formar profesionales con habilidades adecuadas para interpretar, criticar y construir fenómenos jurídicos y, por lo tanto, sociales. Más aún, la educación en derechos humanos, de cuya importancia se es consciente en las universidades argentinas, requiere pensar y repensar en la persona como fundamento ontológico de dichos derechos fundamentales.
En ese marco, estas páginas proponen que el concepto jurídico de persona posee un campo semántico controvertido que constituye la base para la postulación de interpretaciones diversas y sus argumentos.

Abstract: In this article, we aim to highlight that the new legal concept of person in the argentine legal system requires the adaptation of the university education to the new paradigm in order to form professionals with skills to interpret, criticize and build legal phenomena and, of course, social ones. Even more, the education for human rights implies thinking in the person as the ontological fundament of such rights.

Under this frame, we state that the legal concept of person is essentially contested but this circumstance is not a problem but a virtue as it is a basis for presenting arguments and different positions.

Palabras clave: Persona – derechos humanos – controversias semánticas – educación universitaria

Key words: Person – human rights – semantic contests – university education

---

[1] Doctora en Derecho (Universidad Austral), Máster y Especialista en Estudios sociales y culturales (Universidad Nacional de La Pampa), Maestranda en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Diploma Superior en Construcción de Proyectos y Metodología de las Ciencias Sociales (Universidad Nacional de La Plata). Becaria posdoctoral del Conicet (Argentina). Docente de grado (Filosofía del derecho, Introducción al Derecho y Derecho Político) y posgrado (seminarios varios relativos a derechos humanos, interpretación jurídica y epistemología) en la Facultad de ciencias económicas y jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Investigadora del Centro de Investigaciones en Ciencias Jurídicas (FCEyJ, UNLPam) y del Instituto de Estudios Americanos y Europeos (Facultad de Ciencias Humanas, UNLPam).

Introducción

El concepto jurídico de persona en el ordenamiento argentino ha cambiado a partir de la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. A pesar de la transformación contrastante, de la relevancia y el impacto en la totalidad de las áreas jurídicas del cambio, la academia, si bien le ha prestado atención, no lo ha hecho en la dimensión correspondiente.

Si bien en las diferentes universidades nacionales, tanto públicas como privadas, se han organizado cursos de actualización profesional, legislativa y doctrinal y las editoriales han encomendado arduos esfuerzos en pos de la publicación de material bibliográfico, toda esta atención no ha acompañado la radicalidad de los cambios o la exigencia de ellos respecto de cómo enfocar las nuevas instituciones civiles y comerciales. En particular, esta carencia es notoria respecto del concepto jurídico de persona.

En este trabajo interesa destacar que el nuevo concepto jurídico de persona, que ha dejado de lado la visión positivista más radical, se plantea como un concepto fundamental en el Derecho y requiere un abordaje complejo, holístico, realista e interdisciplinario. Por este motivo, la enseñanza universitaria del concepto jurídico de persona debe adaptarse al nuevo paradigma a efectos de formar profesionales con habilidades adecuadas para interpretar, criticar y construir fenómenos jurídicos y, por lo tanto, sociales. Más aún, la educación en derechos humanos, de cuya importancia se es consciente en las universidades argentinas, requiere pensar y repensar en la persona como fundamento ontológico y sólido de dichos derechos fundamentales. Pero la aspiración por la solidez no debe conllevar el dogmatismo sino más bien una apertura virtuosa a la complejidad de la esencia humana.

En ese marco, estas páginas proponen que el concepto jurídico de persona posee un campo semántico controvertido. Esta controvertibilidad, lejos de ser un inconveniente, constituye la base para la postulación de interpretaciones diversas y de aquellos argumentos que las sustentan. Bajo el paradigma positivista, esta apertura e indeterminación puede resultar un atentado contra el valor de la seguridad jurídica. Para una postura jusnaturalista de corte realista, en cambio, la riqueza del concepto radica en la multiplicidad de abordajes complementarios que permanentemente permiten vislumbrar y comprender algo nuevo sobre el objeto bajo análisis. Ello tiene un efecto práctico concreto respecto de la fundamentación de los derechos humanos a sostener.

Por qué analizar el concepto jurídico de persona

El concepto de persona constituye uno de los términos fundamentales del ordenamiento jurídico, no solo en materia civil sino también para la totalidad de las ramas que componen al Derecho y la invocación por parte de los operadores jurídicos de este como idea-fuerza para la consolidación de derechos y para la protección del ser humano es más que frecuente (basta solo con revisar la enorme cantidad de resultados que arrojan los buscadores de jurisprudencia de la Corte Suprema, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de los máximos tribunales provinciales, entre otros).

A pesar del enorme peso argumentativo que posee, el término permanece en cierta manera indefinido. Esta indeterminación y casi imposible definición estática y exhaustiva no constituye un vicio, sino más bien una virtud que brinda dinamismo. Su comprensión social se basa en una presunta y especial referencialidad semántica y propia de la palabra que pareciera poder ser simplemente interpretada a partir de la experiencia de cada ser humano en su carácter de persona. No obstante, cabe controvertir esta afirmación puesto que el vocablo es técnico y puede diferir radicalmente del sentido que tiene en el lenguaje común.

El concepto jurídico de persona, diferente y —según se lo defina— a veces desligado del de hombre o mujer, nace a partir de una metáfora teatral que hace referencia a las máscaras utilizadas por los actores en la Antigua Roma para amplificar la

voz del sujeto detrás de ellas[2]. Así, la persona se erige en un conjunto de roles a ser puestos en escena por individuos, pero la unidad del ser detrás de la máscara es irrelevante. Los individuos forman tantas personas como papeles representen.

La idea antes mencionada ha dado pie a la posición juspositivista pues justifica la separación entre la persona y el ser humano detrás de ella y, por ende, cualquier tipo de reparto de derechos y obligaciones es válido en tanto no cabe ninguna calificación de justo/injusto o correcto/incorrecto. Pero las metáforas no son estáticas y las sociedades que utilizan las lenguas olvidan las relaciones originarias y resignifican los términos (Bordelois, 2005). En este marco, el concepto jurídico de persona ha variado diacrónicamente y en el contexto de sistemas normativos cada vez más complejos y con tendencias que se han modificado (por ejemplo, la transición desde el paradigma de un Estado de Derecho legalista al constitucional y al neoconstitucional). Por ello, toda definición de la persona que permita comprender su capacidad retórica debe efectuarse a la luz de los contextos hermenéutico y pragmático (Beuchot, 1998). A partir de esta base es que pueden dilucidarse los efectos jurídicos de dicho concepto. En síntesis, la problematización de la persona como concepto radica en que el campo semántico que se le atribuya impacta sobre el reconocimiento o no de ciertos derechos de los individuos.

Ahora bien, ¿por qué revisar el concepto de persona? En primer término, la revisión propuesta es relevante porque encierra una metáfora con una capacidad cognitiva, pedagógica y retórica de alto valor que es menester reconocer, al menos en cuanto a cómo se define y cómo ha variado en la interpretación social. Dicho valor radica en la construcción de una suerte de discurso social que cala en el imaginario de una comunidad política y, por lo tanto, se erige en un *topos* argumentativo aceptado al cual recurrir para justificar determinadas decisiones. Es decir, se transforma en un punto inicial que sustenta y da base a ciertos modos de acción y, al configurar un modo de entender el mundo, ciertamente posee una dimensión performativa.

En segundo lugar, porque esta noción resulta un pilar de la teoría general del Derecho y, por lo tanto, en los distintos fundamentos de los derechos humanos. Esto quiere decir que, si se cree que una persona es titular de un conjunto de derechos por el mero hecho de serlo, se debe definir primero qué es "persona" puesto que, si se adhiere a una postura juspostivista, no existen más derechos y obligaciones que los que el ordenamiento jurídico confiere. Entonces, en este caso, la inherencia de los derechos a la persona se define por el ordenamiento jurídico como constructor de ella pero no por otro tipo de esencia externa. En cambio, desde otro tipo de perspectivas como las jusnaturalistas, las no positivistas, las constructivistas y las críticas, entre otras, cabe indagar en un espectro más amplio que el meramente normativo-positivo. Es decir, según el extremo por el cual se opte se hará hincapié en el carácter autoritativo/normativo de la persona o en el carácter humano con los consecuentes principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad, lo cual a su vez repercute en la efectividad de los derechos.

Tercero, pensar el campo semántico del término "persona" es importante porque es un concepto que aparece en diferentes documentos normativos de tutela en materia de derechos humanos y jurídicos en general sin encontrarse determinada su acepción.

Como señala Faralli (2013), los nuevos desafíos de la Filosofía del Derecho giran en torno a tres grandes temáticas: la regulación de las acciones producto de la inteligencia artificial símil a la humana, las cuestiones de bioética y la posibilidad de la intervención tecnológica sobre la vida humana y no humana, y los derechos humanos de los migrantes que desafían a los tradicionales conceptos modernos de soberanía, ciudadanía y nacionalidad. Como puede notarse, en la base de los tres temas es posible discutir el concepto de persona y de brindar diferentes perspectivas según la posición que se tome frente a la interpretación de la metáfora. No obstante, con independencia de estos tres ejes, es posible señalar otros temas que giran en torno a la persona: las relaciones económicas y los poderes salvajes, la globalización y la "glocalización", las nuevas tecnologías y el derecho al olvido, los contratos en la posmodernidad, los desafíos

[2] La etimología de este concepto remite a la *persōna* romana, término que se derivaría del estrusco *phersu* y este del griego πρόσωπον (Corominas, 2005, Ferrater Mora, 2004 y Schiavone, 2012).

a la ética profesional en distintas disciplinas, etc. Este trabajo no pretende abarcar estos tópicos sino más bien problematizar cómo el concepto de persona cumple un rol en la fundamentación de soluciones e interpretaciones frente a ellos. Por lo tanto, esta enumeración solo pretende evidenciar la actualidad y necesidad de repensar este concepto.

La necesidad de determinar qué es la persona, quiénes son los sujetos de derechos y qué tipo de repartos jurídicos son compatibles y necesarios a partir de estos conceptos constituye una asignatura pendiente y un tópico que cada vez se torna más recurrente (se puede ver esto en el cambio normativo en el Código Civil y Comercial argentino pero también se pueden mencionar los debates sobre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas[3], los derechos de la naturaleza[4] o incluso si los animales pueden ser considerados sujetos de derechos no humanos[5]. A pesar de lo dicho, en los actuales cursos de actualización en materia civil, en los módulos destinados al tratamiento de la persona, solo se imparten contenidos respecto de la capacidad, régimen de familia y atributos, pero en forma aislada del contexto constitucional en el que se construye este concepto. Por otro lado, en los cursos de derecho constitucional e internacional público, el término de persona es visto como natural y comprendido y, sin discutir su potencia como fundamento, se analiza el conjunto de derechos correspondientes. Por estos motivos, es que aquí se considera necesario problematizar esta naturalización y observar las definiciones y redefiniciones de las que ha sido objeto.

La fundamentación de los derechos humanos

Se ha dicho que el concepto jurídico de persona debe ser estudiado porque constituye un fundamento de los derechos humanos y que, conforme a la visión que de él se tenga, se establecen condiciones para los derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué es fundamentar los derechos humanos? ¿Por qué hacerlo?

Ante el primer interrogante, cabe señalar que fundamentar es explicitar las razones o los motivos sobre los que se construye algo. Fundamentar los derechos humanos implica darles un cimiento, exponer las bases que les confieren existencia. En cuanto a la pregunta respecto de por qué fundamentar los derechos humanos, como puede deducirse de lo anterior, implica señalar los motivos por los cuales se los considera existentes, vigentes y, por supuesto, exigibles. También la exposición del fundamento de los derechos humanos indica cómo se los concibe y con qué alcances. De esta manera, la actividad de fundamentación exige coherencia respecto de las expectativas del sistema tutelar de los derechos humanos y la praxis de los individuos (Beuchot, 2008).

Las posturas positivistas impugnan la posibilidad de una demostración científica y de una fundamentación racional de los valores (Pérez Luño, 2010). De esta manera, solo es posible encontrar fundamento para los derechos humanos en el marco de normas jurídicas positivas válidas. Esto no deriva en considerar a los derechos humanos como algo inútil sino que la preocupación por su tutela y práctica debe darse en el marco de las normas "puestas"[6].

Rodriguez Toubez-Muñiz (1995) destaca que, además de este grupo de visión "no moral", existe otro minoritario y más infrecuente entre los positivistas: el "moral". Este núcleo de autores parte de una interpretación de los derechos humanos como derechos morales, estima que no son auténticos derechos hasta que han sido incorporados al

[3] Un ejemplo lo constituyen los debates en torno al voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en el caso "Fly Machine s/ Recurso Extraordinario" (CSJN) en el cual se fija postura a favor del principio *societas delinquere non potest.*

[4] Por ejemplo, la Constitución de Ecuador (2008) reconoce a la naturaleza carácter de sujeto legal, junto con los individuos y las colectividades (ver arts. 10, 71 y 72).

[5] Ejemplos de ello son el reciente fallo de la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en los autos "Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ Hábeas Corpus" (18/12/2014) y la difundida discusión entre Slater y Wikimedia por los derechos de autor de una *selfie* tomada por un mono, entre muchos otros casos.

[6] Un ejemplo de esta postura que destaca la necesidad de preocuparse por las normas jurídicas que consagran derechos humanos debido a que su estatus ontológico es endeble es Bulygin, 1987.

derecho positivo y sitúa su fundamento en normas morales. Un ejemplo de esta postura puede encontrarse en Peces-Barba (1995).

Por su parte, una visión jusnaturalista de corte realista, en sentido amplio[7], considera que la juridicidad vale como tal aun cuando sea ignorada o rechazada por la sociedad, que la razón práctica puede conocer dimensiones valiosas o exigencias éticas y jurídicas implicadas en las conductas humanas más allá de lo prescripto por normas positivas, rechaza en materia de la praxis humana de un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo y, en el plano ontológico, sostiene que el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general (Vigo, 2008).

En este marco, es relevante observar cómo juega el concepto jurídico de persona a la hora de fundamentar los derechos humanos. La noción de "persona" ha sido incorporada y reapropiada por el derecho aunque de manera ciertamente ambigua. En ocasiones, este concepto ha sido una clara base para las posturas juspositivistas que la conciben como aquel punto de imputaciones de derechos y obligaciones, esto es, es el ordenamiento jurídico el que construye a la persona y esta nace en simultáneo con la normatividad; no hay ningún derecho de por sí que corresponda a los sujetos porque el hombre no es relevante en esta concepción, no existen reclamos a efectuar en torno a la justicia/injusticia o corrección/incorrección de ciertos repartos dado que la preeminencia ontológica la poseen las normas jurídicas. Un claro ejemplo de esta visión lo constituye Kelsen (1982) que, tras purificar al ámbito jurídico de los vestigios de las ciencias causales y, sobre todo, aquellos de la moral y la religión, presenta a la persona como un centro de imputación normativa que, si tiene algún tipo de relación con el hombre biológico, es solo mera coincidencia.

No obstante lo dicho, el uso del concepto de persona no siempre ha suscripto tan claramente aquella concepción y, desde perspectivas jusnaturalistas, no positivistas, constructivistas y críticas, entre otras, se ha reclamado la vinculación entre la persona como concepto jurídico y el ser humano como receptor y acreedor de un conjunto de derechos. Así, la humanidad se erige como una barrera infranqueable e inviolable.

Lidiar con lo incontrolable y la controvertibilidad

Los operadores del Derecho lidian constantemente con conceptos que escapan de manera permanente a las posibilidades definitorias ya sean de la academia o de las normas jurídicas. El ser humano, la dignidad, la libertad, la autonomía, la voluntad, los derechos, los intereses, etc. son ideas que guían al ordenamiento jurídico pero cuyo contenido no se presenta *per se*. Esto provoca que su campo semántico sea indeterminado, controvertido y utilizado para sostener posiciones muy diversas y hasta opuestas.

Lo dicho no pretende resaltar la necesidad de definir estos términos sino, por el contrario, señalar que parte de su riqueza, dinamicidad y adaptabilidad a diferentes contextos proviene de su indeterminación semántica. La controvertibilidad del significado de estos términos fundamentales es lo que hace que el concepto jurídico de persona sea argumentativo.

Gallie (1959) señaló que una característica de los conceptos esencialmente controvertidos es el de ser argumentativos. Esto es, que es posible que dos o más hablantes o hermeneutas sostengan interpretaciones diferentes acerca de su alcance semántico y de las consecuencias prácticas de las decisiones teóricas. Esta pluralidad de posiciones se traduce en que cada uno de los hermeneutas pretenda lograr la supremacía de su interpretación y, por lo tanto, ofrezca argumentos para rebatir a su contrincante.

En el caso del concepto jurídico de persona, para poder señalar de qué manera se debe concretar la dignidad que le pertenece de manera inherente, cómo optimizar la autonomía o cómo garantizar la inviolabilidad es necesario comprender el concepto de la manera más dinámica, real y comprehensiva posible. Las definiciones estáticas, ficticias y

[7] El sentido amplio obedece a que incluye tanto a las posturas jusnaturalistas que confían en un vínculo necesario entre el derecho positivo y la moral, como a las no positivistas que consideran que dicho vínculo puede o no darse.

puramente normativas pueden ser muy útiles para no incurrir en debates, pero corren con la desventaja de ser inútiles para resolver problemas empíricos.

El desafío que propone el concepto jurídico de persona como esencialmente controvertido, es el de redoblar la carga argumentativa. Definir "humanidad" o "dignidad" como notas esenciales de la persona, no aporta certeza. Pero ello no debe ser visto como un inconveniente sino como la apertura al debate, a la discusión y a la posibilidad de innovar en pos de obtener mejores resultados jurídicos.

A la altura de este desafío de la práctica profesional, se encuentra el de la enseñanza universitaria que debe capacitar a sus estudiantes y egresados para que puedan comprender la necesidad de argumentar, a lidiar con la incertidumbre y a buscar las potenciales interpretaciones dinámicas de un concepto con el cual, al decir de Austin (1991), hacemos cosas con las palabras.

Como señala Barnett (2000), la educación universitaria no se trata, simplemente, de enfrentar teorías o ideas, exponerlas de manera magistral y simplemente aseverar la existencia de juicios muy diferentes acerca de una misma situación. Por el contrario, se trata de que comprender que las estructuras con las que se comprende el mundo, las propias prácticas y el ambiente son en sí mismas impugnables. La educación superior exige una pedagogía con un triple propósito educativo: 1) el de generar inquietud epistemológica y ontológica en los estudiantes, 2) el de capacitarlos para que se sientan cómodos en un ambiente caracterizado por la inseguridad cognoscitiva y experiencial y 3) el de prepararlos para que hagan sus propias contribuciones a la sociedad y sean sensibles ante la impredecibilidad e incontrolabilidad de las consecuencias de sus discursos y prácticas.

Los conceptos huidizos y heteróclitos, complejos y multidisciplinares requieren de la atención profunda de los académicos, el compromiso con la imposibilidad de comprenderlo todo y, a la vez, con la necesidad buscar elementos amplios provenientes de otras disciplinas.

El viraje que ha dado el nuevo Código Civil y Comercial hacia un concepto de persona humana sin definición jurídica, relacional con la realidad, complejo por cuanto requiere comprender la integralidad del ser humano, inabarcable exclusivamente por el Derecho, exige la respectiva adaptación de la academia para su enseñanza. En tal sentido, no puede continuarse la educación a partir del concepto positivista sin ponerlo en tela de juicio.

Carlos Lista (2000), en su reflexión acerca de las prácticas de enseñanza del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba, destacó dos cuestiones que son centrales. La primera de ellas afirma que la construcción de los objetos de la enseñanza jurídica se encuentra condicionada por la vigencia del modelo teórico juspositivista. A ello cabe agregar que, si bien discursivamente el positivismo pareciera haber sido superado en las universidades, lo cierto es que en algunos conceptos y prácticas de enseñanza (como ocurre con el de "persona") aún sigue vigente y con gran fuerza.

La segunda cuestión que destaca el sociólogo del Derecho es que los objetivos de la enseñanza jurídica son condicionados por la existencia de perspectivas teóricas que incorporan conocimientos provenientes de otras disciplinas ajenas a lo jurídico. Desde el punto de vista de la ortodoxia positivista, estos aportes son considerados espurios y extraños a lo jurídico y, por lo tanto, a-jurídicos, impuros y jurídicamente no pensables. Esta idea, clave en la construcción de la teoría jurídica principalmente desde Kelsen hasta hoy, separa al Derecho de todo otro saber, genera compartimentos estancos en esta ciencia y la aísla respecto de otras disciplinas. El mayor efecto que tiene, de esta manera, es el de multiplicar el mundo: uno real y uno por cada ciencia que necesite conceptos. La persona puede existir en el mundo real, pero para el Derecho solo existe conforme la defina el ordenamiento jurídico.

Y ¿de qué sirve enseñar un concepto desde la interdisciplina en las universidades? Si las casas de altos estudios tienen el deber de formar profesionales que satisfagan las necesidades del medio de la mejor manera posible, si los operadores del Derecho deben ser, no meros practicantes de mandatos ya impuestos, sino actores innovadores del mundo jurídico, entonces, tampoco pueden soslayar la necesidad de formar técnicos con capacidad crítica y comprehensiva de los fenómenos complejos y no meros acatadores de

recetas normativas. Agulla (1991) ha resaltado la razón prospectiva por su función de controlar u organizar el cambio.

Ella incorpora la evaluación histórica, pero la supera al elaborar el modelo al cual se quiere llegar. Para que el objetivo sea asequible, esta razón tiene que estar encarnada en una inteligencia decidida, lógica y coherente, capaz de jugarse en el acto de conocimiento, ya que la meta quizás nunca se alcance totalmente, pues siempre se puede más de lo que se cree, aunque menos de lo que se desea (Agulla, 1991: 59).

El concepto jurídico de persona como esencialmente controvertido

Como señala Viola (2015), el concepto de persona no escapa a una problemática general del Derecho: mientras los juristas aspiran a lograr un lenguaje técnico que sea lo más unívoco y preciso posible, sus esfuerzos rara vez son exitosos. En ese marco, Hohfeld (1991: 38) agrega como dificultad que la terminología jurídica frecuentemente se encuentra con el desafío de superar el hecho de que muchas de las palabras técnicas, en su origen, solo eran aplicables a cosas físicas y tangibles. De allí que "su uso en conexión con relaciones jurídicas es, hablando estrictamente, figurativo o ficticio". En esta escena, los juristas han cedido, así, a la tentación de centrar su actividad en los textos normativos antes que en la situación disposicional de la sociedad y, para ello, han acabado por identificar ambos elementos. "[El jurista] Finge que la disposición social es lo que las leyes escritas dicen que debe ser; y de ese modo obtiene un beneficio: la autoridad del legislador queda ideológicamente reforzada y el panorama del derecho ofrece esa imagen de solidez, de coherencia y de seguridad que con tanto énfasis ha sabido difundir la dogmática tradicional" (Mendonca y Guibourg, 2004: 39). A esta realidad no escapa el concepto de persona.

La indeterminación suele despertar múltiples opiniones, como por ej. que conceptos amplios acaban por ser vacíos o cuasi-vacíos de contenido (crítica que suele recaer sobre el término "dignidad"), que resultan inútiles para resolver conflictos (como por ejemplo, el caso de la "inviolabilidad de la persona") o que son una puerta para la arbitrariedad más que para la discrecionalidad judicial (como es el caso del deber del Estado de respetar y garantizar los proyectos de vida individuales). Para no caer en un extremo escéptico, al menos se puede afirmar que, en el marco de un Estado de Derecho, se genera una especial carga de justificación para los intérpretes y que, además, existe alguna asociación entre abstracción, controvertibilidad e indeterminación que, en lugar de constituir un vicio, como se ha mencionado anteriormente, resulta ventajosa si se la vive con responsabilidad (Iglesias Vila, 2000 y 2002).

Gallie (1959), como se mencionó antes, expuso que en las disciplinas sociales y humanas existe un conjunto de conceptos cuyo campo semántico es indeterminado y respecto de los cuales las disputas son genuinas. Dado que no tienen una solución a su problema significativo, su riqueza se encuentra en los esfuerzos argumentativos que requieren por parte de los intérpretes. Este autor destaca que, ante la variedad infinita de controversias semánticas, las posiciones de cada intérprete evidencian dos dimensiones: una defensiva y otra agresiva. Ello, dado que, por un lado, aspiran a presentar los argumentos sobre los cuales se sostienen, es decir, por qué son más correctas que otras, mientras que, por el otro, pretenden destacar lo erróneo o incorrecto de las demás interpretaciones en comparación con la propia propuesta, o sea, aspiran a derrotar a los sentidos adversarios. Es decir, esta nota de "argumentatividad" se funda en que un concepto esencialmente controvertido involucra un debate respecto del uso adecuado del término y de sus implicancias y, por lo tanto genera una competitividad en una disputa en la cual cada opción semántica pretende haber identificado el uso correcto del término y trata de ofrecer argumentos para mostrar que las opciones rivales son incorrectas —por ej. una discusión respecto de si se viola la autonomía personal cuando el Estado interfiere en el plan de vida o si es posible que dicha intervención pueda ocurrir en pos de asegurar la libertad—.

Así, en el marco de la controversia se contribuye a su definición por cuanto estos conceptos encierran una dimensión dialéctica que demanda la justificación de una posición —por ej. la argumentación respecto de por qué se considera indignante y violatorio de la persona humana un embargo de determinados bienes considerados

básicos o un embargo ilimitado o más allá de cierto porcentaje de los ingresos— (Gallie, 1959, Iglesias Vila 2002 y Waldron, 1994).

La persona y el derecho[8]

Comenta Francesco Viola (2015) que la concepción jurídica moderna de la persona se destaca respecto de la propia de la Antigüedad por poner en un primer lugar la subjetividad. Precisamente, en el pensamiento de los antiguos griegos y romanos, el equilibrio regulativo surgía de la naturaleza de las cosas y, por lo tanto, realizar una acción justa consistía en dar a cada uno lo suyo conforme a la medición de una equivalencia de bienes, ya sea en un contrato o por el deber de restablecer el orden perturbado por un hecho ilícito.

¿Cómo se llega en la Modernidad a considerar que la persona es un "sujeto de derecho"? Para Grocio, derecho no es más la *res iusta*, sino aquello que llama *facultas* o *qualitas moralis*. De esta manera, el derecho se desplaza de la naturaleza de las cosas al poder del sujeto. El derecho se convierte en una potestad de la persona en sus relaciones con las cosas y con otros sujetos. Esta relación puede consistir en un poder sobre sí mismo (*potestas in se*, es decir, la libertad) o en un poder sobre otros (*potestas in alio*, como por ej. la patria potestad) o en un poder sobre las cosas (*potestas in res*, por ejemplo, la propiedad).

Para Viola, esta consideración acerca del individuo como aquel que posee una potestad en su relación con los demás sujetos y cosas implica la equiparación entre libertad y propiedad. El tipo de relación, en una como en la otra, es idéntica en tanto se trata de una relación de dominación. Ser libre significa tener el señorío de los propios actos. La apropiación de las cosas es expansión de la libertad.

En el marco de este espectro de relaciones entre sujetos y cosas, la persona se coloca como independiente de los otros y como superior respecto de los objetos. A partir de esa independencia de la persona y la equiparación entre las autonomías de los individuos surge la idea moderna de la igualdad entre los sujetos abstractamente concebidos como centros de poder.

De la estructura antropológica de la subjetividad se deducen los derechos naturales. Esta estructura es pensada a la luz de la fusión entre libertad y propiedad.

Como se ha dicho antes, en el individuo moderno, la relación inmanente en la persona no es interpersonal necesariamente sino solo dominativa, es la relación entre un sujeto y un objeto. Pero, a medida que la relación intersubjetiva es necesaria para la vida social y política, se torna necesario generar algún tipo de asociación, no ya por naturaleza sino por convención fundada en una decisión racional. Esta es la razón subyacente del contractualismo como una teoría de la legitimación de la autoridad política respecto de los individuos separados y por naturaleza, al menos potencialmente, en conflicto.

Finalmente, de aquel individuo formalmente igual respecto de sus pares, se ha pasado a la actualidad jurídica, signada por el regreso de los estatus, tal como acontecía en el derecho romano, pero ahora de otra manera. Hoy en día se es mujer/hombre, niño/adolescente/adulto, progenitores/hijos; contrayentes/cónyuges/unidos civilmente; occidental/de un pueblo originario, ciudadano/nacional/extranjero, trabajador/desocupado/empleado/cuentapropista; consumidor/proveedor, legitimado pasivo/legitimado activo; demandante/demandado; gobernante/gobernado; entre otros. ¿Se ha vuelto a dar preminencia a los roles ejecutados en los escenarios jurídicos?

El cambio de la semántica del concepto jurídico de persona

Anteriormente se ha mencionado que ha cambiado el concepto jurídico de persona en la Argentina y que ello es un hecho trascendental a nivel ordenamiento jurídico. ¿Por qué? ¿Cuál ha sido el cambio? ¿A qué se debe su relevancia? Para poder responder estos interrogantes, es necesario detenernos en algunas cuestiones previas.

A nivel de la teoría general del derecho, el de persona es calificado como uno de los conceptos jurídicos fundamentales. A su vez, la definición estandarizada y que, en

[8] En este apartado se sigue a Viola, 2015.

principio, se presenta como general y universal señala que la persona es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Esta visión, inspirada en el más extremo positivismo jurídico, nace en las antiguas Roma y Grecia en donde la persona era, en realidad, una tecnología corporal utilizada en los teatros para aumentar el volumen de la voz del personaje que representaba un actor. Así, la metáfora habría sido receptada en el derecho romano para destacar la separación entre el ser humano que ejecuta las acciones y el rótulo que le es puesto en el marco de un escenario específico.

La expansión del derecho romano a lo largo del mundo y de la historia ha provocado que el concepto subsista en las teorías jurídicas actuales y muchos de los códigos civiles actualmente vigentes.

De esta manera, como puede notarse, el concepto jurídico de persona puede ser analizado en dos planos, al menos. El primero de ellos es el nivel legal, es decir, cómo los ordenamientos jurídicos definen este término. El segundo es el teórico-filosófico, esto es, desde qué perspectiva metodológica y epistemológica los estudiosos y operadores del derecho se aproximan a la persona y desde la cual la definen. Como veremos a continuación, no es lo mismo una definición juspositivista que jusnaturalista, realista que idealista, etc.

En el plano teórico, podemos notar que aún en muchas universidades se sigue enseñando el concepto jurídico de persona desde la visión positivista, ya sea a través de la *Teoría Pura del Derecho* explícitamente que dedica algunas páginas a depurar las características humanas del centro de imputación normativa, o a través de otras obras que reiteran aquel concepto.

A nivel legislativo, es donde se puede encontrar el mayor cambio. Como se ha mencionado antes, hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la definición del concepto jurídico de persona se encontraba explícita en el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield. Claramente, el hecho de incluir una definición expresa permite notar la inspiración teórica desde la cual se parte: el derecho crea mediante definiciones lo que es, no hay un dato de la realidad previo que permita entender qué es la persona. Para ser más claro aún respecto de la inspiración positivista, el antiguo Código Civil, en su artículo 30, establecía que "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones".

Asimismo, mientras esta concepción positivista y estricta que destacaba que la persona solo es un centro de imputación normativa, sin más derechos que los conferidos por el orden jurídico y que debe prescindir de toda otra consideración extra-jurídica, en otras normas aparecía (y aún aparece) el mismo concepto con un sentido completamente distinto. Es el caso, principalmente, de las normas que consagran derechos y, en particular, de los tratados internacionales de derechos humanos.

En el ámbito jurisprudencial, en 1993, la Corte señalaba: "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"[9]. De esta manera, marcaba un antecedente importante que muestra la comprensión de algún vínculo entre el concepto de persona y el ser humano. Esta cita ha sido una base importante en la reforma reciente del Código Civil y Comercial.

No obstante, la dualidad semántica tan contrastante y contradictoria no ha sido resaltada y puesta en tela de juicio por académicos, doctrinarios u operadores jurídicos.

El nuevo Código Civil y Comercial carece de definiciones acerca de qué debe entenderse por persona. Esto implica que sea posible deducir en qué consiste este término a partir de la propia experiencia humana de ser persona. Los "Fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial"[10]:

> Pese a que en este Proyecto se han insertado definiciones en todos los casos en que se consideró necesario, no se conserva la que el Código Civil vigente trae en su

[9] "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar". CSJN, 06/04/1993.

[10] El documento se encuentra disponible en http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF

> artículo 30; se abandonó incluso la idea de sustituirla por otra más apropiada. Es que la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. Es la noción de persona que alberga la Constitución Nacional desde su misma sanción en 1853, la que proviene de sus fuentes desde la asamblea de 1813, y la que fue ratificada con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de las convenciones y tratados de derechos humanos en el texto que rige a partir de la reforma de 1994.[11]

Además de este punto, es decir, de la carencia de una definición del concepto jurídico de persona, cabe resaltar dos cuestiones complementarias. La primera es que el Código sí define a las personas jurídicas (art. 141). La segunda es que en lo demás, habla de personas o personas humanas. Esto deja ver que el nuevo criterio semántico se encuentra ligado a la realidad.

Aún más, el artículo 51 CCyC, señala que la persona humana es inviolable y con derecho al reconocimiento de su dignidad. En otro artículo, el 1738, reconoce el derecho de las personas a su autonomía a partir de poder definir su propio proyecto de vida. Este detalle no es menor por cuanto inscribe a la legislación en un paradigma que enfatiza en el individuo como tal y no mera y exclusivamente como un miembro de un cuerpo político. Esto último es traído a colación por su coincidencia con los tres principios que señala Nino (1989) respecto del sustento de la base filosófica de los derechos humanos.

Como puede anticiparse, para poder concretar normativamente el concepto jurídico de persona e interpretarlo, es necesario realizar primero una opción filosófica. Como señala Jeréz (2016) no se elige tener o no filosofía; esta simplemente se tiene. A qué escuela se adscribe, en qué principios se confía y demás, puede ser una elección del propio individuo o de la casualidad. De una u otra forma, es necesario ser consciente de las consecuencias prácticas de la doctrina filosófica que se tenga. Teorizar sobre los conceptos, pensar la realidad, actuar en el mundo, construir palabras y pronunciarlas no puede ser un mero recreo academicista sino que todas estas acciones exigen un compromiso epistemológico.

> No es lo mismo acción que práctica: la práctica no consiste simplemente en actuar, sino en percibir los efectos de lo que hacemos, acumular experiencias semejantes ante conductas repetidas y perfeccionar nuestras acciones futuras a medida que aprendemos de esa experiencia. La práctica es el sedimento que queda en la memoria de nuestras acciones: un conjunto de criterios aplicables a situaciones futuras y semejantes (Guibourg y Mendonca, 2004: 23)

Derecho internacional y otros códigos civiles

En general, los diferentes tratados de derecho internacional público sobre derechos humanos dan por sentada la sinonimia entre lo humano y la persona. Ejemplos de ello se pueden encontrar en los Preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, del Pacto de San José de Costa Rica y de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; en los considerandos de la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en el artículo 6° de este último y en el artículo 1° del Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales (en el sistema europeo), entre otros.

Asimismo, en los códigos civiles de los distintos Estados se puede encontrar normas que equiparan automáticamente como sentido focal del concepto jurídico de persona al de ser humano.

El Código Civil alemán distingue entre la persona natural y la persona jurídica. En el Libro 1, Sección 1 (Personas), Título 1 (Personas naturales, consumidores y

[11] http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF

empresarios), sobre la primera directamente comienza por señalar que tiene capacidad de derecho a partir del momento en que finaliza el nacimiento (art. 1). Ello podría aún dar lugar a pensar que otros seres vivientes que atraviesen la instancia del nacimiento podrían ser considerados personas, como por ejemplo, los animales. No obstante, si se continúa por observar el resto de las disposiciones, los animales tienen su propia sección (la número 2) dentro del mismo libro, la cual se titula: "Cosas y animales". En el artículo 90, se explicita que los animales no son cosas y que están sometidos a la regulación mediante leyes especiales[12].

El Código Civil de Brasil, en el Libro I (De las personas), Título I (De las personas naturales), Capítulo I (De la personalidad y de la capacidad), señala que las personas son capaces de derechos y deberes (art. 1) y que la personalidad civil comienza con el nacimiento (art. 2). A diferencia del Código alemán, no incluye un apartado destinado para los animales y claramente los considera un objeto. Esta última afirmación puede constatarse en los artículos 442 (inc. 2°) que menciona a los animales como objetos de venta, 964 (inc. IX) que los menciona como objetos sobre los que recae un privilegio especial, 1313 (II) como una de las cosas de las que puede apropiarse el vecino que tiene derecho a ingresar al predio de un propietario u ocupante, 1397 que los ubica entre los frutos de los que puede gozar un usufructuario y 1442 a 1447 que los toma como objetos susceptibles de ser prendados. Estos tratamientos son incompatibles con los derechos personalísimos, es decir, aquellos de los que gozan las personas y que se enuncian en el Capítulo II, Título I, Libro I[13].

Criterio semejante adopta el Código Civil boliviano que, en el Libro Primero, Título I (De las personas individuales), Capítulo I (Del comienzo y fin de la personalidad), establece que el nacimiento es el hito que marca el inicio de la persona individual (es decir, no una colectiva, de existencia ideal o jurídica). Los animales aparecen como objetos en los artículos 83 (como frutos naturales de una cosa), 141 (susceptibles de ser cazados y pescados) y 996 (como cosas que, en caso de generar daños, despiertan la responsabilidad objetiva en cabeza de sus dueños).

El Código Civil de Costa Rica señala que las personas físicas comienzan a partir de su nacimiento y son portadores de los derechos de la personalidad que establece el Título II, Capítulo I. Estos derechos son incompatibles con las regulaciones que recaen sobre las personas de existencia ideal, objetos o animales (son considerados frutos, potencialmente a ser destruidos si pudieran ser riesgosos o dañinos y sujetos a dominio, ver artículos 288, 314, 315, 488, 494, 495, 496 y 504, entre otros). De allí se deduce que las personas físicas son seres humanos.

En esta línea, es decir, el de definir a la persona a partir de su nacimiento y como portadora de ciertos derechos que son incompatibles con el tratamiento que la normativa le da a los animales, objetos o personas jurídicas, se encuentran otros códigos como el guatemalteco[14] (ver arts. 1, 455, 512, 600, 605 y ss., 656 y ss., 680, 737, 1566 y ss. y 1669), el hondureño (ver arts. 51, 604, 635, 661 y ss., 767, 795, 813, 1105, 1650 y ss., 2239), el mexicano (ver arts. 22, 750, 854 y ss., 888 y ss., 2150, 2471, 2646, 2752 y ss.) y el paraguayo (ver arts. 28 —allí la concepción es el momento de inicio de la personería—, 1633 y ss, 2030, 2033, 2257, 2258, 2287 y 2332).

El Código Civil cubano, si bien solo define a las personas naturales por nacer y morir (art. 24), en el artículo 38, remite a los derechos personalísimos que figuran en la Constitución. Esta norma suprema, cuando menciona a la persona, lo hace siempre como sinónimo de hombres y mujeres[15].

---

[12] Las traducciones son hechas por la autora del artículo. Código Civil de la República Federal de Alemania. Disponible en http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/ Consultado el 20/06/16.

[13] La traducción pertenece a la autora del artículo. Código Civil de la República Federal de Brasil. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Consultado el 21/06/2016.

[14] Código Civil de Guatemala. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Guatemala.pdf. Visitado el 21/06/2016.

[15] Constitución de la República de Cuba. Disponible en http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm. Visitado el 21/06/2016.

El Código Civil peruano, en su artículo 1, establece que la persona humana es sujeto de derechos.

El Código Civil chileno, en su artículo 25, dispone la sinonimia entre las palabras hombre, persona, niño, adulto u otras que se apliquen a individuos de la especie humana. El artículo 55 define a la persona como individuos de la especie humana. Lo mismo realizan el Código Civil colombiano[16] (arts. 33 y 74), el ecuatoriano (arts. 20 y 41), el panameño (art. 38), el uruguayo (art. 21), el venezolano (art. 16) y el salvadoreño (arts. 25 y 52).

La concepción positivista en otros códigos civiles

El concepto jurídico de persona de la concepción juspositivista encuentra sus orígenes en las antiguas Grecia y Roma, donde la máscara teatral llamada "persona" se identificaba con el rol que ejercía el actor según el papel que le tocara interpretar. De allí deviene la idea de que cualquier ente, mientras juegue un rol jurídico según las normas, puede ser susceptible de ser calificado como persona.

Lo anterior implica que no importa qué se sea, si un ser humano, un animal, una empresa, un organismo público o una piedra, mientras una norma atribuya derechos u obligaciones, se es persona en el sentido jurídico del término.

Esta definición de persona como un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones aparece en algunas codificaciones actuales como por ejemplo, en el Código Civil griego, donde aún puede verse la palabra "πρόσωπον" (art. 35)[17]. También aparece en el Código Civil de Nicaragua[18] (art. 1) y en el hoy derogado Código Civil argentino (art. 30), tal como se ha dicho[19].

Cabe destacar que este concepto positivista brinda un campo semántico amplio del concepto de persona pero no un criterio de definición o de identificación *a priori*. En tal sentido, una persona lo es en tanto aparece como sujeto obligado o como sujeto de derechos en una norma jurídica. Por ende, para saber quién es o no persona, es necesario revisar cada norma jurídica del ordenamiento.

El riesgo que encierra esta concepción es que el fundamento de los derechos es endeble, es decir, estos acaban por depender de la voluntad de las autoridades normativas y, por lo tanto, en buena medida están sujetos a cuestiones políticas.

Los Códigos comentados

Los manuales de derecho son en general textos que compendian las normas jurídicas, las interpretaciones dominantes y las principales líneas jurisprudenciales sobre un tema. A la hora de ejercer la profesión, muchos de esos textos vuelven a ser consultados y citados por los operadores jurídicos. De allí que resulten fuentes de vital relevancia para conocer cómo la enseñanza impacta e impactará en los profesionales (González y Cardinaux, 2010b: 257). A partir de esta idea, una sencilla consulta de los principales códigos comentados que se han publicado en el último año, permite diagnosticar, al menos preliminarmente, cómo se ve el cambio del concepto de persona.

El Código Civil y Comercial comentado a cargo de cuya dirección se encuentra el Dr. Lorenzetti[20] no posee ninguna referencia respecto del cambio del concepto jurídico de persona, es decir, no destaca la ausencia del viejo artículo 30 ni siquiera en la sección dedicada a la relevancia de la reforma. En cuanto al análisis del artículo 51, sobre inviolabilidad de la persona humana, no incluye ninguna referencia sobre la esencia humana o cómo esta operaría como fundamento para la protección integral. Sí, no

[16] Código Civil de Colombia. Disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html. Consultado el 21/06/2016.
[17] Código Civil de Grecia. Disponible en http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikes/ Consultado el 23/06/2016.
[18] Código Civil de Nicaragua. Disponible en www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Nicaragua.pdf. Consultado el 23/06/2016.
[19] Código Civil de la República Argentina (actualmente derogado). Disponible en www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm. Consultado el 23/06/2016.
[20] Las partes pertinentes del Código corresponde a los comentarios de Saux, 2014 y Crovi, 2014.

obstante, destaca que la dignidad es el concepto madre a partir del cual se desprenden las diferentes instituciones tutelares de los derechos personalísimos. Cabe destacar que el concepto de dignidad es sumamente abierto y controvertido. Si bien es muy útil y constantemente utilizado, cómo concretarlo y con qué extensión son tópicos de debate incesante. En tal sentido, el autor de la sección dedica varios párrafos a la dignidad como fundamento de los derechos humanos, no esboza ningún tipo de problematización sobre lo vacío o amplio de este término. Solo aparece un leve criterio cuando destaca que la introducción de la idea de dignidad se vincula con la despatrimonialización del concepto de persona a partir de una visión humanista que no contemple solo los derechos de propiedad sino también otros como la intimidad (Saux, 2014: 275-279).

Dentro de esta obra sí es importante destacar que en el comentario sobre el artículo 141, destinado a conceptualizar a las personas jurídicas, se señala: "son sujetos de derecho las personas humanas y las personas jurídicas. Los primeros no necesitan definición…" (Crovi, 2014: 573). También, en otro segmento, el comentarista destaca: "El hombre, la persona física, es una realidad con la que ha de contar el Derecho como algo inmediato y de insoslayable consideración. La persona jurídica, por el contrario, ni se la ve ni se la toca; se nos presenta con los signos de una entelequia jurídica" (Crovi, 2014: 574). No obstante, el autor solo destaca de esta idea que el nuevo código ha dejado de lado denominaciones inútiles o clasificaciones inconducentes ya que unifica en la categoría "persona jurídica" toda entidad jurídica que no es una persona humana.

Por su parte, el Código comentado dirigido por Bueres (2014: 15)[21] indica que "el nuevo Código Civil y Comercial utiliza la denominación "persona humana" estableciendo su existencia desde la concepción (art. 19), y posterga la protección del embrión no implantado a la regulación de una ley especial". Además, en el comentario destinado al artículo 51, solo se menciona la incorporación en la legislación civil y comercial de la dignidad. Finalmente, en los párrafos destinados al artículo 141, se destaca la eliminación del concepto genérico del concepto de persona de la siguiente manera: "Al otorgarle contenido al concepto de persona, el legislador tuvo como única finalidad señalar quiénes podían ser sujetos de derecho. Es decir, a quiénes consideraba sujetos de derecho el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta conceptualización los términos claves son "entes susceptibles" y "adquirir". El primero hace referencia a todo ser (ente y ser tienen el mismo significado) con capacidad para adquirir derechos y obligaciones" (Bueres, 2014: 153.)

El Código editado y publicado por INFOJUS[22] se suma a destacar la incorporación de la dignidad que posee la persona por el hecho de ser persona humana. Dice: "Al otorgarle contenido al concepto de persona, el legislador tuvo como única finalidad señalar quiénes podían ser sujetos de derecho. Es decir, a quiénes consideraba sujetos de derecho el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta conceptualización los términos claves son "entes susceptibles" y "adquirir". El primero hace referencia a todo ser (ente y ser tienen el mismo significado) con capacidad para adquirir derechos y obligaciones" (Lamm, 2015: 126). A continuación, destaca que la dignidad implica que un sujeto se respete a sí mismo y sea respetado por los demás. Finalmente, dedica un apartado a describir los pasajes de tratados internacionales en los que aparece la dignidad.

En cuanto al Código Comentado dirigido por Medina y Rivera[23], tampoco destaca el nuevo concepto jurídico de persona aunque sí dedica algunas líneas al vínculo entre ser humano y dignidad. De esta manera, dice que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado persona, a no ser perjudicado en su existencia y dignidad. Resulta paradójico que, por ejemplo, en otro apartado cite a Bidart Campos para subrayar el valor de la persona en el ordenamiento jurídico. Esto es, se recurre a una cita anterior a la reforma del código y que, por lo tanto, se origina en el marco del concepto positivista en el ordenamiento jurídico argentino. En tal sentido, o bien la cita habría contrariado el concepto civilista (algo que no se destaca en el código comentado)

[21] Bueres es, además del director de la obra, el comentarista del artículo bajo análisis.
[22] La comentarista es Lamm, 2015.
[23] El comentario corresponde a Olmo, 2014.

o bien el respectivo valor intrínseco de la persona no se funda en la esencia humana sino en el ser el centro de imputación normativa (Olmo, 2014).

Resulta interesante en aquellas obras que no destacan el cambio de concepto pero que sí celebran la incorporación de la idea de dignidad que dan por sentado el vínculo entre "persona" y dignidad y que, aún en el Código Civil, la no aparición de la inviolabilidad de la persona era una carencia, aun cuando claramente la definición genérica no contemplaba la asociación ser humano/persona.

La formación general y el consumo ostentoso en la academia

En el mismo sentido que los códigos comentados mencionados, en un artículo destinado a analizar el impacto de la nueva legislación en la educación, Hassel (2015) comenta el artículo 51 a partir de enfatizar el triunfo de la incorporación del concepto de dignidad en la legislación civil y comercial como fundamento de derechos. No obstante, nada señala acerca de lo novedoso del concepto jurídico de persona y su vínculo con la esencia humana. Tampoco se menciona que se ha dejado atrás la concepción positivista y el contraste que ello provoca con la teoría general del derecho. Es decir, no analiza de qué manera este nuevo concepto impacta en la educación. ¿Hemos dado por sentado siempre que la persona por antonomasia es la persona humana? Si fuera así, ¿por qué nunca se destacó la incongruencia del viejo concepto civilista? Si no fuera así, ¿por qué no se destaca el actual articulado?

En buena medida la respuesta a las anteriores preguntas puede encontrarse en un análisis de las formas en las que se estudia el derecho en general. Cada asignatura pareciera ser un compartimento estanco frente a otras, algunas de ellas son caracterizadas como troncales y otras no troncales, algunas son prácticas y otras teóricas y dentro de estas últimas se suele distinguir entre las útiles para la práctica y las no útiles, las "troncales" de las "no troncales", las jurídicas de las no jurídicas.

Como señalan González y Cardinaux, estas clasificaciones de los espacios curriculares hablan sobre la concepción del Derecho desde la cual se parte. Si bien existen asignaturas que están basadas en disciplinas no jurídicas, como es el caso de la filosofía del Derecho, la Sociología jurídica, la Economía Política, la Antropología jurídica, la Psicología Legal, entre otras, su objeto de estudio es jurídico y por lo tanto no pueden ser consideradas extrajurídica. Ello, al menos que se parta del presupuesto de que toda mirada hacia el Derecho que trascienda la norma positiva es no jurídica, tal como lo hubiera hecho Kelsen (2010a: 34).

Si efectivamente la enseñanza universitaria pretende ir más allá del positivismo jurídico y formar profesionales que puedan ir más allá de la mera normatividad, entonces, la consecuencia lógica de esta aspiración es la de fomentar el espíritu crítico y las miradas más allá de las prescripciones positivas.

Boaventura de Souza Santos (2005) señala la existencia de una crisis de hegemonía en las universidades que consiste en la contradicción entre la función clásica generalista, humanista, de generación de alta cultura de la universidad tradicional y la exigencia moderna de formación de conocimientos instrumentales. Bajo este paradigma, todo aquello que tienda hacia una formación general, interdisciplinaria, humanista, pero no aplicable inmediatamente a lo que se concibe como la verdadera práctica profesional, es atribuido a una suerte de consumo ostentoso (Veblen, 2009).

Así, nuevamente, para traer a colación a Cardinaux y González, los docentes de ciencias sociales que dictan materias en las carreras de Derecho, frecuentemente se enfrentan a preguntas tales como qué tiene que ver el análisis del lenguaje con el Derecho, qué relación guarda la teoría de la estratificación social con el Derecho o para qué le sirve saber sociología o historia a un abogado.

> Esta orientación encuentra soporte argumentativo en la supuesta necesidad de que el abogado conozca el Derecho que efectivamente va a practicar, no requiriendo que lo relacione con otra área social, que juzgue críticamente las condiciones de producción o de aplicación ni que se interrogue acerca de cuál es su función en el proceso de hacer justicia (Cardinaux y González, 2010: 101).

Las carencias de un abordaje interdisciplinario que revelen las virtudes e insuficiencias del sistema normativo se manifiestan en diferentes producciones

académicas y profesionales. A efectos de realizar un pequeño ejercicio, si se observa en el repositorio de trabajos finales de carreras de grado de la Universidad Nacional de La Pampa[24], en 195 trabajos aparece mencionado el concepto de persona. Solo 40 de estos trabajos pertenecen a estudiantes de la carrera de Abogacía y han sido presentados con anterioridad a la reforma del Código. Estos trabajos pertenecen a distintas ramas del núcleo "jurídico" o "troncal" del Derecho (Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo y Derecho Internacional). A pesar de haber sido elaborados durante la vigencia de dos sentidos del concepto jurídico de persona, esto es, aquel que lo relaciona con el concepto cotidiano y que prepondera en los tratados de derecho internacional y en las ramas del Derecho Público, por un lado, y aquel positivista del Código Civil que regía todas las materias, en ninguno de estos trabajos se pone en cuestión o siquiera se menciona la contradicción entre conceptos. Lo notable es que la dualidad de conceptos, aun cuando aparece en algunos de estos trabajos, no es percibida por sus autores, ni siquiera en aquellos que se enmarcan en el derecho civil.

Por su parte, el Consejo de Decanos también se ha hecho eco de la necesaria interdisciplinariedad en el documento "Aporte al diseño de estándares de acreditación para la carrera de Abogacía: contenidos curriculares básicos, carga horaria mínima, alcances del título"[25]. Allí se señala que los planes de estudio deben promover: "(a) la comprensión de la teoría, de la filosofía y de las diversas áreas del derecho; y sus instituciones" y que el perfil del egresado debe contemplar capacidades para conocer sustancialmente el Derecho positivo, de desempeñarse de manera humanística y ética y para reconocer la apertura hacia otros campos de conocimiento, entre otras. No obstante, a la hora de definir las instancias de formación, se separan tres grandes áreas:

1) la de formación general e interdisciplinar, que comprende al conocimiento proveniente de otras disciplinas que permiten comprender y analizar críticamente los diversos procesos de producción, aplicación e interpretación del derecho desde distintos enfoques teóricos. "En especial, el área de formación general y complementaria debe tender hacia el estudio del derecho en el marco de los diversos procesos históricos y políticos. Ello, a su vez, debería dar lugar a un ejercicio de la profesión comprometido en el contexto del derecho latinoamericano que presenta déficit en temas tales como los relativos a la inclusión social (que afecta en especial a niños, mujeres, personas con discapacidad, pueblos indígenas y ancianos, entre otros), rupturas constitucionales caracterizadas por violaciones a los derechos humanos y procesos de integración incipientes."
2) la de formación específica, que comprende temáticas específicas de las ciencias jurídicas para "ampliar el horizonte de interpretación del derecho como un constructo y como un campo de tensión en el que se juegan fuertes disputas políticas, económicas, sociales y culturales."
3) la de formación práctica profesional.

Como puede verse, a pesar de reconocer la relevancia de la interdisciplina en el plan de estudios y en desarrollar un perfil profesional que pueda detectar y manejar conocimientos de otras áreas del saber, se incurre en una tajante separación entre conocimientos interdisciplinarios y conocimientos específicos de las ciencias jurídicas. Esto refuerza la idea de poder estudiar específica y aisladamente los conocimientos jurídicos. Aun cuando se manifiesta la utilidad de la interdisciplina, se insiste en que esta es un auxiliar y no una forma holística de comprender el derecho como un producto cultural, social y complejo.

Consideraciones finales

Este trabajo ha pretendido señalar que existen conceptos jurídicos que no pertenecen solo al ámbito del Derecho y que, de hecho, exceden ampliamente el alcance

[24] Estos datos son tomados del Repositorio digital de acceso abierto de la UNLPam (http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/greenstone/cgi-bin/inicio.htm).

[25] Disponible en http://www.cin.edu.ar/descargas/asuntosacademicos/art.%2043/ABOGACIA/30-06-12%20Abogacia%20-%20estandares.pdf. Consultado el 1/8/2016.

de la mirada exclusiva jurídica. Uno de ellos es el de persona. Tradicionalmente, el Código Civil argentino ha adherido a la visión positivista que plantea, por un lado, que el mundo del Derecho consiste en normas y solo en ellas y, por el otro, que no hay un mundo fáctico relevante jurídicamente fuera de las normas. En tal sentido, una persona es lo que el derecho positivo dice que es, es un centro de imputación normativa. Esta concepción ha cambiado al derogarse dicho Código y dictarse uno nuevo que unificó las materias civil y comercial. Esta nueva norma plantea que la persona humana no requiere definición, es posible identificarla sin recurrir al cuerpo civil y comercial. Esta última concepción plantea una ciencia jurídica impura y relacional, cuyos objetos pueden ser recortados epistemológicamente, pero no comprendidos en su totalidad por una única ciencia.

A pesar del relevante cambio operado a nivel normativo, a nivel teórico aún existen muchas deudas. Las principales obras y juristas si bien celebran la llegada de la nueva normativa, no han destacado este tipo de modificaciones ni han planteado la necesidad de una nueva forma de estudio para adecuarse a este nuevo paradigma civil y comercial.

Aún más, si bien en las casas de altos estudios en las que se enseña Derecho se destaca la necesidad de la interdisciplina, aún se continúa separando tajantemente la teoría de la práctica, como si la primera no tuviera incidencia sobre la segunda y viceversa, y las aproximaciones interdisciplinarias de las específicas del Derecho. Aun los saberes específicos jurídicos no pueden englobar la realidad íntegramente y deben recurrir a la interdisciplina. Una cuestión es una asignatura que se construya clara y eminentemente a partir de dos ciencias, como la Sociología del Derecho o la Filosofía del Derecho, otra cuestión distinta es que una materia pueda ser eminentemente jurídica y nutrirse de otros saberes para abordar su objeto que no deja de ser jurídico. La interdisciplina se encuentra en ambos casos. Ahora bien, si se cree que es posible abarcar conceptos, entre ellos el de persona, solo y únicamente desde la mirada específica jurídica, entonces, es probable que la mirada resulte estrecha y que, en lugar de aproximarse a la realidad, solo se pueda conocer una ficción.

La interdisciplina en la educación universitaria es necesaria para que los futuros profesionales puedan conocer la complejidad de los fenómenos sociales y humanos. Un derecho tiene costos, tiene consecuencias sociales, surge de una historia, es reconocido en un marco político, es un producto antropológico, es obedecido o desobedecido a partir de razones que radican en la psiquis de sus destinatarios, etc. Los operadores jurídicos no son meros estrategas que juegan con normas, sino que se enmarcan en un contexto de mayor amplitud. La interdisciplina no es simplemente un recreo academicista, no es un enunciado que suena correcto sino que implica un compromiso universitario y personal. De lo contrario, algunos fenómenos quedan incomprendidos o, peor aún, mal comprendidos, como es el caso del concepto jurídico de persona. Las aproximaciones teóricas se traducen en decisiones prácticas, en cómo un abogado (sea cual sea el rol que juegue: litigante, defensor, fiscal, juez, asesor, etc.) se aproxima a su caso, en cómo lidia con otros sujetos y en cómo evalúa, interpreta y argumenta en torno a una norma y los hechos jurídicos.

En síntesis: el concepto jurídico de persona posee un campo semántico controvertido e indefinido. Ello no es un problema en sí mismo. Según en qué aspecto se haga hincapié: si en el ser humano o en la definición normativa, se dará un fundamento diferente a los derechos humanos. Estos existirán solo si son reconocidos por las normas jurídicas y serán exigibles únicamente dentro de los límites que estas establezcan. En cambio, si la idea de dignidad o de esencia humana subyacen como fundamento, la existencia de los derechos humanos y sus alcances presentan otras potencialidades y abren de manera constante nuevas posibilidades de exigencias y un marco crítico para el derecho positivo.

El desafío educativo consiste en preparar profesionales que puedan lidiar con la complejidad, que sean capaces de comprender los efectos prácticos de sus opciones epistemológicas en materia de derechos y, en especial, de derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Agulla, Juan Carlos (1991). *El hombre y su sociedad. La formación de la persona sociológica*. Buenos Aires: Docencia.

Austin, John (1991). *Cómo hacer cosas con las palabras.* Traducción de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Buenos Aires/Barcelona/México: Paidós.

Barnett, Ronald. (2000). *Realizing the University in an age of supercomplexity*. Philadelphia: Society for Research into Higher Education y Open University Press.

Beuchot, Mauricio (1998). *La retórica como pragmática y hermenéutica*. Rubí: Anthropos.

Beuchot, Mauricio (2008). *Filosofía y Derechos Humanos (Los derechos humanos).* 6° ed. México: Siglo XXI.

Bordelois, Ivonne (2005). *La palabra amenazada*. 2° ed. Buenos Aires: Libros del Zorzal.

Bueres, Alberto (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Tomo I.* Buenos Aires: Hammurabi.

Bulygin, Eugenio (1987). "Sobre el status ontológico de los derechos humanos". *Doxa* (4) 1987.

Cardinaux, Nancy y González, Manuela (2010a). "Tres crisis de las universidades públicas: su impacto sobre el perfil del estudiante de Derecho". González, Manuela y Cardinaux, Nancy (comp.). *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP*. La Plata: Edulp.

Corominas, Joan (1998). *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*. Madrid: Gredos.

Crovi, Daniel (2014). "Persona jurídica". Lorenzetti, Ricardo (Dir.). De Lorenzo, Miguel y Lorenzetti, Pablo (Coord.). *Código Civil y comercial de la Nación comentado.* Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

De Souza Santos, Boaventura (2005). *La universidad en el siglo XXI. Para la reforma democrática y emancipadora de la universidad*. Buenos Aires: Miño y Dávila, Laboratorio de Políticas Públicas.

Faralli, Carla (2013). *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*. Bari: Laterza.

Ferrater Mora, José (1994/2004). *Diccionario de Filosofía*. Tomo III (K-P). 1° ed. Actualizada. 3° reimp. Barcelona: Ariel.

Gallie, Walter Bryce (1959). "Essentially Contested Concepts". *Proceedings of the Aristotelian Society*. Vol. 56, pp. 167-198.

González, Manuela y Cardinaux, Nancy (2010a). "El plan de estudios: consensos positivos y negativos sobre su reforma". González, Manuela y Cardinaux, Nancy (comp.). *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP*. La Plata: Edulp.

González, Manuela y Cardinaux, Nancy (2010b). "La relación áulica: voces declamatorias, miradas ausentes". González, Manuela y Cardinaux, Nancy (comp.). *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP*. La Plata: Edulp.

Hassel, Guillermo (29/08/2015). "Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en la Educación" *Misiones Online*. http://misionesonline.net/2015/08/29/impacto-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-en-la-educacion/ Consultado el 29/7/016.

Hohfeld, Wesley N. (1991). *Conceptos jurídicos fundamentales*. México: Fontamara.

Iglesias Vila, Marisa (2000). "Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional" *Doxa*. N°. 23, pp. 77-104

Iglesias Vila, Marisa (2002). "La interpretación de la Constitución y los conceptos esencialmente controvertidos" Carbonell, Miguel (comp.). *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Jerez, José Luis (2016). "¿Qué tipo de filosofía elige usted?" Ponencia expuesta en el marco del III Coloquio Internacional de Hermenéutica Analógica y el II Congreso Internacional de Hermenéutica Gadameriana. Buenos Aires, UNSTA. 18 al 20 de mayo de 2016.

Kelsen, Hans (1982). *Teoría Pura del Derecho*. Roberto Vernengo (trad.) Traducción de la segunda edición en alemán. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Lamm, Eleonora (2015). “Derechos y actos pesonalísimos”. Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (dirs.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Título Preliminar y Libro Primero. Artículos 1 a 400*. CABA: Infojus

Lista, Carlos (2000). “La construcción de la conciencia jurídica: los objetivos educativos y la formación del abogado”. Dispobible en https://www.academia.edu/7976450/La_construcci%C3%B3n_de_la_conciencia_jur%C3%ADdica_los_objetivos_educativos_y_la_formaci%C3%B3n_del_abogado. Consultado el 1/8/2016.

Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo (2004). *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Madrid|Barcelona: Marcial Pons.

Nino, Carlos Santiago (1989). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2° ed. Buenos Aires: Astrea.

Olmo, Juan Pablo (2014). “Capacidad”. Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.) y Esper, Mariano (Coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación.* Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

Peces-Barba, Gregorio (1995). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Pérez Luño, Enrique (2010). *Derechos humanos: Estado de Derecho y Constitución.* 10° ed. Madrid: Técnos.

Rodriguez-Toubes Muñiz, Joaquín (1995). *La razón de los derechos*. Madrid: Técnos.

Saux, Edgardo Ignacio (2014). “Derechos y actos personalísimos”. Lorenzetti, Ricardo (Dir.). De Lorenzo, Miguel y Lorenzetti, Pablo (Coord.). *Código Civil y comercial de la Nación comentado.* Tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Schiavone, Aldo (2012). *Ius. La invención del derecho en Occidente*. Germán Prósperi (trad.). 2° ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.

Veblen, Thorstein. (2009). *Consumo ostentoso*. Buenos Aires: Miluno.

Viola, Francesco (2015). “El estatuto jurídico de la persona”. *Derecho y cambio social*. N° 40 Año XII, 2015. Lima, Perú.

Waldron, Jeremy (1994). “Vagueness in Law and Language: some philosophical issues”. *California Law Review*. Vol. 8. N° 3, pp. 509-540.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 111-122
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Para além do discurso dominante dos direitos humanos

Beyond the dominant speech of human rights

Vicente de Paulo Barretto
Edna Raquel Hogemann[1]
UNESA/Brasil

Sumário: Introdução; 1. Os Direitos humanos e o pensamento liberal europeu moderno; 2. Para além da concepção dominante dos direitos humanos; 3. A (re) construção de discursos através da alteridade, da interdependência e do mutualismo humano; Conclusão; Referências.

Resumo: Promove reflexão sobre fundamentos teóricos do discurso dominante dos direitos humanos, desde uma relativização do papel da Modernidade europeia buscando permitir-se ver ideias, lutas, pensamentos e histórias periféricos como primeiro passo para reformular esse discurso cuja eficácia resta questionada, na prática. Parte do pressuposto de que os fundamentos teóricos do discurso dominante dos direitos humanos tem sido objeto de ampla investigação, o que, num primeiro momento, poderia sugerir que tal reflexão estaria esgotada e, por conseguinte, não mereceria maiores contribuições. Esse discurso, pelas razões que serão apresentadas, projetou-se como um discurso hegemônico. Tendo como referencial teórico o pensamento contra-hegemônico de Mutua e Santos, o objetivo dos autores é suscitar uma reflexão crítica à concepção dominante dos direitos humanos, cujos contornos não consentem a conjetura de novos discursos, a partir da sinalização de caminhos que estimulem a (re) construção de discursos outros que considerem histórias e culturas através da alteridade, da interdependência e do mutualismo humano. Trata-se de investigação exploratória-descritiva e qualitativa, que procura alcançar uma compreensão interdisciplinar das questões relacionadas à formulação das políticas de direitos humanos na contemporaneidade, que contemplem reforços ao respeito a esses, desconsiderados ou francamente desrespeitados pelo Estado Moderno.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Discurso Hegemônico, Interdependência, Mutualismo Humano.

Abstract: Promotes a critical reflection on the theoretical foundations of the dominant discourse of human rights, from a relativistic role of European Modernity seeking afford to see ideas, struggles, thoughts and peripheral stories as a first step to reshape this discourse whose effectiveness remains questioned, in practice. It assumes that the theoretical foundations of the dominant discourse of human rights has been the subject of extensive research, which, at first, might suggest that the discussion on this subject

[1] Pós-Doutora em Direito, pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2006), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF (2002), Pós-Graduação Lato Sensu em Bioética, pela Red Bioética UNESCO (2010), Pós-Graduação Lato-Sensu em História do Direito Brasileiro, pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2007), Graduada em Jornalismo, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (1977) e Bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (1999). Professora Adjunta I do Curso de Direito, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UniRio. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu, em Direito, da Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ .

was already exhausted and therefore does not deserve greater contributions. These conceptions about the human rights foundations, usually rest in some incontrovertible premises. This discourse, for reasons that will be presented, was designed as a hegemonic discourse. The theoretical reference counter-hegemonic thinking Makau Mutua and Boaventura de Sousa Santos, the general objective of the authors is to generate a critical reflection of this dominant conception of human rights, whose contours do not permit the conjecture of new discourses, from the signaling paths that encourage the (re) construction of other speeches consider histories and cultures through otherness, interdependence and human mutualism. This is a research with descriptive exploratory and qualitative, which seeks to achieve as a result of an interdisciplinary understanding of issues related to the formulation of human rights policies in the contemporary world, which should include strengthening the respect for these, many times overlooked or frankly disrespected by the modern state.

Keywords: Human Rights, Hegemonic Discourse, Interdependence, Human mutualism.

Introdução

Os direitos humanos são considerados, ora como um reflexo coerente com o pensamento liberal, ora como consequência objetiva das lutas políticas travadas no cenário europeu da modernidade, tendo como elemento detonador o liberalismo clássico e suas ideias de liberdade individual e igualdade formal. Daí porque a gênese dos direitos humanos nada reflete ou se apropria da história e da racionalidade dos povos não ocidentais. Este discurso, pelas razões que serão apresentadas ao longo do presente ensaio, consolidou-se como um discurso hegemônico, mas que, paulatinamente, vem sendo questionado. A partir das reflexões teóricas de autores como Makau Mutua e Boaventura de Sousa Santos, pretende-se uma cogitação crítica à essa concepção dominante dos direitos humanos, que em realidade não lhes garante plena eficácia, razão pela qual se faz necessária a proposição de novos e/ou alternativos discursos, a partir da indicação de caminhos que estimulem a (re) construção desses discursos outros, para além da atual leitura discursiva hegemônica, que considerem histórias e culturas através da alteridade, da interdependência e do mutualismo humano.

O interesse pela reflexão surge na medida da constatação da inefetividade dos direitos humanos e surge, na medida em que, apesar de os fundamentos teóricos dos direitos humanos já se terem constituídos em tema largamente pesquisado, isso não significa que não mereça outros olhares, pois as questões relativas à ineficácia quando da aplicação normativa dos direitos humanos estão a promover um maior aprofundamento. A proposta é, a partir de uma retrospectiva do contexto jusfilosófico e político em que nasceu a noção de “direitos humanos”, apontar seus fundamentos, e as questões inerentes a sua efetivação histórica, tendo em conta a contribuição do Jusnaturalismo e do Positivismo Jurídico, da modernidade racional, lógica e positivista, num universo dominado pelo Estado de Direito. Propõe-se também, situar a fala dos direitos humanos no atual contexto sócio-político de crise dos fundamentos da razão, paradigma fundante e estruturador da sociedade, carentes de uma mudança.

1. Os Direitos humanos e o pensamento liberal europeu moderno

Ao se tratar da trajetória dos direitos humanos, tal como concebidos, deve-se ter em vista a conjunção das disputas pelo poder travadas entre nobreza e burguesia, as lutas políticas e religiosas inglesas, francesas, norte-americanas dos séculos XVII e XVIII, com a tradição teórica do pensamento racionalista da modernidade. Todo o

período pré-moderno estava fundado na noção de communitas, como uma ordem natural posta, uma comunidade universal, pré-determinada e inabalável de caráter ontológico-metafísico, o domínio do "Ser".

A modernidade inaugura uma nova compreensão, produto de uma longa elaboração, já no final da Idade Média, e assentado em bases culturais, filosóficas, sociais e históricas desde a Antiguidade. Essa nova compreensão situa a comunidade como sociedade construída a partir de um fundamento contratual, como resultado da experiência e do empenho cultural de homens detentores de uma racionalidade que exercem num acordo voluntário.

A causa e consequência dessa transformação residem na emergência do indivíduo, posição de pessoa dotada de subjetividade ultrapassando as concepções da antiga Grécia e da cristandade da Idade Média, centradas, respectivamente, na polis e na "igreja universal". A figura da pessoa como valor essencial de todo um complexo ético-jurídico tornou-se sólida tão-somente com a união das filosofias antigas, em particular a tradição estóica, com uma ainda incipiente teologia cristã.

No período renascentista, a definição de pessoa recebeu novo elemento, o da dignidade humana, exaltada e estudada pelos pensadores daquela época, configurando-se verdadeiro alicerce da luta pelos direitos, sobretudo de ordem política, impulsionada nos séculos seguintes. Essas novas ideias culminaram na ocorrência de uma mudança substancial na Ciência e na Filosofia. Nesse período, os humanistas situam suas questões no homem e no mundo em que se habita; questionando, principalmente, o destino do homem e, alastrando-se o conceito de que, para além da matéria, há no homem esse elemento espiritual, imaterial.

Os iluministas vão elaborar suas ideias sobre sociedade, estado e direito, com base no universo europeu, tido como modelo universal. O discurso jurídico, por exemplo, foi construído tendo em conta a concepção relativa ao progresso e evolução. O estado de natureza consubstanciou-se como o arquétipo jurídico e político próprio dos povos colonizados (bárbaros), enquanto o estado civil era privilégio da sociedade a que o "sujeito de conhecimento" pertencia, ou seja, o europeu (herói - salvador) colonizador, pensador iluminista, que invade, saqueia e "coloniza" num processo de subalternização dos saberes locais considerados "bárbaros".

Em paralelo, o Iluminismo exalta o respeito e o culto ao homem como senhor de seu próprio destino, tendo como referencial uma cosmovisão totalmente racional, com ênfase no princípio da liberdade e da autonomia individual.

O triunfo da visão individualista coincide justamente com os eventos inaugurais da positivação dos direitos humanos: desde o Bill of Rights inglês, passando pela Declaração Americana da Independência de 1776, até a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada na França em 1789, que consagraram as liberdades públicas e agregaram, ainda, a expressão legal do projeto iluminista baseado na promissão de emancipação do indivíduo das formas de opressão política, o âmbito dos direitos humanos foi-se alargando e revelando os direitos econômicos e sociais.

Os direitos do homem nasceram no discurso político moderno como um pressuposto necessário para a autonomia dos particulares em face do Estado demarcado por governos absolutistas numa Europa em fase de expansão capitalista. A ideologia liberal moderna incorporada nas Declarações tem como ponto de partida os direitos naturais do homem tal como estabelecidos na teoria do contrato social, justificados pela natureza racional do homem, a serviço de um projeto liberal e burguês.

O paradigma da modernidade está alicerçado na razão, considerada como subordinação ao método empírico-racional, ou seja, ao que Castoriadis[2] denomina como procedimento racional de lógica conjuntista-identitária, em consonância aos princípios clássicos da lógica aristotélica, como submissão às regras da indução e da dedução, e de maneira especial, aos princípios da contradição, da identidade e do terceiro excluído.

Essa racionalidade o faz senhor e titular de si mesmo (*jus in se ipsum*), como também de suas escolhas, motivo pelo qual seria uma violência impedir o homem de livremente fazer uso de sua razão e, na medida em que os direitos naturais procedem da hipótese (real ou imaginária) de um estado pré-social ou de natureza, a sua concepção antropológica fundante é a do indivíduo que existe e subsiste sozinho e onde a sociedade não é o momento de realização do humano, tornando a alteridade uma noção meramente formal, quando não inconveniente.

No entanto, se por um lado o enaltecimento da ideia de poder do ser humano enquanto sujeito configura-se como a base da igualdade de direitos entre os cidadãos, mesmo não pertencentes à nobreza ou ao clero, por outro, e paradoxalmente este promove o aniquilamento da subjetividade, na medida em que foi estabelecido um pretenso saber jurídico universal partindo da concepção segundo a qual seria possível a existência de sujeitos de conhecimento neutros e apartados do tempo e do espaço.

Esse processo desaguou nas ondas de um racionalismo exacerbado e de uma excessiva perspectiva cartesiana de mundo, na qual a realidade se fragmenta para ser objeto de análises que não necessariamente refletem o todo.

2 Para além da concepção dominante dos direitos humanos

Desde 1948, as Nações Unidas adotaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e com ela uma profusão de normas, processos e instituições para definir e proteger os direitos humanos. Hoje praticamente todas as causas procuram traduzir-se sob a linguagem de direitos. Mas, mesmo assim, essa vinculação universal ao idioma dos direitos não conseguiu criar um terreno comum e um possível acordo quanto ao âmbito, conteúdo e base filosófica dos direitos humanos.

Cumpre apontar que o mesmo século XX que consagra os direitos humanos, foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio constituído como projeto político e econômico, com a acumulação de refugiados, vítimas da perseguição das minorias étnicas, e permaneceu assombrado frente ao surgimento da desnacionalização em massa provocado pelos movimentos totalitários. Aquele século teve seu devir afetado por uma sequência de massacres genocidas da Alemanha a Ruanda, da Armênia ao Camboja, além dos horrores da limpeza étnica praticada na Bósnia. Pessoas morrem de fome no Haiti, no Iraque, no Afeganistão, no continente africano e em outras partes do globo.

Assim, a expressão “direitos humanos”, que historicamente representa um grito de liberdade, igualdade e fraternidade de toda a humanidade, revela-se paradoxal e, em verdade, o cume de um idealismo considerado por muitos como ingênuo ou de cínica hipocrisia, quando se confrontam opressores, vítimas das guerras e os meros espectadores que se deparam com uma situação em que a era dos direitos convive com a “era dos extremos”, expressão cunhada por Hobsbawm[3] ou, como afirma Barretto:

---

[2] CASTORIADIS, C. *As Encruzilhadas do Labirinto*, vol.I. Tradução por Carmen Sylvia Guedes e Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 35.

HOBSBAWM, E.. *The age of extremes: a history of the world, 1914-1991*. New York: Pantheon Books, 1994, p. 118.

> [...] de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos[4].

Por outro lado, é Woodwiss[5] quem afirma que, na medida em que as potências ocidentais que patrocinam a maior parte do desenvolvimento, têm aceito a possibilidade de que os direitos humanos devem ser legalmente aplicados, só porque sentem agora que eles têm pouco a temer e muito a lucrar sobre essa aplicação. Para o autor, é graças não apenas pelo desaparecimento de um dos principais concorrentes políticos, a União soviética, mas também graças ao sucesso de outra iniciativa ocidental, a saber, o estabelecimento da doutrina da "justiciability´ - a ideia de que somente os direitos civis e políticos, sem custos, supostamente são ou deveriam se imediatamente executados por um tribunal. Assim, para o autor a legalização passa a ser um motivo de preocupação, na medida em que o preço paga por isso inclui a negligência em relação tanto aos direitos econômicos e sociais como com a variedade cultural mundial.

Diversos estados, notadamente a ex-URSS, se abstiveram de votar a Declaração Universal dos Direitos Humanos porque sentiram que a ideia de uma humanidade comum tinha sido sequestrada pelos defensores de uma ideologia particular denominada "bourgeois individualism". Subsequentemente, pessoas não brancas, mulheres, minorias étnicas e sexuais, países em desenvolvimento e culturas não-ocidentais de modo mais geral também descobriram ou sentiram que foram excluídos da concepção dos direitos universais dos direitos humanos, sobre humanidade comum.

Donnelly[6] numa abordagem nitidamente normativa, faz referência à legalização dos direitos humanos e sua força normativa. Esse autor apresenta uma visão geral de âmbito global que, de maneira distinta, não considera, por exemplo, entre outros, o elemento contextual de ordem sócio histórica referente ao processo de legalização dos direitos humanos.

A fundamentação apresentada por Donnelly[7] está particularmente relacionada à questão da ratificação dos principais instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, que leva a um consenso jurídico internacional em torno da legalização. Assim, os defensores dos direitos humanos possuiriam um padrão referencial internacional a socorrer-se, com legitimidade tanto no âmbito nacional quanto internacional. Sem contar com as decorrentes mudanças.

Essa posição contrasta com a uma abordagem "histórica" e "discursiva" dos direitos humanos proposta por Issa Shivji[8], que coloca em destaque e evidencia o componente ideológico dos direitos humanos. Sendo certo que, a principal crítica feita

---

[4] BARRETTO, V. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*, 2ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

[5] WOODWISS. A. The law cannot be enough. Human rights and the limits of legalism, in *The legalization of Human Rights, multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Saladin Meckled- García and Başak Çali, New York, 2006, p.33.

[6] DONNELLY, J. The Virtues of Legalization, in Meckled-García, Saladin e Çali, Basak (org.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*. New York: Routledge, 2006, p. 67-80.

[7] Ibid.p.01.

[8] SHIVJI, I. G..*Perspectives on Human Rights – An Introduction*, 1989. Disponível em 13 janeiro 2016 em: rightstraining.fahamu.org/ocw/learning-for-change/introduction-to-human-rights/content/pdf.

por Shivji[9] ao processo histórico de constituição e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos por vários países que ainda promoviam uma política de jugo colonial. Isso fez com que o direito dos povos à autodeterminação fosse obliterado. A alternativa proposta pelo autor para que o discurso dos direitos humanos possa servir ao reconhecimento de sujeitos coletivos de direitos humanos passa necessariamente por um processo de reconceitualização dos Direitos Humanos a fim de que se constituam como elemento ideológico de resistência.

Mutua[10] considera que o movimento dos direitos humanos está marcado por uma metáfora muito própria e que guarda relação com um subtexto paralelo e vinculado à grande narrativa histórica dos direitos humanos, que retrata uma relação entre violadores, vítimas e salvadores. Essa construção colonialista (violadores - vítimas – salvadores) é considerada uma metáfora tridimensional em que cada dimensão revela uma metáfora em si. Para o autor, essa representação tridimensional do corpus dos direitos humanos e de seu discurso revelar-se-ia unidirecional e previsível; uma construção dicotômica que necessariamente coloca o que é considerado como "bem" contra aquilo que é tido como "mal".

Nesse sentido, por trás dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento, e mesmo de multiculturalismo, na retórica moderna, subjaz a lógica colonial de uma epistemologia eurocêntrica; a saber, de um padrão de conhecimento que é imposto como universal e categorizante da humanidade. Lógica essa que se ampara na ideia de que alguns (os salvadores) estão em um lugar universal, de tal modo que são a representação do considerado conhecimento universal (adequado, imparcial, equitativo, bom para todos). Por outro lado, os "outros" (violadores-vítimas) são aqueles que se encontram em um lugar particular e localizado e, por isso, devem receber esse conhecimento. Assim, é possível encontrar-se paridades no controle epistêmico que permitiu o desenvolvimento de conceitos como povos inferiores, bárbaros, primitivos e subdesenvolvidos.

A primeira dimensão desse prisma compreende o selvagem e evoca imagens de barbárie. Os atos praticados pelos violadores dos direitos humanos são apresentados como cruéis e inimagináveis, de sorte que são representados como a negação da humanidade.

No modo de ver de Mutua[11] a história dos direitos humanos apresenta o estado como o clássico violador, um selvagem empenhado permanentemente em consumir humanos. Embora a violação, no discurso dos direitos humanos envolva muito mais que tão somente o estado, este é retratado como um instrumento operacional das violações dos direitos.

Os estados se tornam violadores (selvagens) quando sufocam e oprimem a sociedade civil. O "bom" estado controla suas tendências opressivas, purificando-se e internalizando os direitos humanos. O "mau" estado, por seu turno, se expressa por meio de uma cultura antiliberal, antidemocrática ou autoritária. A redenção do estado depende tão-somente de sua submissão às normas dos direitos humanos. O estado é o garantidor dos direitos humanos; ele é também o alvo e a *raison d'être* das normas de direitos humanos.

Mas a realidade é muito mais complexa. Ainda que a metáfora possa sugerir, não é o estado por si que se constitui como violador ou bárbaro, mas o seu fundamento cultural. De acordo com Mutua (2002, p.11), o estado somente se torna um violador de

[9] Ibid, p. 02
[10] MUTUA, M. *Human Rights A Political and Cultural Critique*, EUA:University of Pennsylvania Press, 2008, p.10.
[11] Ibid. p10

direitos quando a " má" cultura supera ou não permite o desenvolvimento da "boa" cultura. Assim, o violador "real" não é o estado em si, mas uma cultura desviada dos direitos humanos.

A selvageria intrínseca, tanto teórica quanto praticamente, ao estado unipartidário, à junta militar, ao estado controlado e fechado, à teocracia, ou mesmo aquela revelada em práticas culturais como a mutilação genital feminina não o são ao estado em si. O estado enquanto tal é neutro, instrumentalizável – um receptáculo – que viola direitos na medida em que implementa o projeto de uma cultura de violações.

A segunda dimensão do prisma apresenta o perfil da vítima, tal como a essência e a ideia de vitimação. A vítima é um ser humano cuja dignidade e valor foram transgredidos pelo violador. A figura da vítima é de um impotente, desamparado, inocente, cujos atributos naturais foram negados pelas ações primitivas e ofensivas do estado ou pela fundação cultural do estado. Razão pela qual a estrutura dos direitos humanos é, ao mesmo tempo, anticatastrófica e reconstrutiva. Anticatastrófica porque está designada para prevenir mais calamidades através da criação de mais vítimas. Reconstrutiva, porque procura reestruturar o estado e a sociedade para reduzir o número de vítimas, ao identificá-las e prevenir as condições que lhes dão origem. Os documentos clássicos dos direitos humanos refletem essas duas estratégias que mutuamente se reforçam.

Importante sublinhar que a concepção de modernidade foi elaborada, num primeiro momento, tendo em conta o contraste com a noção de "primitivo", representada não só pelo passado, mas também pelos outros recém-descobertos, levando à necessidade de superação, consumada pela ilustração. Nessa passagem de uma condição inferior para uma condição superior, encontram-se, para Mignolo[12], o jaez para o estabelecimento da hegemonia epistêmica europeia. Nesse âmbito é certo que, conforme pondera Mendieta[13] a produção dos saberes implica a existência de sujeitos detentores do poder de enunciá-los e outros que a eles são sujeitados, ou seja, que se limitam à posição de meros espectadores quando não relegados à condição de objetos do saber. Nessa conjuntura, alguns possuem credibilidade epistêmica (salvadores) e outros não possuem legitimação para reflexões teóricas consideradas como válidas (violador-vítima).

A terceira dimensão do prisma, segundo Mutua, é representada pelo salvador ou redentor, o " anjo bom" que protege, vindica, civiliza, retém e salvaguarda. O salvador é o baluarte da vítima contra a tirania. A simples, ainda que complexa, promessa do salvador é a liberdade: liberdade das tiranias estatais, tradição e cultura. Mas também é a liberdade para criar uma sociedade melhor, baseada em valores particulares. Na história dos direitos humanos, o salvador é o corpus dos direitos humanos em si, tendo a ONU, os governos ocidentais, as ONG's e instituições de caridade ocidentais, como os salvadores reais, redentores de um mundo ignorante e cruel.

Mutua[14] considera que essas instituições, em verdade, são meras frentes, na medida em que o salvador é, em última análise, todo o conjunto de normas e práticas de base cultural, inegavelmente inerentes ao pensamento e à filosofia liberal, num Estado de Direito. Esse corpus dos direitos humanos, para o autor, é fundamentalmente eurocêntrico e disso decorre uma série de falhas básicas e interdependentes que são

---

[12] MIGNOLO, W.. *Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad. Ediciones del Signo*, Buenos Aires - Argentina, 2010, p.118.

[13] MENDIETA, Apud Dussel, E.(2005) Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO.

[14] MUTUA, Op. Cit., 2008., p.12

percebidas na metáfora violadores-vítimas-salvadores. Os sistemas jurídicos e suas bases filosóficas mostram-se diretamente influenciados por esse quadro.

A percepção oficial de direitos humanos, presente na doutrina tradicional de História e Filosofia do Direito, manifesta-se marcada por essa teoria liberal europeia, que corrobora os elementos teóricos e políticos necessários para a fundação dos Estados nacionais, ou, no contexto das relações econômicas e políticas do período em questão, das metrópoles coloniais[15].

3 A (re) construção de discursos através da alteridade, da interdependência e do mutualismo humano.

Diversos são os grupos de pesquisa que aproximam a questão dos Direitos Humanos do chamado multiculturalismo crítico. Dentre esses grupos, o de Boaventura de Sousa Santos é um dos que se reportam à hermenêutica diatópica e ao conceito de equivalentes homeomórficos, proposto por Raimon Panikkar[16]. O pressuposto inicial e fundamental reside em que a utilização desses conceitos não se reduz a uma simples técnica de interpretação, mas sim que esse marco teórico é produto de uma determinada filosofia hermenêutica, cujo foco principal é o diálogo intercultural. Panikkar é um dos expoentes dessa corrente filosófica, que se autodenomina "filosofia intercultural".

A partir desse pressuposto instrumental fundamental, Santos consegue identificar três fontes de tensões dialéticas que afetam sobremaneira não somente as relações intersubjetivas na modernidade ocidental em todo o seu espectro social, como também a política de direitos humanos, desde o final do século passado.

A primeira dentre elas corresponderia à tensão dialética entre o que o autor denomina "regulação social e emancipação social", ou seja, o estabelecimento de limites e o transcender dos limites no sentido dos avanços no campo social. Desde o final do século XX, essa tensão teria perdido o seu potencial criativo, na medida em que "a emancipação deixou de ser o outro da regulação para se tornar no duplo da regulação"[17]. Se desde o início do século XX até seus meados as mobilizações emancipatórias foram consequências diretas das crises de regulação e tiveram como resultado o fortalecimento das políticas emancipatórias, nos dias atuais tanto a crise de Estado – seja enquanto regulador, seja como Welfare State – como as crises de emancipação social – simbolizadas, para Santos[18], pela crise da revolução social e do socialismo tomados como padrão da transformação social radical – são simultâneas e alimentam-se uma da outra . De igual sorte, a política dos Direitos Humanos, que foi ao mesmo tempo uma política reguladora e uma política emancipadora, está enredada nessa crise dúplice, ao mesmo tempo em que é sinal do desejo de ultrapassá-la.

A segunda tensão dialética está situada na relação entre o Estado e a sociedade civil. Segundo Santos, o Estado da modernidade, ainda que se apresente de modo minimalista, é, virtualmente, um Estado maximalista, na medida em que a sociedade civil, configurada como o outro do Estado, se auto reproduz por meio de leis e regulações originadas do próprio aparelho estatal e para as quais não parecem existir

---

[15] QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas.* Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, pp.227-278.

[16] PANIKKAr, R.. Is the notion of human rights a western concern?, in *Interculture*, 27 (1), Cahier 82, 2002, p. 28-47.

[17] SANTOS, B. S. *A gramática do tempo: por uma nova cultura política*, 3ª. Ed., 1ª. Reimpressão, São Paulo: Cortez, 2010, p.01.

[18] Ibid. p. 02.

limites, desde que o processo de produção legislativa respeite as regras democráticas fixadas pelo Estado. Aqui também Santos aponta a questão dos Direitos Humanos como o cerne da tensão:

[...] enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos[19].

Finalmente, Santos considera que a terceira tensão dialética sobrevém do atrito entre o Estado-nação e o fenômeno designado por globalização. O modelo político praticado na modernidade ocidental é aquele caracterizado por uma unidade básica referencial, os Estados-nação soberanos, que convivem num sistema internacional interestatal, formados por Estados igualmente soberanos. Santos (2001, p.3) observa, no entanto, que esse sistema interestatal sempre funcionou de certo modo anárquico, regulado por uma autoridade muito indelével, e "mesmo o internacionalismo da classe operária sempre foi mais uma aspiração do que a uma realidade".

Hoje, com a intensificação da globalização que leva a um esgotamento do modelo Estado-nação, a questão que se coloca é a de perquirir se ambas, regulação social e emancipação social, caminham no sentido dessa mesma escala global. Em que medida esse processo há que se dar e quais os lastros fundamentais a dar sustentação a esse mesmo movimento? Se, por um lado, já se começa, com toda a evidência, a se falar de sociedade civil global, governo global e equidade global e que o baluarte de tal processo é necessariamente o reconhecimento mundial da política dos direitos humanos, por outro vértice tem-se o conflito de um fato que surge como uma provocação ao pensamento. Em suma: tanto as violações dos direitos humanos como as lutas em defesa deles continuam a compreender uma decisiva dimensão que não se apresenta ainda supranacional, e, em contrapartida, como bem o aponta Santos[20], as posições adotadas em relação aos direitos humanos seguem sendo produto de ethos específicos.

Por outro lado Santos diz ser imprescindível reconhecer e aceitar a incompletude das culturas e isso pode ser feito mediante uma hermenêutica diatópica que buscará "ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra."[21]. Mais que isso, e tendo em conta tal consideração, é possível utilizar a hermenêutica diatópica nos termos propostos por Pannikar para valer-se de *topoi* fortes de determinadas culturas no sentido de contrabalançar e sopesar as insuficiências de outras, ensejadoras de desigualdades, exploração e exclusão, para promover o fortalecimento e a efetividade dos Direitos Humanos. É o caso do individualismo, festejado como conquista da modernidade e, paradoxalmente, raiz dos problemas da sociedade moderna.

Sem perder de vista a hermenêutica diatópica proposta por Panikkar, sustenta-se que os espaços onde as pessoas se individuariam num perene devir, consideradas em sua pertença a um coletivo, comportariam um sentido próximo à acepção da palavra grega *éthos*, tal qual ela aparece não em Platão ou Aristóteles, mas num pensador originário como Heráclito: *éthos anthropous daímon*, ou seja, "a morada do homem, o extraordinário". Dois pensamentos originários aí se encontram – o da filosofia comunalista ou comunitária e aquela correspondente à visão de mundo pré-socrática. Compreensões que se faz urgente e necessário (re)assimilar.

---

[19] Ibid. p.02.
[20] Ibid.p.03.
[21] Ibid. p. 21.

Esse afazer já foi, em grande medida, avançada por Lévinas[22], para quem a ética tem primazia absoluta sobre a ontologia – posicionamento que marca a sua distância em relação à visão heideggeriana, e que procurou recuperar o vigor da ética como o estudo da condição de possibilidade de o ser humano se abrir ao Outro, num aí onde se pode cumprir. É possível nessa proposta vislumbrar-se um caminho para se reagir proativamente ao individualismo exacerbado e não raro predatório que se mostra prevalente nos tempos atuais.

Sob o prisma do filósofo de Humanismo do outro homem, a subjetividade não pode ser concebida como pura substância ou mônada moral. O ser humano – coisa-para-si (totalmente diverso, portanto, da coisa-em-si kantiana) – revela a capacidade de inscrever a transcendência na imanência, pensada como única maneira de este superar o ego fechado em si (solipsista) e ocupar-se do alter, em suma, do eu tornar-se responsável pelo cumprimento efetivo da lei moral diante do terceiro:

Des-inter-essamento da bondade: outrem em sua súplica, que é uma ordem, outrem como rosto, outrem que me "diz respeito" ["*me regarde*"], mesmo quando não me olha, outro como próximo e sempre estranho – bondade como transcendência; e eu, aquele que é obrigado a responder, o insubstituível e, assim, o eleito e, desse modo, verdadeiramente único. Bondade para com o primeiro que vem, direito do homem. Direito do outro homem antes de tudo[23].

Devido à importância da alteridade no auto-reconhecimento, autoatualização e desenvolvimento moral, o relacionamento humano é vital para a consolidação e efetividade dos direitos humanos, desde um prisma comunalista. É a comunidade que define uma pessoa e habilita essa pessoa a encontrar-se através dos instrumentos do relacionamento humano. Assim, há que haver um delicado equilíbrio entre a autonomia individual e o papel da sociedade na vida pessoal para que se preserve o outro em sua alteridade, em sua unicidade, sem que este se afaste.

Conclusão

Relativizar o papel da Modernidade europeia e admitir a relevância das ideias, lutas, pensamentos e histórias para além das configurações oficiais é o primeiro, mas não único passo para uma outra formulação do discurso até então considerado como único e universal dos direitos humanos. Para isso, necessário se faz refletir criticamente sobre as diversas nuances desse discurso, através de seus fundamentos teóricos.

Os fundamentos teóricos do discurso dominante dos direitos humanos tem sido objeto de ampla investigação, o que, num primeiro momento, poderia sugerir que a reflexão acerca desse tema já estaria esgotada e que, por conseguinte, não mereceria maiores contribuições. Essas concepções a respeito dos fundamentos dos direitos humanos, costumam alicerçar-se em algumas premissas incontestáveis. Os Direitos humanos são considerados, tal como observado ao longo do presente ensaio, seja como um desdobramento consequente do pensamento liberal, seja como produto das lutas políticas europeias da modernidade, tendo como referencial básico o liberalismo clássico e suas ideias de liberdade individual e igualdade formal. O que caracteriza essa tradição é a valorização dos indivíduos, juridicamente considerados, através da concessão de direitos que promanam da autonomia individual e do exercício do livre-arbítrio, decorrentes de sua racionalidade.

Repensar os direitos humanos significa considerar a ideia de direitos humanos como produto de um desenvolvimento inclusivo e global, que considere a existência e

[22] LÉVINAS, E. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. P.S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.
[23] Ibid. P. 266.

participação de mais de um ator social habilitado e uma sociedade, cujo signo seja o da solidariedade e da tolerância nesse processo.

Essa elaboração abrange, necessariamente, uma multiplicidade de atores cuja contribuição tanto cultural quanto socialmente, será de fundamental importância para a mudança da concepção, dos rumos e os objetivos dos direitos humanos.

Referências

ARENDT, H. *Da revolução*. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

BARRETTO, V. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*, 2ª. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CASTORIADIS, C. *As Encruzilhadas do Labirinto*, vol.I. Tradução por Carmen Sylvia Guedes e Rosa Maria Boaventura. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

DONNELLY, J. *The Virtues of Legalization*, in Meckled-García, Saladin e Çali, Basak (org.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*. New York: Routledge, 2006.

DUSSEL, E. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.* Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005.

FERREIRA FILHO, M.*Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia 16 de junho de 1776. Liberdades Públicas*. São Paulo:Saraiva, 1978.

GIACOIA JUNIOR, O. *O projeto político da modernidade está esgotado. Instituto Humanitas* Unisinos. Disponível em 13 de janeiro de 2016 em: http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/36309-%60%60o-projeto-politico-da-modernidade-esta-esgotado%60%60, 2010

HOBSBAWM, E. *The age of extremes: a history of the world, 1914-1991*. New York: Pantheon Books, 1994.

LÉVINAS, E. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. P.S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.

MENDIETA, Apud Dussel, E.(2005) Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO.

MIGNOLO, W.. Desobediencia Epistémica: Retórica de la Modernidad, Lógica de la Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad. Ediciones del Signo, Buenos Aires - Argentina, 2010.

MUTUA, M. Human Rights A Political and Cultural Critique, EUA:University of Pennsylvania Press, 2008.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

PANIKKAr, R.. Is the notion of human rights a western concern?, in Interculture, 27 (1), Cahier 82, 2002.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005.

SANTOS, B. S. A gramática do tempo: por uma nova cultura política, 3ª. Ed., 1ª. Reimpressão, São Paulo: Cortez, 2010.

SHIVJI, I. G..Perspectives on Human Rights – An Introduction, 1989. Disponível em 13 janeiro 2016 em: rightstraining.fahamu.org/ocw/learning-for-change/introduction-to-human-rights/content/pdf.

WOODWISS. A. The law cannot be enough. Human rights and the limits of legalism, in The legalization of Human Rights, multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law, Saladin Meckled- García and Başak Çali, New York, 2006.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 123-141
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

International labor organization and the fight against new ways of slavery in Brazil

Patrícia Tuma Martins Bertolin[1]
Fabiana Larissa Kamada[2]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Introduction

The International Labor Organization (ILO) is the agency created, within the context of the first post-war, taking into account the international labor regulation, thus ensuring to the workers in the most varied nations a fair existence.

In such regard, countless International Agreements have addressed the most diverse subjects and, at a strategic time, by the end of the 1990's – a decade known by the Neoliberalism and by strong work precariousness –, the Statement on Principles and Essential Rights at Work was edited, which would then represent a landmark for the International Labor Law.

The 1998 Statement of Principles essentially established four elementary rights and principles at work, associated with eight International Conventions: 1) respect to union and association freedom of choice (Convention no. 87, dated 1948) and effective acknowledgment of the collective trading right (Convention no. 98, dated 1949); 2) removal of all sorts of forced or compulsory work (Conventions no. 29, dated 1930, and no. 105, dated 1957); 3) effective child labor abolishment (Conventions no. 138, dated 1973 and no. 182, dated 1999) and 4) removal of discrimination as to employment and occupation (Conventions no. 100, dated 1951, and no. 111, dated 1958).

The Statement sets forth that all ILO Member States should abide by, promote and apply such rights and principles, regardless of having ratified or not the concerning conventions, for being universal values, aimed at assuring a minimum labor standard. Consequently, the 1998 Statement of Principles represents a core tool to be

---

[1] Doctor in Labor Law by 'Universidade de São Paulo'; Professor in the Law Graduation Course and the Post-Graduate Program in Political and Economic Law of 'Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)'; Head of the Research Group "Labor Law as a citizenship tool and economic power threshold".

[2] Master in Political and Economic Law by Universidade Presbiteriana Mackenzie. Expert in Labor Law and Labor Procedure. Guest Professor in the *Lato Sensu* Post-Graduate Program in Labor Law of 'Faculdade Presbiteriana Mackenzie'. Member of the Research Group "Labor Law as a citizenship tool and economic power threshold".

considered by the ILO member countries, so as to ensure dignity at work.[3]

As of 1999, the ILO has strived in building the *decent labor* concept, on which subject the agency has based all its activities since then. As such, it is construed as *productive work, properly compensated, **exercised under conditions of freedom**, equity and safety and able to assure dignified life for working men and women* (italics by the authors).[4]

This essay shall specifically deal with removal of all sorts of forced or compulsory work, as essential principle at work, in light of which the old and new ways of slavery which have been present in the Brazilian history shall be analyzed, as well as the meaning of forced work in Brazil, in the first years of the century XXI, and the measures adopted by the Brazilian government so as to eradicate it.

1. Slave Labor or Forced Labor?

The first major international document on Slave Labor was the Convention on slavery, signed in September, 1926, in Geneva, which sets out slavery as: *status or condition of an individual on whom the characteristics of the ownership right are fully or partially exercised*.[5]

Later, upon approval in the 14th meeting of the International Labor Conference (ILC), of the Convention no. 29, dated 1930, of ILO, ratified by Brazil on April 25, 1957, a new concept was created, using the expression "forced or compulsory labor". Under its article 2, 1, forced or compulsory labor is construed as *every work or service required from an individual under threat of any penalty and for which he/she did not offer him/herself spontaneously.*[6]

Supplementing the Convention no. 29, dated 1930, the ILO edited the Convention no. 105, dated 1957, ratified by Brazil in 1965. Such Convention deals with abolishment of the forced labor and sets forth that:

---

[3] GOMES, Ana Virgínia Moreira; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Meaning of the Statement of Elementary Principles and Rights of Workers in ILO role as the international organization able to ensure labor content in the globalization process. *In: Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 119, 2005, pp. 27-28.

[4] ILO. *A abordagem da ILO sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e Tratamento no Mundo do Trabalho* [ILO Approach on Fostering Equality of Opportunities and Treatment in the Labor World]. Série Trabalho Doméstico Remunerado no Brasil. Vol. 1, 2011.

[5] Available at: http://www.ILO.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/CONVEN%C3%87%C3%83O%20S%C3%94BRE%20A%20ESCRAVATURA%20ASSINADA%20EM%20GENEBRA.pdf. Access on: 10.09.2013.

[6] Available at: http://www.ILO.org.br/node/449. Access on: 10.09.2015.

> Art. 1 - Any Member of the International Labor Organization ratifying this convention undertakes to suppress forced or compulsory labor, and not to use it under any circumstances:
> a) as means to coerce, or as political education or sanction aimed at people who have or express certain political opinions, or state their ideological position to the political, social or economic arrangement established;
> b) as means to mobilize and use the labor for economic development purposes;
> c) as means to labor discipline;
> d) as punishment for joining strikes;
> e) as means of racial, social, national or religious discrimination.
> Art. 2 – Any Member of the International Labor Organization ratifying this convention undertakes to adopt efficient measures, so as to immediately and fully abolishing the forced or compulsory labor, such as described in art. 1 hereof.

A lot has been said on the idea adopted by ILO, in the Convention no. 29, dated 1930, that forced Labor implies threat (coercion) by the employer upon the worker, who **did not offer him/herself freely**. It happens because, currently, it is noted that, most of the times, the worker is willing to spontaneously working and only then will he/she realize that the promises were deceptive, and then he/she can no longer escape from such situation.

Interpretation should comprise the cases of vice of will by the worker who accepted the service, believing the enticer's promises. Thus, the offended person's consent is irrelevant:

> It is clear that no worker shall spontaneously offer him/herself to be exploited and not to have his/her labor rights acknowledged, if it was the case, such will would be void, because the labor protection standards are public, therefore, non-renounceable, as well as the human being's dignity.[7]

In Brazil, the Criminal Code provides for the typified crime as reduction to the slavery-equivalent condition:

> Art. 149. Reducing someone to a slavery-equivalent condition, either by submitting them to forced labor or to an exhaustive work shift, either by submitting them to degrading work conditions, or by restricting, by any

[7] BELISARIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores à condição análoga à escravidão* [Reduction of workers to the slavery-equivalent conditions]. São Paulo: LTr, 2005, p. 102.

> means, their locomotion due to any debt contracted upon with the employer or an employer's representative:
> Penalty - confinement, from two to eight years, and fine, in addition to the violence-related penalty.
> § 1. The following cases incur into the same penalties:
> I - curtails use of any transport means by the worker, for the purpose of retaining him/her in the work place;
> II - keeps ostensive surveillance in the work place or appropriates documents or personal objects of the worker, for the purpose of retaining him/her in the work place.
> § 2. The penalty is increased from half, if the crime is committed:
> I - against children or adolescents;
> II - for racial, color, ethnic group, religion or origin prejudice.

Definition of contemporary slave labor[8] brought by Act no. 10.803/03, which amended art. 149 of the Criminal Code, for part of the labor jurisprudence[9], confused slave labor with degrading work, mainly by mentioning exhaustive work shift.

Accordingly, in order to characterize the slave or forced labor, deprivation of freedom requires being present and not only the degrading work conditions:

---

[8] The ILO uses the expression forced or compulsory labor, documents and national laws use the expression "contemporary slave labor" which is quite controverted, but as explained by Rodrigo Schwarz: *Use of the expression "contemporary slave labor", strongly controverted and with fluid, indefinite content, but undeniable impact on the semantic, ideological and political fields, has been consolidating, in Brazil, for those who use it, to assign a (new) category, i.e., an element comprising the knowledge of certain historic, economic, social and cultural production processes, over-exploitation and resistances in different work experiences (...). The expression "contemporary slave labor" (...) is related to certain production, over-exploitation and resistance processes which, full of specific rationale, are transformed in time to be perpetrated, into a dynamic process and that the Brazilian past structures (persistent influence of the type of export colony, large estate, the organic character of slavery, the weight of the patriarchy and the incomplete and frustrated integration to its own people), converging into renewed 'modernization' projects to the field, among continuities and ruptures, partially perpetuated (...), the geopolitical, economic, social and cultural systems in which many other Brazilian experiences of quasi-slavery inserted in the past.* SCHWARZ. Rodrigo Garcia. Contemporary Slave Labor. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário Aplicado ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 979.

[9] FELICIANO. Guilherme Guimarães. Violência sexual contra a criança e o adolescente no marco da precarização das relações de trabalho [Sexual Violence against children and adolescents in the landmark of precariousness of the labor relationships]. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região* – AMATRA XV. Nº 3, LTr: São Paulo, 2010, p. 95.

> Forced or slave labor is not only the meaning of low salaries or poor labor conditions. It is also not equivalent to mere economic necessity situations in which, for example, a worker has no conditions to leave his/her work place due to actual or alleged scarcity of employment alternatives. A clearer denial of decent work, the forced labor represents severe breach to rights and restriction to freedom, in accordance with ILO conventions on the subject and other similar international instruments on slavery, slavery-equivalent practices, servitude by debt or slavish condition.[10]

In the same sense:

> The several types of forced labor worldwide have always in common two characteristics: use of coercion and denial of freedom. In Brazil, the slave labor results from the sum of degrading work and freedom deprivation. The worker is stuck to a debt, has his/her documents held, is taken to a geographically isolated place which prevents his/her return to home or cannot leave there, prevented by armed security guards. In Brazil, the term used for this type of coercive recruiting and labor practice in remote areas is slave labor; all situations comprising such term belong to the scope of the ILO conventions on forced labor. The term slave labor refers to degrading work conditions allied to the impossibility of leaving or escaping the farms due to fraudulent debts or armed guards.[11]

Classifying such practice as a crime, submitting its agents to a freedom-depriving penalty, is an unarguable evolution. However, developments are still required, since the Country currently has major legislative instrument to fight the contemporary slave labor – and, in spite of it, this practice keeps on taking place. Thus, the magistrates must then use greater severity when applying the Criminal Law, which has not occurred frequently[12], and then the Judiciary Branch begins to effectively contribute towards a change to

---

[10] *Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente.* [Employment, human development and decent work: recent Brazilian experience]. Brasília: CEPAL/ PNUD/ILO, 2008, p. 35.

[11] Repórter Brasil. *Legislação Brasileira* [Brazilian Law]. Available at: http://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/legislacao-brasileira/. Access on: 10.09.2013.

[12] O primeiro condenado criminalmente por trabalho escravo: *Antônio Barbosa de Melo, da fazenda alvorada, em Água Azul do Norte, sul do Pará, teve sua pena convertida em pagamento de 30 cestas básicas por seis meses.* [The first person in history to be criminally sentenced for slave labor: *Antônio Barbosa de Melo, from the farm Alvorada, in Água Azul do Norte, southern Pará, had his penalty converted into payment of 30 basic food baskets for six months*] Repórter Brasil. *Legislação Brasileira.* Available at: http://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/legislacao-brasileira/. Access on: 10.09.2013.

paradigms that the human person dignity and the social value of the work, which are constitutional imperatives, require.

2. Colonial slavery

Brazil was colonized with no concern by the metropolis in populating the territory and establishing socially and environmentally sustainable economic activities. Brazilian economy was based on the monoculture-based large estate for export purposes and on slavery of colored individuals, which lasted for over three centuries.

> In the colonial Brazil, slavery was a systematic and profitable reality. The large landholders profited, because, regardless of what was produced, they used the arms of the black people; the enticers in African lands earned, by promoting conflicts and clearing out the tribal societies; the traffickers earned, due to illegality surrounding the whole process.
> Out of all tragedies which marked Brazilian history, undoubtedly, over three hundred years of slavery of the black people was the most contributing towards establishing the lines of one of the most undeveloped countries of the world, either in terms of labor valuation and human dignity, or social development and respect to social-environmental values.[13]

The Brazilian exploratory colonization model perpetuated an unequal society, in which the human being exploitation seems, sometimes, to be part of the landscape.

> Turning the human being into a thing lasted centuries, even if furtively, shaping a society which reproduces the colonial model: in the field, the large estate still imposes itself upon small properties of familiar agriculture; in the cities, the slum-related conditions of the populations expelled from the field and urban workers deprived from the benefits of the whole system replaces the former slave quarters, with few or no advantage.[14]

---

[13] BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ROMANO, Ana Maria. Trabalho escravo na floresta: uma leitura socioambiental. [Slave labor in the woods: a social-environmental Reading]. *In:* SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez. (Orgs.). *Código Florestal: desafios e perspectivas*. [Forest Code: Challenges and perspectives]. 1ª ed. São Paulo: Editora Fiuza, 2010, v. 01, pp. 90-91.
[14] *Idem. ibidem*, p. 91.

Upon slavery abolishment, in 1888, the released black people were cast to their own luck. No project was designed to promote inclusion of that free and unqualified labor, leading to misery and human degradation over a century later: in the field, dispossessed rural workers and labor in the powers of the enticers; in the cities, domestic workers who, only recently and after too much polemic, were assigned the same labor rights as the remaining employees, in order to mention the most flagrant examples.

3. Contemporary slavery: some representations

3.1. Slave labor in the field: modern technology X archaic relations

The contemporary slavery is characterized by the impossibility of breaking the labor relationship by the worker, which differentiates it from the colonial slavery. However, the contemporary slavery is based on an alleged debt the worker assumes with the receiver of his/her labor, which begins upon funding the transportation to the work place.[15] In case of the rural worker, his/her "imprisonment" to the agreement by the debt contracted upon by acquiring food items in the grocery of the own farm, in addition to work devices is quite common, which practice is subject to sentence by the Labor Law.[16]

According to Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, the slave labor is present when the agreement is contracted upon by means of fraud or enticement, with worker having received an interesting work proposal, usually far from his/her hometown. Submitted to degrading labor conditions, he/she is subject to an excessive work shift, having his/her salary paid fully *in natura* and being prevented, by the use of violence or threat, from ending the labor relationship, on the grounds that he/she would have contracted upon unsettled debits with the receiver of his/her labor.[17]

It represents a severe breach to the Human Rights and, even occurring in activities deemed as evolved from the technological point

---

[15] The same rationale is applied to the illegal immigrants, usually Bolivian people, who work in the textile manufacturing, in cities like São Paulo. In such regard, refer to: BARUKI, Luciana Veloso Rocha Portolese; BERTOLIN**,** Patrícia Tuma Martins; Fernandez. Migrantes clandestinos na região central de São Paulo: a inclusão perversa. [Clandestine migrants in the central region of São Paulo: perverse inclusion.] *In:* BOGGIO, Paulo Sérgio; CAMPANHÃ, Camila. (Orgs.). *Família, Gênero e Inclusão Social*. 1ª ed. Memnon: São Paulo, 2009, pp. 107-119.

[16] Provision of products by the employer himself with coercion or enticement for use of the grocery or the services, usually located in the establishment is called truck system or slavery by debt by the Labor Law. Such practice is prohibited by art. 462, § 2, of the Consolidated Labor Laws (CLT).

[17] SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil.* São Paulo: LTr, 2001, p. 20.

of view, such as the agribusiness[18], it is always characterized by misery and unawareness of rights, by the worker, allowing for one of the authors of this essay, in joint authoring with Ana Maria Romano, focused on the subject, in another situation, to verify the following:

> ...social sustainability is as – or more – disrespected as/than environmental sustainability. It occurs because, in Brazil, the historic-cultural appeal is too strong as to the fact that the arms who plant and harvest are used to be exploited. Thus, in spite of the normative strength of the Constitution, the social function of the property, as a content to provide legitimacy to the law itself, finds resistance in the spirit, in the consciousness of the people.
> Exploitation begins upon excessive hierarchy of the social relations in the field: the social-economic differences are so big that the model "manor house-slave quarter" remains alive.[19]

In 1994, the Human Rights Watch and Center for Justice and International Law (CEJIL) Organizations, jointly with the Pastoral Land Commission (CPT), applied for a petition to the Inter-American Commission of Human Rights (CIDH) against Brazil, denouncing the case of the slave worker José Pereira. José, a minor, was severely injured while trying to escape with the worker known as "Paraná", who was dead, from the Farm Espírito Santo, where both of them worked, in Sapucaia, Pará, in 1989.

Brazil was accused of not properly responding to the denouncements on such practices and for the lack of interest in investigating the murder. At that time:

> The victim [José Pereira], who was seventeen (17) years old, jointly with other sixty (60) workers, were held against their will and forced to work with no compensation and under unhuman and illegal conditions. When trying to escape from the farm, José Pereira and another worker were hit by the shoots of a firearm. José Pereira was hit by the shoots, but he survived, because his aggressors thought he was dead. The other worker following him, only known by his

[18] In such regard, refer to: ROMANO, Ana Maria; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O Brasil e os biocombustíveis: quem ganha com isso? [Brazil and the biofuel: who earns with it?] *In: REID - Revista Internacional de Direito e Cidadania*, April/2001, pp. 145-162. Also available in the online version, through the website: http://www.reid.org.br/?CONT=00000247. Access on 06.09.2015.

[19] ROMANO, Ana Maria; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O Brasil e os biocombustíveis: quem ganha com isso? [Brazil and the biofuel: who earns with it?] *In: REID - Revista Internacional de Direito e Cidadania*, April/2001, pp. 145-162. Also available in the online version, through the website: http://www.reid.org.br/?CONT=00000247. Access on 06.09.2013.

> nickname “Paraná”, was dead. Their bodies were taken by a truck for the murderers and left at a land near another farm. José Pereira managed to get to this other farm and was assisted, which made possible for him to file charges.[20]

In 2003, Brazil signed an agreement with the denouncing entities, acknowledging its international liability on the case, paid indemnity to José Pereira and approved the Act no. 10.706/03, creating the commitment to implement public policies and legislations concerning prohibition of slave labor. On such same act, the National Board for Slave Labor Eradication (CONATRAE) was created, significant landmark to fight contemporary slavery.

In the cities, there are other relations being established more or less under the same patterns. We shall analyze below the domestic labor, especially the child one, and the labor of the immigrants, mostly Bolivians, in the textile manufacturing industries in cities such as São Paulo.

3.2. In several Brazilian cities, domestic child labor persists

Like the other manual works, the domestic labor may also be associated with the slavery present in the Brazilian colonization, being part of the gender and race discrimination process operated in the Country, which may be read in a central work aimed at studying the Brazilian roots:

> To the good figure of the black nursemaid who, at the patriarchal ages, raised the boy by breastfeeding him, shaking him on his net or cradle, who taught him his first wrong Portuguese words, the first “Lord’s prayer”, the first “Hail Mary prayer” (...), feeding him with the first manioc flour mush with meat (...) – other presences of black people occurred in the lives of the Brazilians from the past. The presence of the toy-sharing kid. The old, story-teller negro. The *mucama*. The cook...[21]

---

[20] SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Trabalho escravo contemporâneo. [Contemporary slave labor]. *In:* SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário Aplicado ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012, p. 989.

[21] FREIRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.* [Manor House & Slave Quarter: formation of the Brazilian family under the patriarchal economy regime.] 22ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1983, pp. 335-336.

There is another aspect in which the presence of the Brazilian colonization is noted. In the Country, in which agriculture was dominant as economic activity, using slave labor, the proprietors of the sugar plantation complexes used to hold, in addition to the economic power, the political power. Even after abolishment of the slavery, such landholders, the "colonels", remained powerful also politically, by controlling the voting system, by means of the "vote corralling" and having many "godsons", who were in charge of "protecting", at the cost of the government structure – and who served them.[22]

Maybe it helps explaining why, in Brazil, such reality still exists. However, this is not a solely Brazilian phenomenon, since all over the world there are about 10.5 million children working as maids, according to data from the research made recently by ILO:

> Around 10.5 million children all over the world, most of whom minors, work as maids in houses of other people, in some cases under hazardous and slavery-related conditions, in accordance with a new report by the International Labor Organization (ILO) disclosed today (11). Out of such working children, 6.5 million are aged between 5 and 15 years. Over 71 percent are girls. According to the most recent data mentioned in the new ILO report – ***Erradicar o trabalho infantil no trabalho doméstico [Eradicating child labor in the domestic work] –,*** these children work at third-party or employers' houses, carrying out tasks such as cleaning, ironing, cooking, gardening, water gathering, taking care of other children or elderly. (...) It is estimated that additional 5 million children, who are above the minimum legal age for work in their countries, are involved in compensated or non-compensated domestic work.[23]

As to the domestic child labor in Brazil, it is estimated that there were over 200 thousand children and adolescents working on it, notwithstanding the child labor eradication programs existing in the country. According to data from the National Forum for Prevention

---

[22] In such regard, refer to: LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto.* [Coronelism, hoe and vote.] 4ª ed. São Paulo: Ed. Alfa-Ômega, 1978. Also José Murilo de Carvalho notes: *The more unequal the coronel-worker relationship was, there was minimum reciprocity. In exchange for work and loyalty, the worker received protection against the police and assistance when needed. There was an implied understanding regarding such mutual obligations. This side of the relationships concealed the worker exploitation and helps explaining durability of the power of the coronels.* (*Cidadania no Brasil: o longo caminho [Citizenship in Brazil: the long way]*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 64).

[23] ILO. *Notícias: 10,5 milhões de crianças no trabalho infantil doméstico em todo o mundo.* [News: 10.5 million children in domestic child labor all over the world.] June, 2013. Available at: http://www.ILObrasil.org.br/content/105-milhoes-de-criancas-no-trabalho-infantil-domestico-em-todo-o-mundo. Access on: 10.09.2013.

and Eradication of Child Labor (FNPET), based on the data from PNAD/IBGE (2008-2011):

> While the number of children and adolescents aged between 5 and 17 years who worked fell 17.9% in this period, the number of cases of children and adolescents working in domestic child labor decreased from 325 thousand (2008) to 258 thousand (2011) – reduction of 67 thousand cases. In proportional terms, the reduction was only 0.2 percent: from 7.2% in 2008 to 7% in 2011. (...) According to the 2011 research, 93.7% of the children and adolescent universe working in domestic child labor are girls (241 thousand). Boys amount to 16 thousand. And 67% of domestic child workers are black-colored (172.666) while the non-black people amount to 85.026. "This data expresses the iniquity of gender and race occurring in the domestic child labor", asserts Isa [executive secretary of FNPETI]. (...) In 2011, out of the universe of 258 thousand children and adolescents (aged 5 to 17 years) under domestic child labor who provided services to other families, 102.668 (39.8%) were in the Northeast; 66.663 people (25.9%) in the Southeast; 35.590 (13.8%) in the North; 34.755 (13.5%) in the South and 18.015 (7%) in the Mid-West.[24]

The arguments used by the employers to attract the child to the domestic work are usually the same: they allege the child will be treated as their daughters, ensuring to them study and access to growth opportunities. In practice, however, while their children go to private schools and have time for the childhood plays, the maid girls are denied all of that, even access to public school.[25]

Parents of the working children also lack enough sense on the several problems that exercising such activities can cause to the children. The reality in which most of them is inserted causes many of them to see in delivering their children a positive possibility:

> ...that is the pain of extreme poverty which explains the reason for people to deliver their daughters for exploitation, as maids, at the houses of others. For

[24] FNPETI. *Números do trabalho infantil doméstico no Brasil preocupam: A situação do trabalho infantil doméstico no Brasil pouco se alterou entre 2008 e 2011, de acordo com relatório divulgado pelo FNPETI.* [Figures of domestic child labor in Brazil are of concern: Situation of domestic child labor in Brazil had few changes between 2008 and 2011, according to the report disclosed by FNPETI.] June, 2013. Available at: http://www.fnpeti.org.br/destaque/numeros-do-trabalho-infantil-domestico-no-brasil-preocupam/. Access on: 10.09.2013.

[25] DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas: legislação e realidade social.* [Maid girls, childhood destroyed: law and social reality.] São Paulo: Ed. LTr, 2007, p. 90.

> these parents, such donation represents freeing their daughters from misery, because they imagine she will have school, food, a house, clothes, shoes and leisure assured to her. That is the chance of a future different from theirs...[26]

Such chance, almost always, is frustrated and the conditions of the children and adolescents are precarious:

> Most of the children do not receive income for their work: 65% of working children who study and 45% of those who don't study have zero income. Out of children aged 7 to 15 years working and receiving salaries, the average monthly salary of those studying is BRL 151, while the salary of those who don't go to school is VRL 226.18.[27]

This type of exploitation, based on false solidarity is one of the worst ways of slavery. It is deplorable to witness, still lately, such reality. Statistics and studies show there was a small decrease in the number of children and adolescents working as maids under slavery-related conditions. However, the figures continue high and the reality still worries.

3.3. Clandestine migrant labor in the textile manufacturing industry

Another form of contemporary slavery is present in the "globalized world", in which circulation of workers occurs, many times, in a not so free way, being leveraged by the inexistence of employments in the countries of origin: work of immigrants in textile manufacturing industry.

As noted by Leonardo Cavalcanti, expressions like "cultural diversity" and "multiculturalism" have been many times used distorted, for the purpose of justifying political actions aimed at excluding the non-nationals. Differently from racism, a situation in which the other is explicitly lowered, the xenophobia and ethnocentrism use strategies which exalt ethnic differences and cultural identities, naturalizing the differences and then trying to justify the inequalities.[28]

---

[26] *Idem. ibidem*, p. 71.

[27] Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Comunicado da Presidência. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio. Primeiras Análises: Mercado de Trabalho, Trabalho Infantil e Previdência*. [National Research by Sample of House. First Analyses: Work Market, Child Labor and Social Security.] v. 2. n. 10. September 30, 2008. Available at: http://www.ipea.gov.br/default.jsp. Access on: 30/09/2008.

[28] CAVALCANTI, Leonardo. Imigrantes na cidade: paradoxos e pleonasmos. [Immigrants in the city: paradoxes and pleonasms.] *In: Revista Travessia. Revista do Migrante.* Ano XVIII, nº 51, January-April, 2005, p. 22.

Existence of huge contingent of clandestine immigrant workers is evident, in almost entirety comprised of Bolivians, working in the textile manufacturing industry, in the central region of São Paulo, in districts like Bom Retiro, Pari and Brás.[29]

Studies show the slaved workers are mostly migrants, analphabets, clandestine people, handicapped people, sick, alcoholics and people who never had any identity documents. Most of them are men, aged between 18 and 44 years, and 85% of the rescued people had started working under 12 years of age.[30]

They usually come to Brazil with promises of finding here better life and working conditions, being in debt with the person who funds their trip. Very often, when they get here, they have their documents seized. They work clandestinely and under degrading conditions, complying with excessive work shifts and living in the work place.

The prejudice in relation to the migrant, deemed to belong to a lower culture, regretfully does not exist in relation to the goods manufactured from their work, for which low prices are charged:

> The productive chain of the profitable textile manufacturing market is summarized into recruiting cheap labor from Bolivia (around 1200 to 1500 get here per month to work in São Paulo). Most of them in small, clandestine textile plants located in 18 districts of São Paulo which provide the goods to the large stores, such as Marisa, Riachuelo, Renner, C&A etc.[31]

Thus, both the worker slaved on the field, and the maid girls and Bolivian immigrants in the textile manufacturing industry, are involved in a chain which prevents Brazil from putting into practice the essential rights outlined in the 1998 Statement of Principles, a chain which is strengthened by the sure impunity by those who slave them and by the disrespect to the dignity of the person who works, inheritances from our enslaver past.

4. Measures adopted by Brazil towards eradicating the Slave Labor

Recently, in the State of São Paulo, the Act no. 14.946/13 was promulgated and sanctioned, which seizes the registration of Tax on Goods and Services (ICMS) from companies proved to be involved

---

[29] In such regard, refer to: BARUKI, Luciana Veloso Rocha Portolese; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; Fernandez. Migrantes clandestinos na região central de São Paulo: a inclusão perversa. [Clandestine migrants in the central region of São Paulo: perverse inclusion.] *In:* BOGGIO, Paulo Sérgio; CAMPANHÃ, Camila (Orgs.). *Família, Gênero e Inclusão Social*. 1ª ed. Memnon: São Paulo, 2009, pp. 107-119.

[30] MPT. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013, p. 13.

[31] *Idem. ibidem.*

with slave labor, preventing them from establishing commercial relationships. In addition, the government has the State Board for Slave Labor Eradication (COETRAE-SP)[32], set-up by the Decree no. 57.368, dated September 26, 2011, and aimed at proposing mechanisms for prevention and weakening of the Slave Labor in the State, jointly with the National Program of Decent Labor, with the National Plan of Slave Labor Eradication and with the National Plan of Weakening People Trafficking.

Some other States, inspired by the act in São Paulo, such as Mato Grosso do Sul, Tocantins, Rio de Janeiro and Maranhão, presented similar proposals. The latter, in turn, lost the chance to advance in fighting the slave labor, by prohibiting a bill on the matter. According to the news of the NGO Repórter Brasil:

> The governor of the State of Maranhão, Roseana Sarney (PMDB), prohibited the bill no. 169/2013, which had been approved in the State Legislative Assembly and providing for seizure of the registration of Tax on Goods and Services (ICMS) of companies evidenced with slave labor. The veto was published in the Monday issue (5) [05.08.2013] of the Official Gazette of the Legislative Assembly and, in her justification, the governor alleged that the text is unconstitutional.[33]

A research by COETRAE-MA, in 2007, showed Maranhão was the main provider of slave labor. In spite of that, the State vetoed the Bill no. 169/2013.

The Labor and Employment Department (MTE) has also been working to fight work under slavery-related conditions, by means of the surveillances. Partner of the National Plan for Slave Labor Eradication, document drafted by the Special Board of the Board for Defense of Human Person Rights (CDDPH), established by the Resolution no. 05/2002 of CDDPH.

Currently, MTE has ten mobile groups, out of which four are for fighting slave labor.[34] In spite of having small number of fiscal labor auditors, the MTE, jointly with the Public Labor Prosecutor's Office (MPT), has reached good results.

The fiscal labor auditor Paulo César Lima, in an interview to the magazine *Labor,* of MPT, when asked about the story that touched him most in the rescues, answered:

> The case of the boy Abel. He was 12 years old and worked in a coal-pit in Açailândia (MA). I talked to him. – How is your

[32] Several States have the State Board for Slave Labor Eradication (COETRAE), such as, TO, CE, MT, RS, RJ, BA, MA and GO.

[33] Repórter Brasil. *Notícias: Governadora do Maranhão veta lei contra escravidão*. [News: Governor of Maranhão prohibits law against slavery.] 07.08.2013. Available at: http://reporterbrasil.org.br/2013/08/governadora-do-maranhao-veta-lei-contra-escravidao/. Access on: 10.09.2015.

[34] MPT. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013, p. 9.

> life here? – I wake up 5 in the morning. I go to take a bath, have breakfast and start to flag [place wood under the condition of being measured]. Then, I fill up the furnace and have lunch. I stop at 4 p.m. – And don't you play or study? – I don't have time for this. A 12-year-old child deprived from hope. He had no life perspective. He lived saving money to buy a house for his mother, who had leg issues. His biggest dream was having a bicycle. He was released and received some money. I've never heard of Abel again.[35]

MTE keeps an enrollment of companies and people notified due to slave labor exploitation, regulated by the Inter-Departmental Ordinance no. 2, dated May 12, 2011, updated in June, 2013, called "black list of slave labor".[36] In the update dated June 28, 2013, 136 new employers were included, 6 were included again and 26 were excluded. According to the Labor and Employment Department:

> Among the new inclusions, we highlight that there are 61 employers whose major economic activity is cattle raising, 14 related to vegetal coal production and 09 to wood extraction. It should also be highlighted that among the 136 names included in the update, there were 46 occurrences in the State of Pará, 19 in Minas Gerais and 13 in Tocantins.[37]

The "black list of slave labor", created in 2003, aims to provide more transparency to the actions by the public authorities in fighting slave labor. The list contains the slave labor exploiter employers which had the chance to defend themselves in first and second administrative spheres.

For these and other actions, Brazil has developed in fighting contemporary slave labor, such that Luiz Machado, Coordinator of the Slave Labor-Fighting Project of the International Labor Organization in Brazil, asserted that currently the Country is...

> *..."global reference in Slave Labor-fighting", complimented the regulation of the new law and defended that the Proposal of Constitutional Amendment 157/A (former PEC 438), the Slave Labor PEC, would be approved in the National Congress. Such*

---

[35] MPT. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013, p. 11.

[36] The "black list of slave labor" had been originally established by the Ordinances no. 1.234/2003 and no. 540/2004, both from MTE.

[37] MTE. *Portaria do MTE cria cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo.* [MTE Ordinance creates register of companies and people sentenced by exploitation of slave labor.] Available at: http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo.htm. Access on: 11.09.2015.

> *measure establishes expropriation of proslavery properties.*[38]

The Public Labor Prosecutor's Office (MPT) has the National Coordination Office for Slave Labor Eradication (CONAETE) aimed at eradicating Slave Labor, by means of investigations, judicial and extrajudicial actions promoting punishment of the employer, as well as prevention of the crime and inclusion of the worker rescued in the labor market.

The data from the Division of Inspection for Slave Labor Eradication of MTE show that over 43 thousand workers were rescued between 1995 and 2012. São Paulo had 75 denouncements of urban slave labor only in the year 2012.[39]

Companies which exploit slave labor are sentenced, in some cases, by "Social Dumping", which means *market share at the cost of little ethical resources such as irregular labor exploitation (...) – evasion of labor rights to increase profit and promote unfair competition.*[40]

All such actions aim to provide efficacy to the Conventions no. 29 and 105, of ILO, with the technical cooperation of governmental agencies and offices of other partners, such as the Non-Governmental Organization Repórter Brasil, for fighting forced labor and reoccurrence prevention.

Conclusions

In the second decade of the century XXI the colonial slavery still produces effects in Brazil, even if under new features, such as domestic child labor and that of clandestine Bolivian immigrants in the textile manufacturing industry.

Both worker slaved in the field, and the maid girls and Bolivian immigrants in textile manufacturing, are involved in a mesh which prevents Brazil from putting into practice the essential rights outlined in the 1998 Statement of Principles, a mesh which is strengthened by the sure impunity by those who slave them and by the disrespect to the dignity of the people who work, inheritances of our enslaver past.

The diagnosis and understanding of such phenomenon are vital for the Country to be able to eradicate forced labor or labor under

---

[38] Repórter Brasil. Available at: http://reporterbrasil.org.br/2013/05/alckmin-regulamenta-lei-que-cassa-icms-de-empresas-que-empregam-trabalho-escravo/. Access on: 11.09.2015.

[39] MPT. Um problema do Brasil contemporâneo. [A problem of the contemporary Brazil.] *In: Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013, pp. 14 e 20.

[40] MPT. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013, p. 20.

slavery-related conditions, taking into account that the misery and inexistence of distributive social politics work like a type of trampoline for slavery of the working person.

Brazil is far from eradicating the slave, forced or compulsory labor, but some actions taken into effect over the last years are being able to free up workers submitted to such conditions.

As to the penalties for the exploiters of slavery-related labor, although there has been a clear development by the criminal law, by penalizing the conduct, imposing imprisonment penalty to the agents who incur into it, the Judiciary branch has not applied the law satisfactorily, which is essential for the change of enslaver mindset still operating in the Country, moreover in distant regions, where inspection has difficult access and where the power of the “coronels” is still strong, assuring to them the surety of impunity.

The 1998 Statement, by dealing with the issue as an essential right in the work, imposing its compliance to all Member States, provided means for the Law and the Public Policies in the Country to evolve, enabling inclusion of such workers into the Brazilian society, in a democratic and citizen-like way. Facing it with courage is urgent, because, in the middle of the century XXI, this situation should have been solved, being summarized into a sad story in the books of the Brazilian History.

References

BARUKI, Luciana Veloso Rocha Portolese; BERTOLIN**,** Patrícia Tuma Martins; Fernandez. Migrantes clandestinos na região central de São Paulo: a inclusão perversa. [Clandestine migrants in the central region of São Paulo: perverse inclusion.] *In:* BOGGIO, Paulo Sérgio; CAMPANHÃ, Camila. (Orgs.). *Família, Gênero e Inclusão Social*. 1ªed.Memnon: São Paulo, 2009, pp. 107-119.

BELISARIO, Luiz Guilherme. *A redução de trabalhadores à condição análoga à escravidão. [Reduction of workers to the slavery-equivalent conditions]* São Paulo: LTr, 2005.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; ROMANO, Ana Maria. Trabalho escravo na floresta: uma leitura socioambiental. [Slave labor in the woods: a social-environmental Reading] *In:* SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez. (Orgs.). *Código Florestal: desafios e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Fiuza, 2010, v. 01, pp. 80-99.

CARVALHO, José. *Cidadania no Brasil: o longo caminho [Citizenship in Brazil: the long way]*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CAVALCANTI, Leonardo. Imigrantes na cidade: paradoxos e pleonasmos. [Immigrants in the city: paradoxes and pleonasms.] *In Revista Travessia. Revista do Migrante.* Ano

XVIII, nº 51, janeiro-abril de 2005.

DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas: legislação e realidade social.* [Maid girls, childhood destroyed: law and social reality.] São Paulo: Ed. LTr, 2007.

Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente. [Employment, human development and decent work: recent Brazilian experience]. Brasília: CEPAL/ PNUD/ILO, 2008.

FELICIANO. Guilherme Guimarães. Violência sexual contra a criança e o adolescente no marco da precarização das relações de trabalho [Sexual Violence against children and adolescents in the landmark of precariousness of the labor relationships]. Revista da associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV. Nº 3, ano 2010. LTr: São Paulo, 2010.

FNPETI. *Números do trabalho infantil doméstico no Brasil preocupam: A situação do trabalho infantil doméstico no Brasil pouco se alterou entre 2008 e 2011, de acordo com relatório divulgado pelo FNPETI.* [Figures of domestic child labor in Brazil are of concern: Situation of domestic child labor in Brazil had few changes between 2008 and 2011, according to the report disclosed by FNPETI.] June, 2013. Available at: http://www.fnpeti.org.br/destaque/numeros-do-trabalho-infantil-domestico-no-brasil-preocupam/. Access on: 10.09.2015.

FREIRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.* [Manor House & Slave Quarter: formation of the Brazilian family under the patriarchal economy regime.] 22ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1983.

GOMES, Ana Virgínia Moreira; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Meaning of the Statement of Essential Principles and Rights of Workers in the position of ILO as the international organization able to ensure a labor content in the globalization process. *In: Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 119, 2005, pp. 15-30.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto.* [Coronelism, hoe and vote.] 4ª ed. São Paulo: Ed. Alfa-Ômega, 1978.

MPT. *Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho.* Ano I, nº 1, 2013.

MTE. *Portaria do MTE cria cadastro de empresas e pessoas autuadas por exploração do trabalho escravo.* [MTE Ordinance creates register of companies and people sentenced by exploitation of slave labor.] Available at: http://portal.mte.gov.br/trab_escravo/portaria-do-mte-cria-cadastro-de-empresas-e-pessoas-autuadas-por-exploracao-do-trabalho-escravo. htm. Access on: 11.09.2013.

ILO. *Notícias: 10,5 milhões de crianças no trabalho infantil doméstico em todo o mundo.* [News: 10.5 million children in domestic child labor all over the world.] June, 2013. Available at: http://www.ILObrasil.org.br/content/105-milhoes-de-criancas-no-trabalho-infantil-domestico-em-todo-o-mundo. Access on: 10.09.2013.

Repórter Brasil. *Legislação Brasileira* [Brazilian Law]. Available at: http://reporterbrasil.org.br/trabalho-escravo/legislacao-brasileira/. Access on: 10.09.2013.

_____. *Notícias: Notícias: Governadora do Maranhão veta lei contra escravidão*. [News: Governor of Maranhão prohibits law against slavery.] 07.08.2013. Available at: http://reporterbrasil.org.br/2013/08/governadora-do-maranhao-veta-lei-contra-escravidao/. Access on: 10.09.2015.

ROMANO, Ana Maria; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. O Brasil e os biocombustíveis: quem ganha com isso? [Brazil and the biofuel: who earns with it?] *In: REID - Revista Internacional de Direito e Cidadania*, April/2001, pp. 145-162. Also available in the online version, through the website: http://www.reid.org.br/?CONT=00000247. Access on 06.09.2015.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário Aplicado ao Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2012.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil.* São Paulo: LTr, 2001.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 143-152
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Análise socio-jurídica da desigualdade no acesso à cidade: condições de moradia dos imigrantes nordestinos - um estudo de caso

Socio-juridical analysis of inequality in access to the city: housing conditions of northeastern immigrants - a case study

TELMA DIVINA NOGUEIRA RODRIGUES[1]
Universidade de Rio Verde - UniRV (Brasil)

Sumário: Introdução; 1. Direito à cidade e acesso à moradia: instrumentos regulatórios no município de Rio Verde – Goiás; 2. Material e Método; 3. Análise e Discussão; Considerações Finais; Referências.

Resumo: Trata-se do direito à cidade e descreve a segregação socioeconômica dos imigrantes nordestinos no Bairro Popular da cidade de Rio Verde – Goiás. É uma pesquisa de campo que objetiva analisar o fenômeno da moradia, do afastamento do grupo social e a relação de pertencimento dos investigados com os recursos oferecidos pelo bairro. Justifica-se por mostrar a necessidade de se construir uma política que elimine a desigualdade social e favoreça a inclusão na cidade de forma que os trabalhadores migrantes recebam as qualidades e os benefícios que a vida urbana oferece. O planejamento urbano, elaborado com leis específicas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil, constitui o instrumento básico no combate à dificuldade de acesso à cidade.

Palavras-chave: Moradia; cidade; questão urbana e imigração.

Abstract: This study addresses the right to the city and describes the socioeconomic segregation of the Northeastern immigrants in the district Bairro Popular of the city of Rio Verde - Goiás. It is a field research that aims to analyze the phenomenon of housing, the separation of the social group and the sense of belonging of the subjects in relation to the resources offered by the neighborhood. This study is justified because it shows the need to construct a policy that eliminates social inequality and favors inclusion in the city so that migrant workers are able to enjoy the qualities and benefits that urban life offers. The urban planning, elaborated with specific laws from the Constitution of the Federative Republic of Brazil, constitutes the basic instrument in the fight against the difficulty of access to the city.

Keywords: Housing; city; urban issue and immigration.

Introdução

Na última década do século XX e no limiar do século XXI, houve um visível crescimento na cidade de Rio Verde – Goiás. A mudança ocorreu, principalmente, no aspecto físico e ambiental em alguns bairros, como é o caso do Bairro Popular. De uma sociedade agropastoril, o município se transformou em uma sociedade de agronegócios, porém o avanço na economia trouxe consigo problemas com consequências sociais, econômicas, políticas e jurídicas. A questão da moradia faz parte destas transformações.

[1] Professora Titular da UniRV. Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

Ao longo de sua história de ocupação, a exemplo de outros municípios da região, no estado de Goiás, Rio Verde se formou a partir de um núcleo de colonização e de escoamento de produtos, segundo uma ordem de expansão física impulsionada pelas atividades econômicas empreendidas. Este município teve, de fato, um início marcante de ocupação no século XIX, durante a queda do ciclo do ouro, uma vez que a área que favorecia a pastagem se apresentava no caminho para a economia agropastoril.

Com a chegada do agronegócio, no século passado, empresas como a Perdigão, hoje Brasil Foods S/A e abertura de cooperativas, com destaque à Cooperativa Mista dos Produtores Rurais – COMIGO, a cidade tornou-se um "El Dourado". Migração ocorreu de todos os lados, sobretudo de nordestinos. Com essa chegada, o espaço urbano foi se transformando, daí a necessidade de planejamento urbano capaz de dar melhores condições de moradia para todos os cidadãos que escolheram a cidade como local de sobrevivência para si e sua família.

A primeira lei, que dispôs sobre o direito urbanístico no município foi a de n°. 1748, de 05 de setembro de 1980. Versava basicamente sobre regulamentação de loteamento, arruamento, fracionamento de lotes, desmembramento de terrenos na área urbana e na área de expansão do município (RIO VERDE, 1980, Lei 1.748).

Há, expressamente, nesta lei definições de o que seria loteamento, arruamento, desmembramento, área urbana, área de expansão urbana da cidade e das vilas, áreas de recreação e local de usos institucionais.

Assim prescreve a lei que **loteamento** é subdivisão de áreas em quadras e estas em lotes destinadas à edificação de qualquer natureza, compreendendo o respectivo arruamento; **arruamento** é a abertura de qualquer via ou logradouro destinado à circulação ou utilização pública; **desmembramento** á subdivisão de área em quadras e estas em lotes e a subdivisão destes deveria ser de 360m² (o fracionamento desta medida dependeria de autorização da prefeitura, mediante requerimento, acompanhado de croquis, com área mínima de 180m², ressalvados os lotes já edificados) para edificação de qualquer natureza, com aproveitamento do sistema viário oficial, não podendo abrir novas vias ou logradouros públicos, nem prolongar as existentes; **área de expansão urbana da cidade e das vilas** é aquela que venha a ser ocupada por edificações contínuas dentro dos seguintes 10 (dez) anos; **área de recreação** é a reservada a atividades culturais, cívicas, esportivas, de lazer e contemplativas da população, tais como praças, bosques, parques e; **local de usos institucionais** é aquela reservada a fins específicos de utilização pública, tais como: educação, saúde, administrativa e templos religiosos (RIO VERDE, 1980, Lei 1.748).

Todas as definições são importantes, mas como objeto desta pesquisa, há o interesse investigativo, sobretudo no que se refere ao desmembramento do solo urbano na cidade, pois leva a demonstrar como é organizado o espaço destinado à moradia dos imigrantes nordestinos no Bairro Popular do município de Rio Verde – Goiás e como se deu o processo de urbanização: categoria de estudo do direito urbanístico e do direito à cidade.

Centrar-se neste aspecto é desvendar os elementos que levaram ao agigantamento do bairro, tornando-se uma célula independente da cidade, pois ali se concentra os mais diversos setores sociais, culturais e econômicos. O fenômeno da migração, e em especial a nordestina, é fator preponderante destas transformações, com reflexo na questão da moradia. A norma jurídica posta, que disciplina as edificações e o estabelecimento de alguns planos urbanísticos não foram suficientes para resolver o problema da moradia dos referidos imigrantes nordestinos que aqui residem em busca de trabalho e melhores condições de vida.

A história de Rio Verde está ligada a correntes migratórias que chegaram a Goiás oriundas do Pará, do Maranhão, da Bahia e de Minas Gerais. Os imigrantes que aqui aportaram receberam título de posse e concessão para explorarem a economia pastoril no Estado.

Ao contrário da formação do centro da cidade, em que os imigrantes aqui fixaram moradia, dedicando-se à criação de gado e à economia agrícola, a história

do Bairro Popular é construída pelo trabalho subordinado, isto é, por uma população desprovida de condições financeiras: trabalhadores braçais, precisamente o boia-fria e prestadores de serviços terceirizados para a prefeitura municipal da época. Estas duas subclasses da classe trabalhadora são consideradas os primeiros moradores de parte da região norte de Rio Verde, denominada Bairro Popular.

Criado no governo de Paulo Campos (1965 – 1968), o local em estudo recebeu inicialmente o nome de Vila, chamada pela população citadina de Vilinha dos Cachorros Sentados, devido ao grande número de cachorros de rua existentes. Os contratos de aquisição do imóvel são quase todos de gaveta. É um bairro ilegal com poucas escrituras; a posse dos lotes foi passada, em sua grande maioria, de pai para filho. Os descendentes moradores que possuem o título de propriedades, só o têm porque foram obrigados a escriturarem por questões litigiosas (inventário e outros).

Em um mesmo lote, moram integrantes da família tradicional que já constituíram nova família e outras famílias oriundas da migração. Significa que o lote é fracionado para servir de base para moradia de vários núcleos familiares; há construção de várias casas sem o devido licenciamento na prefeitura.

O modelo previsto para o bairro foi alterado de forma significativa. A transformação do meio ambiente leva à reflexão de que o ser humano faz parte do meio ambiente e que seu espaço habitado deve ser inserido nessa revisão de valores (DI SARNO, 2004).

O desafio, nesta pesquisa, é verificar se o direito urbanístico, na estrutura em que se apresenta como norma posta, atua ou não eficazmente diante da degradação da qualidade de vida que se instalou no Bairro Popular do município de Rio Verde.

1 Direito à cidade e acesso à moradia: instrumentos regulatórios no município de Rio Verde - Goiás

Neste item, analisou-se a positivação de normas do município de Rio Verde sobre o direito à cidade e à moradia como elemento fundamental de garantia dos direitos humanos para todos e para todas, são subsidiadoras da pesquisa de campo que se trata da desigualdade no acesso à moradia pelos migrantes nordestinos no Bairro Popular de Rio Verde.

O direito urbanístico, modalidade dos novos direitos, criado com o advento do Estatuto da Cidade – Lei 10 257/2001, busca disciplinar a urbe, com o propósito de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, tendo como pressuposto o princípio da dignidade da pessoa humana com fulcro na Constituição Federal.

A previsão desse direito é, como fora dito, constitucional. Surgiu da necessidade de normatizar sobre o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar do cidadão. Os artigos da Constituição Federal DO Brasil que se referem à execução da política urbana são os 24, I e 182, §4°.

No artigo 4° do Estatuto da Cidade, existem os instrumentos da política urbana que devem ser criados em nível da municipalidade. Dentre os inúmeros instrumentos previstos, o ordenamento jurídico em tela traz a necessidade de elaboração de planos de desenvolvimento econômico e social; instituição jurídica e política de normas que preveem a concessão de uso especial para fins de moradia, bem como oferecimento de assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos (BRASIL, ESTATUTO DA CIDADE, 2013).

Com o intuito de verificar a efetividade dessas garantias, foram analisados, neste trabalho, instrumentos legais do município de Rio Verde, com ênfase na Constituição Municipal, também denominada Lei Orgânica do Município, e no Plano Diretor elaborado por imposição da Carta Magna e do Estatuto da Cidade. Nesses dois documentos, há a exigência da construção do Plano Diretor, destinado a

cidades com mais de 20 (vinte) mil habitantes e que deve ser atualizado a cada dez anos. O Plano Diretor é o instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Sobre o direito à cidade e à questão urbana, a cidade nasce e se desenvolve como polo atrativo de convivência. Nesse sentido Lefebvre (2001) assevera que as necessidades sociais têm fundamento antropológico oposto e complementar. Compreendem a necessidade de segurança e de abertura, a necessidade de certeza e de aventura, da organização do trabalho e do lazer, as necessidades da previsibilidade e do imprevisto, de unidade e de diferença, de isolamento e de encontro de trocas e investimentos. O lugar próprio para concretizar tais necessidades é a cidade, aí esta o porquê da questão urbana.

É nessa complexidade que todos buscam ou anseiam buscar seu direito à cidade e à moradia. Habita-se aqui e ali. Em espaços de luxo ou de simplicidade a cidadania é construída. Isso significa recepção, adoção e transmissão de saberes, experiências; é o *modus vivendi.*

Tal relação leva à disputa pela ocupação do solo urbano e, por conseguinte, faz-se necessário o enfrentamento da questão urbana pela tecnologia jurídica, visando à busca de soluções mais justas, mais sociais e mais inclusivas. Nessa seara, Pereira (2014, p.758) discorre que “o desenvolvimento da cidade deve estar atrelado ao atendimento de suas funções sociais e à garantia do bem-estar de seus cidadãos”.

Assim sendo, buscaram-se, no direito positivado no ordenamento jurídico municipal, documentos regulatórios que visem à efetivação de ações implementadoras de acesso à moradia, garantindo o direito ao mínimo existencial, com vistas à elevação do padrão civilizatório comum na cidade de Rio Verde.

Elaborar tais instrumentos e zelar pela referida efetividade do direito à moradia é função do poder público. O Estado (aqui representado pela municipalidade) deve ordenar o pleno desenvolvimento da cidade, assegurando, então, o bem-estar de seus munícipes com implementação de políticas públicas que assegurem a inserção social a partir de acesso à moradia e à ocupação do solo na conformidade da ordem urbanística.

O material empregado foram os documentos legislativos municipais que se encontram no site da Câmara Municipal e na página de marcos legais da Prefeitura de Rio Verde. Documentos legislativos da União, precisamente a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade – Lei 10 257/2001. Também foram empregadas obras de doutrinadores do Direito Urbanístico e do grupo de trabalhos sobre a questão urbana e desenvolvimento regional das Ciências Sociais. A pesquisa é bibliográfica e documental; o método empregado é o hipotético dedutivo; e a técnica é a do fichamento e da síntese.

A discussão percorre a análise dos documentos regulatórios do município, no que se refere a dispositivos a que se aplica o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no que tange ao direito à cidade e à moradia. A realização do desenvolvimento urbano é de instância local.

Compete ao município exercer plenamente sua competência de legislar sobre o referido direito à moradia. Competência, aqui, deve ser compreendida de acordo com Di Sarno (2007, p.62) como sendo “a particularização do poder do Estado em alguma pessoa (ente público), que recebe esta realidade através de disposição legal. Esta responsabilidade é atribuída para que os fins do Estado se realizem através de atos e fatos jurídicos”.

Buscou-se como resultado a observância, no regramento jurídico local, do estatuído, em regime de cooperação com Estado-membro e União de políticas públicas voltadas para a moradia, conforme disposto no art., 24, I e 182, §4° da Constituição Federal e nos artigos 4° e 5° do Estatuto da Cidade.

A Constituição Federal do Brasil assevera que: “Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário e urbanístico.” (BRASIL, 2013, p.34).

A Lei Maior aponta a competência da União para normatizar o direito urbanístico, porém com características de generalidade. Considerando suas particularidades e realidades, compete ao município promover e determinar o ordenamento do solo e a realização do desenvolvimento local (DI SARNO, 2006).

Sobre a competência da municipalidade, o art. 182 da Constituição Federal preceitua: “Art.182: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei; tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” E ainda dispõe no parágrafo a seguir do mesmo artigo da referida Lei: “ [...] §4° É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, [...]” (BRASIL, 2013, p.79).

Os instrumentos de Política Urbana estão previstos no Estatuto da Cidade, capítulo II, seções I e II, artigos 4° e 5°. Nestes dois artigos, em consonância com a Lei Maior, há o tratamento das políticas urbanas na organização da cidade, preconizando sua função social.

Temas como planejamento municipal com a criação do plano diretor com revisões periódicas, ocupação do solo, parcelamento, gestão participativa, desapropriação, concessão de uso especial para fins de moradia, estão presentes neste instituto jurídico. A partir das constatações nas leis da União, a discussão partiu para o estudo do regramento municipal e da criação de leis específicas sobre o direito à cidade e à moradia.

Entre União e Município não há competência hierarquizada, assumem uma estrutura verticalizada, isto é, respeitam-se as decisões gerais da União, mas é preciso normatizar a política urbana atendendo aos interesses e às particularidades do Município. É a instância local que tem competência material e legislativa para realizar a política urbana e a Prefeitura Municipal necessita da Câmara Municipal para aprovação das leis de cunho urbanístico.

A lei orgânica do município de Rio Verde, de 05 de abril de 1990, fez previsão no que está disposto na constituição de 1988. Nela, existe a previsão da construção de um plano diretor, a ser aprovado pela câmara municipal, como instrumento básico da politica de desenvolvimento e de expansão urbana.

Sobre o direito à moradia, objeto desta pesquisa, o artigo 213 da lei orgânica municipal reza: “Art. 213 O município destinará dotações orçamentárias especificas para programas de moradia popular”. O parágrafo único preconiza a necessidade da participação popular: “Paragrafo único – A participação popular será garantida na definição e aplicação da politica de desenvolvimento urbano e habitacional a nível municipal”.

Há vinte e sete anos o município de Rio Verde normatizou o principio fundamental de garantir moradia aos que dela necessitam, antecipando a previsão do Estatuto das Cidades de 2001, na positivação da obrigatoriedade da elaboração de politicas públicas destinadas ao direito à moradia pelo município.

A partir da lei orgânica e das exigências das leis da União (Constituição Federal e Estatuto das Cidades), foram elaborados dois documentos regulatórios da politica urbana do município, também chamados Plano Diretor.

O primeiro plano diretor, de iniciativa do poder publico, com a colaboração da sociedade e da iniciativa privada, foi elaborado no governo de Nelci Silva Spadoni, em 28 de junho de 1999. Constituiu de uma consolidação de cinco leis municipais: Lei n° 3.597 de 1997, que criou o conselho municipal de urbanismo; Lei nº 3.635 de 1998, que reformulou do código de postura do município de Rio Verde; Lei nº 3.636 de 1998, dispôs sobre o código de obras do município, Lei nº 3.633 de 1988, que dispôs sobre parcelamento do solo para fins urbanos e; Lei nº 3.637 de 1998, que normatizou sobre o uso e ocupação do solo urbano - zoneamento da sede do município de Rio Verde.

O segundo plano diretor de ordenamento territorial e politica do município de Rio Verde, também de iniciativa do poder público com a colaboração da

sociedade civil e entidades privadas, foi elaborado no governo de Paulo Roberto Cunha, em 10 de setembro de 2007. Dispõe sobre plano diretor e processo de planejamento do município de Rio Verde, ordenado pela lei complementar nº 5.318 de 2007, com vigência prevista por dez anos, implantado na data da publicação, com reavaliação obrigatória a cada dois anos

Sobre o direito à moradia, no que se refere a edificações, a previsão legal, no primeiro plano diretor, está na lei 3.636/1988, em seu capitulo terceiro, artigos 27 a 89. Trata-se das edificações em geral, contendo todas as especificidades que as envolvem: materiais de construção, escavações em aterros, paredes, portas, passagens, corredores, escadas, rampas, marquises, recuos, áreas de estacionamento de veículos, áreas de recreação, passeios, muros, iluminação e ventilação.

No capitulo quarto da referida lei, consolidada no primeiro plano diretor, constam as formas das instalações em geral: instalações de aguas pluviais, hidráulico-sanitárias, de elevadores e para depósitos de lixo. Trata-se, no capitulo quinto, das edificações residenciais isoladas, geminadas, em série – paralelas ao alinhamento predial, em séries – transversais ao alinhamento predial e dos conjuntos residenciais.

Percebe-se que o primeiro plano diretor faz tratamento sobre as edificações urbanas sem focalizar a função social da cidade e da propriedade urbana, seu caráter é técnico e estruturalista, não abordando então, aspectos humanísticos.

A lei complementar nº 5.318/2007, segundo plano diretor municipal de Rio Verde, em seu capitulo terceiro, consagra os princípios constitucionais voltados para a dignidade da pessoa humana e os previstos no Estatuto da Cidade, lei federal nº.10.257/2001. Preconiza em seu art. 11, valores sociais relacionados ao direito à cidade, ao cumprimento da função social da propriedade, à justa distribuição de serviços públicos, da infraestrutura e dos equipamentos urbanos, bem como à ordenação do uso e ocupação do solo e da produção do espaço urbano, inclusive as áreas de expansão e preservação do patrimônio ambiental e cultural. Esses elementos devem ser efetivados na urbe mediante gestão participativa. (RIO VERDE, 2007, p.10).

O art.12, II, garante a população, como dever do poder público no cumprimento da função social “condições dignas de moradia, de acessibilidade e mobilidade” visando à promoção do bem-estar social dos seus habitantes; a moradia, no paragrafo segundo é considerada atividade de interesse urbano, inerente à função social da cidade.

Entre os artigos 76 e 78 do mesmo diploma municipal legal (seção IV), está prevista a politica de habitação. Assegura moradia digna a todos os munícipes rio-verdenses. Moradia digna é compreendida àquela que dispões de instalações sanitárias com mínimo de adequação, que garanta condições de habitabilidade e que seja atendida pelos serviços públicos essenciais. As estratégias para a politica habitacional de Rio Verde objetiva a promoção da politica habitacional de baixa e nenhuma renda, com incentivo e estimulo a produção de habitação de interesse social, bem como solo legalizado com a promoção de regularização fundiária e urbanização de assentamentos irregulares da população de baixa renda e sua integração à malha urbana; para a manutenção de interesse social podem ser criadas cooperativas habitacionais populares.

Como resultado desta pesquisa bibliográfica e documental, constatou-se que existem leis especificas, tanto da união, quanto do município de Rio Verde, que asseguram o direito à cidade e moradia. A efetividade desses direitos será objeto de pesquisa de campo.

A variação no campo socioeconômico e outros fatores fazem com que a realidade do município se altere e, consequentemente, leis devem ser atualizadas e revistas para atender a demanda de seus munícipes.

Com fulcro na Constituição Federal Brasileira e no Estatuto da Cidade, Rio Verde tem positivado sobre o uso e a ocupação do solo urbano, com previsão de moradia para a população de baixa e de nenhuma renda. Para ter acesso a

investimentos advindos de órgãos reguladores federais (ou estaduais), o munícipio necessita positivar seu plano habitacional e aqui, precisamente, o direito à moradia, como princípio fundamental. Deve colocar em evidência suas necessidades, sejam elas culturais, de solo, de ocupação urbana ou outra que traga a formulação de sua demanda.

O resgate da cidadania está, também, no direito à cidade e à moradia. Essa moradia deve ser adequada de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana, proporcionando os direitos mínimos como facilidade de acesso à saúde e à educação, energia elétrica, água potável e saneamento básico. O poder público municipal precisa intervir em situações que não proporcionem o mínimo desse direito.

Rio Verde possui um plano diretor que se preocupa com a função social da cidade, porém o poder público precisa ser hábil o suficiente para implementar efetivamente essas políticas na velocidade que a sociedade demanda. O regramento está positivado, porém diploma legal não é garantia de direito.

2 Material e Método

Trata-se de pesquisa de campo com abordagem de 200 (duzentos) imigrantes nordestinos, residentes no Bairro Popular de Rio Verde Goiás.

O primeiro contato com os moradores da categoria analisada se deu com conversa informal, seguida da assinatura do termo de consentimento, com esclarecimento do porquê da realização e a liberdade do pesquisado em aceitar ou não fazer parte do trabalho de investigação. Na realidade foi um convite para participação voluntária.

O objetivo geral foi analisar a ocupação do espaço físico dos migrantes nordestinos no Bairro Popular, para conhecer o referido espaço ocupado e, a partir daí, provocar o debate sobre a política habitacional da cidade, com a participação de órgãos públicos e da sociedade civil, apresentando políticas intervencionistas para efetivação dos direitos fundamentais, urbanístico e de integração social.

A pesquisa foi, anteriormente, submetida ao Comitê de Ética da Universidade de Rio Verde, sendo aprovada. O resultado do questionário aplicado está sendo publicado sem identificação, pois a participação deve ser reconhecida apenas pelas iniciais do prenome e nome do investigado.

De participação voluntária e de forma aleatória, as informações coletadas foram armazenadas com total sigilo e somente a pesquisadora possui conhecimento da informação. O resultado do trabalho foi analisado e tabulado conforme estatística aplicada.

Espera-se que o resultado da pesquisa possa contribuir para melhorar a qualidade de vida dos imigrantes nordestinos, no Bairro Popular, e que o conhecimento oriundo deste estudo proporcione informações importantes a respeito da qualidade de vida no espaço urbano.

3 Análise e Discussão

Nesta pesquisa de campo, as entrevistas e os questionários foram aplicados de maneira aleatória aos investigados nordestinos e residentes no Bairro Popular do município de Rio Verde. Foram feitas perguntas fechadas a 200 (duzentos) moradores e os resultados obtidos foram objetos desta análise e discussão.

As perguntas foram divididas em dois grupos: em relação à moradia e em relação ao campo socioeconômico.

Em relação à moradia, o investigado foi questionado sobre o tempo de moradia no bairro, composição do núcleo familiar, número de pessoas da mesma família ou diferentes dela que residem em um mesmo lote, se há crianças menores de doze anos, as condições estruturais de moradia no que se refere ao atendimento das necessidades do grupo familiar. Em relação ao campo socioeconômico, questionou-se sobre renda familiar, satisfação com as atuais condições de vida, de moradia, de acesso aos serviços públicos, de acesso aos seus direitos de cidadão e o saneamento básico no bairro. Por fim, foi questionado se o pesquisado gostaria

de emigrar do bairro ou da cidade, por ter-se frustrado com as condições de vida oferecida em Rio Verde e na região, se sente incluído ou excluído da comunidade e qual é a avaliação que faz sobre o meio ambiente em que vive.

Quanto às condições de moradia e à pergunta sobre a permanência no local, detectou-se que 8% dos imigrantes residem no bairro em menos de um ano; 4% em um ano; 12% por dois anos e 76% residem por mais de dois anos. Tempo considerável para que os moradores já tenham condições de formar juízo mais concreto de sua atual condição de vida.Foi observado que, em um mesmo lote, há ocupação de um, dois ou mais núcleos familiares: 54% com apenas um núcleo familiar; 23% com dois núcleos familiares, 4% com três núcleos familiares, 9% com mais de três núcleos familiares e 10% não responderam (pode ser que não entenderam a questão ou não quiseram informar).

Alguns núcleos possuem crianças entre 0 (zero) e 12 (doze) anos: 38% não possuem crianças ou não as trouxeram – deixando-as com os familiares na região de origem; 22% possuem apenas uma criança; 28%, duas crianças; 3%, três crianças e 9%, mais de três crianças. Os dados coletados, referentes às crianças, justificam-se pela necessidade de ambiente favorável para o desenvolvimento físico, mental e social delas, bem como de suas potencialidades educacionais.

Nesse mesmo diapasão, constatou-se que a moradia está assim ocupada: 10% por apenas uma pessoa; 19% com por pessoas; 19% por três pessoas; 21% por quatro pessoas e 31% por mais de quatro pessoas.

Ao serem questionadas se as condições de moradia atendem as necessidades da família, os resultados obtidos foram: 2% não responderam; 38% responderam que não atendem; porém 60% responderam que sim. Em complementação a esta questão genérica, chegou-se aos seguintes dados: 104 entrevistados estão satisfeitos com as atuais condições de vida e 96 não estão; 64 afirmaram que possuem acesso aos serviços públicos, 116 disseram que não possuem acesso e 20 entrevistaram não quiseram responder; 116 acreditam que sua cidadania está sendo esvaída, já 84 se consideram cidadãos na cidade de Rio Verde; 124 não estão satisfeitos com o saneamento básico que afeta sua residência, 48 estão satisfeitos e 28 entrevistados não responderam. Quanto ao grau de satisfação das condições de moradia: 88 entrevistados estão satisfeitos, 112 não estão satisfeitos.

Ao serem questionados se pretendem mudar de bairro, ou de cidade, ou voltar para a cidade de origem em busca de melhores condições de vida, houve empate nas respostas dadas: 45% querem mudar; 45% não querem mudar e; 10% não responderam. O que subjaz desse silêncio deve emergir de políticas públicas capazes de elevar as garantias individuais e sociais desses imigrantes.

Com o desmembramento deste questionamento, constatou-se que 110 entrevistados não se sentem integrados à vida em comunidade que a cidade oferece; 90 sentem-se integrados. Desses entrevistados, 116 responderam que a sua situação de nordestino dificulta desfrutar melhor da qualidade de vida que a cidade oferece; 68 disseram que não há essa dificuldade e 16 arguidos não quiseram responder. Sobre perspectiva de melhorar sua condição de vida em relação ao meio social, 168 entrevistados estão esperançosos; 32 acham que não há perspectiva. Sobre as expectativas que os impulsionaram a migrar para Rio Verde, 148 disseram que foram atendidas e 58 entrevistados disseram que não. 120 entrevistados responderam que o Bairro Popular possui suporte necessário para uma vida digna, 68 disseram que não e 12 não responderam. Para finalizar este item 104 atribuíram o empecilho à renda familiar, pois não é suficiente para sustentar a sua família e 96 responderam que a renda é suficiente.

Assim, questionou-se sobre a renda familiar em números: 4% não possuem renda; 6% até um salário mínimo; 60% até dois salários mínimos e 18% com três ou mais salários mínimos.

Encerrando os questionamentos, os entrevistados fizeram avaliação do seu meio social: 4% acham-no ruim; 41%, regular; 43%, bom e 12%, ótimo. Dos 200 entrevistados 64% se sentem excluídos das políticas públicas, dos benefícios e de

melhores condições de vida que a cidade oferece e 36% já sentem incluídos na cidade, isto é, avaliaram que o direito à cidade está sendo garantido no Bairro Popular da cidade de Rio Verde – Goiás.

De acordo com os estudos bibliográficos e a pesquisa de campo, pôde-se concluir que documento legal não é garantia de efetivação dos direitos, mas é a forma coercível e incisiva de exigir do Estado o cumprimento de sua função social e a promoção do bem-estar do cidadão na cidade. E que se faz necessário a construção de políticas públicas geradoras de isonomia, garantias individuais e coletivas, para que todos, imigrantes ou não imigrantes, desfrutem da cidade como verdadeiro cidadão, fincados no princípio da igualdade e dos Direitos Humanos..

Considerações Finais

Esta investigação partiu da necessidade de se conhecer questões relativas aos imigrantes nordestinos do Bairro Popular, da cidade de Rio Verde, Goiás. Para tanto, fez-se análise das implicações das vivências dos investigados /trabalhadores fora do seu ambiente de origem, ou seja, distante de sua terra natal.

O Bairro Popular é formado, eminentemente, pela classe operária. A maioria das pessoas que reside no local é imigrante oriundo das mais diversas regiões, sobretudo do nordeste brasileiro. Percebe-se que esta população passa por um processo natural nas cidades de médio porte, geradoras de emprego: a segregação**.**

Problemas que afetam esta categoria muitas vezes passam invisíveis diante dos olhos do poder estatal. É preciso compreender que estas pessoas de costumes diferentes, muitas vezes desprovidas de acesso a direitos constitucionais chegaram à cidade e construíram uma comunidade apartada. Nesse ínterim de apartamento constroem e movimentam a vida da cidade de Rio Verde, mesmo sentindo a existência de não pertencimento a ela, com visível percepção de que são expoliados e excluídos.

Com o contato com essa comunidade, foi possível perceber que os imigrantes residentes no bairro não têm reconhecimento que essa situação ocasiona diversas situações desfavoráveis à vida urbana. Quanto maior o núcleo familiar e menor a renda de seus integrantes, há maior descontentamento de estar na cidade (e no bairro) sem fazer parte dela. É um sentimento de estar expropriado dos meios de subsistência, bem como de incerteza da vida diária; insegurança estrutural mesmo com o desenvolvimento de diversas táticas para o enfrentamento do problema.

O fato de haver mais de um núcleo familiar na residência é atípico por si só, e, muitas vezes, torna-se fator impeditivo para a aquisição e acesso a uma vida constitucionalmente digna. De fato, existe certa solidariedade familiar e de vizinhança. Amontoam-se em um mesmo espaço para formar uma rede de sociabilidade e não se “misturar” com os demais da cidade.

O contato com os pesquisados levou à compreensão de que, diante de muitas privações e constrangimentos, ainda nutrem a esperança de uma vida melhor. Os entrevistados em sua maioria não conseguiram traduzir os impactos da migração, já que ali fora constituída uma nova comunidade, e assim novos costumes emergiram de outros costumes trazidos de culturas diversas, relativizando o direito à moradia, a oferta de serviços públicos e o acesso a uma cidade estruturalmente satisfatória às necessidades que atendam à dignidade da pessoa humana.

Espera-se que esta pesquisa contribua para implantação de políticas públicas capazes de diminuir a desigualdade social e de construir uma cidade acolhedora, como espaço de não exclusão da sociedade das qualidades e benefícios oferecidos pela vida urbana.

Referências

ALVIN, José Manoel de Arruda; CAMBLER, Everaldo Augusto. *Estatuto da cidade***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8.ed. (revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional até 20.12.2012). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Estatuto da cidade. 8.ed. (revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional até 20.12.2012). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico.* Barueri, S.P; Manole, 2004

_____. Competências urbanísticas. In: *Estatuto da cidade – comentários à lei federal 10.2357/2010.* São Paulo: Malheiros, 2006.

LEFEBVRE, H. *O direito à cidade.* São Paulo: Centauro, 2008.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana***.** 4. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro, 2011.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Regularização fundiária de áreas indevidamente ocupadas. In *Estatuto da cidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIO VERDE- GO. *Lei orgânica do município*. Goiânia: Gráfica e Editora Piloto, abril de 1990.

_____. *Plano diretor*. Rio Verde: Archprima, junho de 1999.

_____. *Lei n. 1.748. Dispõe sobre loteamento urbano e da outras providências.* Lei Municipal de 05 de setembro de 1980. Arquivo da Prefeitura municipal de Rio Verde.

_____. *Decreto n. 105/82. Aprova loteamento denominado Bairro Popular*. Decreto Municipal de 27 de maio de 1982. Arquivo da Prefeitura municipal de Rio Verde.

_____. *Lei complementar n. 5.318/2007*. Plano diretor do Município de Rio Verde. Disponível em: <camararioverde.com.br/>. Acesso em29 de abril de 2016.

RODRIGUES, Telma Divina Nogueira. *Desigualdade no acesso à cidade: a ocupação da Vila Serpro no município de Rio Verde.* Tese de doutoramento defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 153-183
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La participación ciudadana en los Consejos de Administración. El caso ecuatoriano en las Empresas de agua potable

The citizen participation in the boards of directors. The Ecuadorian case in drinking water enterprises.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los espacios de participación. 2.1. ¿Es la veeduría efectiva o una simple retórica?. 2.2. Las asociaciones de usuarios y/o consumidores. 3. ¿Cliente o ciudadano?, la disyuntiva a través de los modelos de Gestión Pública. 4. La participación ciudadana en el control de la prestación de los servicios. 5. Las Empresas Públicas en el Ecuador. 5.1. Antecedentes. 5.2. Análisis normativo. 5.3. Creación de las Empresa Públicas. 5.4. La estructura de las Empresas Públicas. 6. El análisis de las Ordenanzas de creación de las Empresas Públicas Municipales de prestación del servicio de agua potable. 6.1. El caso de la ciudad de Quito. 6.2. El caso de la ciudad de Guayaquil. 6.3. El caso de la ciudad de Cuenca. 7. El rol fiscalizador de los miembros del Concejo Cantonal sobre las Empresas Públicas Municipales. 8. La participación ciudadana en los Consejos de Administración. 9. La elección de miembros de la sociedad civil, y otras formas de participación ciudadana. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

Resumen: El texto constitucional ecuatoriano da especial relevancia a la participación ciudadana, para lo cual ha creado mecanismos para que los ciudadanos la ejerciten, así como ha establecido espacios para que los ciudadanos sean coparticipes en la decisión de los entes públicos todo ello bajo la idea de la autodenominada “Revolución Ciudadana” (2007-2017).

El artículo intenta comprobar si el discurso de la participación es una realidad en los Consejos de Administración de las Empresas Públicas encargadas de la prestación de los servicios públicos, o en su defecto se trata de mera retórica discursiva propia de gobiernos de corte populista latinoamericanos; para lo cual estudia la normativa y métodos establecidos para que la participación ciudadana y el control social sean efectivos, enfocándose de manera particular en las principales empresas públicas de agua potable y saneamiento.

Palabras clave: Participación ciudadana; Empresas Públicas; Consejos de Administración; Ecuador; Agua.

Abstract: The Ecuadorian constitutional framework gives special relevance for citizen participation, its created special mechanism designed for citizen for its use, and determinate spaces for be part in the construction of the public policies, all of this under the idea of the “Citizen Revolution” (2007-2017).

This work tries to proof if the participation speech is a reality in the Ecuadorian boards of directors of the public enterprises, which are in charge of the provision of utilities, or this speech is only a rhetoric typical of Latin American populist governments. Is why this research study the legal framework and established methods for citizen participation and social control to be effective, and for the study case uses the principals Ecuadorian public enterprises of drinking water and sewerage.

Key words: Citizen Participation; Public enterprises; Boards of directors; Ecuador; Drinking water.

1. Introducción.

La República del Ecuador, en su Constitución (2008), art. 1, se define como un Estado Constitucional de Derecho y Justicia, y toma a la participación ciudadana y control social como la columna vertebral de su sistema de organización, lo cual se ve de relieve tanto en su texto constitucional, al igual que en la estructura de sus organizaciones político-administrativas.

De esta manera, el proyecto de la autodenominada “Revolución Ciudadana” (2007-2017), liderado por Rafael Correa Delgado, tomó como suya la idea de devolver a los ciudadanos lo que era suyo, en relación a la gestión de los servicios públicos, así como otorgar una mayor relevancia a la participación del Estado en las actividades económicas.

Por lo expuesto, en el presente artículo se estudia cómo ese discurso establecido en la Constitución de la República (2008), se asienta de manera práctica en la estructura de los Consejos de Administración de las Empresas Públicas encargadas de la prestación de los servicios públicos, de manera particular en aquellas que se dedican a la provisión del agua potable y el saneamiento.

Desde el aspecto metodológico, el estudio realiza un análisis doctrinario, así como una construcción actualizada del marco legal vigente, a fin de estudiar de manera concreta cómo el ciudadano ejerce control al interior de éste tipo de Empresas, y si el control social es real, o al contrario se trata de una mera retórica discursiva propia de gobiernos de corte populista.

De esta manera, la presente investigación toma como punto de partida a los mecanismos de participación establecidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y los compara con lo que la doctrina llama métodos de participación dentro de la gestión de los servicios públicos.

Así también, el documento cuestiona si realmente los mecanismos de participación ciudadana al igual que las veedurías[1] son verdaderos instrumentos para mejorar la calidad en la prestación de los servicios públicos, y cómo desde las asociaciones de usuarios por ejemplo podría complementarse dicha labor, situación que de manera particular en el caso ecuatoriano ha sido poco desarrollada.

Además, no se olvida de la discusión doctrinaria con un fuerte componente ideológico, respecto a si es correcto referirse a los beneficiarios de los servicios públicos como usuarios o en su defecto como clientes.

El trabajo se concentra en la situación que sucede en las Empresas Públicas ecuatorianas, para lo cual contextualiza la situación en el plano Iberoamericano, así como ecuatoriano, desde su aparición durante la dictadura militar, pasando por la transición, la etapa de modernización del Estado, hasta llegar al “boom” actual de un gobierno de corte nacionalista[2].

Es precisamente en éste contexto donde se analiza la situación de la participación que deben tener los ciudadanos en los Consejos de Administración de las Empresas Públicas, y se toma como caso de análisis el de aquellas dedicadas a la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, poniendo énfasis en los modelos de gestión público municipal (ciudades de Quito y Cuenca), versus el privado concesionario (ciudad de Guayaquil). Encontrando interesantes reflexiones y métodos a través de los cuales se ejerce la participación, incluso elevados a categoría normativa con la elección de representantes ciudadanos en los Consejos de Administración.

2. Los espacios de participación.

La participación se encuentra vinculada a la legitimación democrática de todo sistema político, en virtud de que la presencia ciudadana, tanto en los procesos de planificación, ejecución y control, hacen que su percepción de control político y social

---

[1] El art. 84 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana del Ecuador (2010), define a las veedurías ciudadanas como: “…modalidades de control social de la gestión de lo público y de

seguimiento de las actividades de dignidades electas y designadas por la ciudadanía y las organizaciones sociales, aquellas que les permiten conocer, informarse, monitorear, opinar,

presentar observaciones y pedir la rendición de cuentas de las servidoras y los servidores de las instituciones públicas…”.

[2] Ver: POLGA, J. "Hacia una superación del clivaje regional? La evolución de la nacionalización de los partidos políticos ecuatorianos desde el retorno a la democracia", *América Latina Hoy 2014*, No. 67, p.103.

aumente, y sientan sobre todo que sus opiniones y valoraciones son tenidas en cuenta por parte de los gobiernos de turno. En este sentido Sancho Royo[3], explica las razones por las cuales dentro de la prestación de los servicios públicos es necesario incluir métodos de participación, pues los mismos permitirán aumentar el grado de eficacia de la actuación, así como "mejores resultados de la actuación pública redundan en una mayor valoración y legitimación de la actividad pública de cara a los ciudadanos".

Ciertas Administraciones Públicas cometen el error de aplicar un concepto distorsionado de la participación ciudadana, al pensar que ésta se basa de manera exclusiva en informar (de manera ascendente o descendente), votar por determinadas propuestas o personas vía elecciones, crear limitados espacios de diálogo y no de decisión, y contar con el criterio de grupos exclusivos de la sociedad civil, así como un sistema de rendición de cuentas que cumpla tan sólo con los mínimos establecidos en la ley y que soporten más la imagen del político que la transparencia en la gestión.

Al contrario de todo esto, la participación tiene que ser vista como un proceso integral que conlleva la reflexión, la formulación, el desarrollo y la implementación de las políticas públicas. "Las características de la participación incluyen: una medida de la involucración de los ciudadanos en las decisiones que podrían ser de otra forma una prerrogativa sólo del gobierno; un compromiso con buscar los puntos de vista y perspectivas de aquéllos afectados por la decisión; alguna transferencia de autoridad del gobierno a los ciudadanos"[4], así como todo sistema o metodología de participación que permita a los ciudadanos tener una visión transparente de lo que sucede al interior de la Administración; por tanto, la participación será necesaria, pues de la opinión que surjan de parte de los ciudadanos las Administraciones, especialmente locales, pueden tomar las sugerencias y quejas de sus vecinos para innovar y brindar servicios públicos de calidad.

Sin embargo, la inclusión de procesos de participación no siempre es entendida por parte de los distintos gobiernos, los cuales en ocasiones piensan que el permitir que la ciudadanía se involucre en los distintos procesos, lo único que hace es reducir el poder de las autoridades electas (gestores políticos) e incluso generar el ambiente necesario para que éste tipo de organizaciones de la sociedad civil aprendan del servicio y la Administración Pública, y en el futuro puedan "arrebatar" el poder a los partidos tradicionales; y esto como se ha podido comprobar en la práctica de las Administraciones Públicas, al contrario genera mayor confianza en el gobierno de turno, pues al realizar prácticas de un gobierno abierto, participativo y transparente, los ciudadanos sienten cercanía que se traduce en confianza y apoyo mayoritario a las políticas que el gestor político aplique.

Por ello es importante, que en la prestación de los servicios públicos, se generen nuevos espacios de participación a través de métodos que propicien intercambios e interacción entre Administración Pública y usuarios-ciudadanos, que en el caso ecuatoriano puede resumirse en los siguientes mecanismos de conformidad a lo que señala la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social L.O.P.C.S. (2010):

Tabla No. 1. Los mecanismos de participación ciudadana en el Ecuador.

Los mecanismos de participación ciudadana en el Ecuador	
Los Mecanismos de participación ciudadana: **Son vías no electorales que permiten la movilización popular y conectan la deliberación política y la toma de decisiones de la política pública, generando nuevas oportunidades para los relegados y olvidados (indígenas, jóvenes, adultos mayores, mujeres).**	
Los Consejos Ciudadanos Sectoriales:	**Los Consejos Consultivos: han sido pensados como instancias de**

[3] SANCHO ROYO, D. *Gestión de servicios públicos: Estrategias de marketing y calidad*. Editorial TECNOS, S.A. & Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 1999, p. 126.

[4] GONZÁLEZ RAMÍREZ, M. R. et al. "Participación y satisfacción del ciudadano en la Gestión Pública: un estudio en el ámbito de la administración local", *Revista Auditoría Pública* 2012, No. 58, p. 34.

Son instancias sectoriales (cada ministerio del ejecutivo) de diálogo, deliberación y seguimiento de políticas públicas. **Integrando por miembros de la sociedad civil en cada área de acción.**	**asesoramiento de criterios eminentemente ciudadanos y que guardan relación con las veedurías y observatorios.** **Se encargan de generar diálogo y consulta y sacar las conclusiones de la ciudadanía frente a las decisiones de las instituciones públicas.**
Las Audiencias públicas: se tratan de los primeros mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, que obedecen al principio de transparencia y de publicidad de la Administración Pública. Se aplica el modelo bidireccional, generando un canal abierto entre los ciudadanos y la Administración Pública.	**Los presupuestos participativos: es un proceso mediante el cual los ciudadanos, ya sea de forma individual o colectiva, contribuyen a la toma de decisiones respecto de los presupuestos estatales, en conjunto con las autoridades de los diferentes niveles de gobierno.**
Las Asambleas Ciudadanas: existen tanto a nivel nacional como local, y han sido pensadas como espacio de deliberación pública acerca de temas de interés y repercusión de las políticas públicas de cada nivel de gobierno. Entre sus funciones vigilan y exigen niveles óptimos de calidad en los servicios públicos; controlan la rendición de cuentas de las autoridades, entre otros.	**Los Cabildos Populares: es el grupo de personas de una circunscripción geográfica determinada (por ejemplo un municipio), que se une y mediante una asamblea de tipo popular procuran la ayuda mutua de sus miembros. Nació como iniciativa organizativa de los barrios, para incidir en las decisiones de los gobiernos locales, sobre todo relacionados a su marcha y evaluación de la gestión municipal.**
La Silla Vacía: ha sido calificada como un "experimento participativo a nivel local", mediante el cual se configura un gobierno participativo a través de mecanismos no electorales que permiten la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Llegando el representante ciudadano a tener voz e incluso voto en la sesión del Gobierno Autónomo Descentralizado respectivo, con el objetivo de brindar una posibilidad de participación ciudadana directa sobre los temas a ser tratados, a fin de que el representante ciudadano exponga sus criterios los cuales serían valorados por los miembros de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, GAD a la hora de tomar una decisión sobre los temas debatidos.	

Fuente: Elaboración propia, a partir de la L.O.P.C.S. (2010).

Al referirse a la política de participación ciudadana en la gestión de los servicios públicos, David Sancho Royo[5], establece al menos cuatro métodos participativos, los mismos que pueden ser emulados por las instituciones o empresas públicas en su relación con los ciudadanos, y que se resumen en: a) los *focus group*; b) los consejos ciudadanos; c) la democracia electrónica; y, d) la participación en políticas regulativas; los cuales se explica a continuación:

a) Los *focus group*: es una de las formas más efectivas para conocer la percepción de los usuarios-ciudadanos respecto a la prestación de un servicios público, y constituye obviamente la valoración que éstos en su calidad de destinatarios finales hagan sobre el mismo, teniendo en cuenta su calidad, el acceso que tengan, de si el mismo se lo hace con carácter regular, ininterrumpido, así como si existe imparcialidad en la prestación, esto es que no existan razones fundamentadas que demuestren un trato discriminatorio o desigual por parte del prestatario, salvo en casos excepcionales en los que por obvias razones se aplican medidas de discriminación positiva para equiparar el acceso a los servicios públicos a toda la población.

[5] SANCHO ROYO, D., *op cit.*, p 117.

Ahora bien, como técnica los *focus groups,* son instrumentos de análisis cualitativo, que nos ayudan a medir la percepción o las necesidades de la población sobre determinados temas que interesen a la organización pública; por lo que, la misma debe ser ejecutada por profesionales en la materia, gestores sociales o trabajadores sociales, quienes previamente en conjunto con la organización o empresa pública que presta el servicio, elaboran una especie de cuestionario y diseñan a manera de guion, como se desarrollará la sesión, a la cual deberán acudir un sector proporcional de la población, de preferencia con actores representativos de la misma. Por ejemplo, si se va a elaborar un ***focus group*** sobre la prestación del agua potable en una parroquia específica, se citará al presidente de dicha Junta Parroquial, a los representantes o vocales de los barrios, al sector educativo, a los sindicatos, a las empresas o sector productivo, al colectivo de mujeres, etc. Esto no quiere decir que a la reunión deben acudir cientos de personas, al contrario, el ***focus group*** como herramienta prevé no contar con más de diez personas representativas, con quienes discutir y sacar conclusiones sobre los temas a tratarse en la agenda. Si bien es cierto que éste método viene del sector privado, y normalmente se recomienda retribuir de alguna manera a los participantes, esto es de manera económica (dinero), desde lo público y sobre todo al tratarse de representantes de la comunidad, es preferible utilizar dichos recursos en dotar de una sala cómoda, refrigerios y algún suvenir o regalo para los participantes.

b) Los Gabinetes itinerantes o Consejos Ciudadanos: en el siglo XXI la ciudadanía busca tener un contacto directo con sus representantes, y de esta manera como toda la población no puede acudir directamente a las instituciones, una técnica que ha cobrado gran importancia es generar dicha participación de manera inversa, esto es llevando al pleno de los gestores políticos y públicos a la comunidad, de ahí la expresión de gabinetes itinerantes; la cual si bien es cierto podría calificarse en ocasiones de medida de corte populista debido al movimiento mediático que se genera a su alrededor, no se debe olvidar que se fundamenta en el principio de rendición de cuentas, transparencia y participación ciudadana[6], pues se abren canales de diálogo directo con los ciudadanos en sus poblaciones, identificando de manera conjunta sus necesidades, diagnosticando los problemas y llegando a conclusiones de manera conjunta, según lo define Sancho Royo "un Consejo Ciudadano es un instrumento de gestión que induce a la participación ciudadana en la toma de decisiones pública a través de la valoración de diferentes alternativas de actuación"[7].

Sin embargo, dentro de la participación también se debe considerar el fortalecimiento que se debe hacer respecto de las comunidades tanto organizativamente así como técnicamente, a fin que las mismas se constituyan en un posible soporte de la Administración Pública, sacando determinados servicios y cogestionándolos conjuntamente con los ciudadanos.

En este sentido, y siguiendo a Osborne & Glaber[8], existen ciertas ventajas que pueden llegar a sopesar entre los servicios prestados por burócratas profesionales y aquellos que pueden ser cogestionados, o en su defecto prestados de manera directa por la comunidad (barrios, parroquias, etc), y que se resumen en la obra de John L. McKnight, "Regenerating Community"[9], explicando algunas ventajas: a) Las comunidades se encuentran mucho más comprometidas ante sus conciudadanos, que la propias organizaciones que prestan un servicio público ante sus usuarios; b) El nivel de

---

[6] La primera experiencia relativa a presupuesto participativo, se hizo en la ciudad de Porto Alegre – Brasil (1.360.000 habitantes) en el año 1988, y es considerada como la mayor innovación latinoamericana en el proceso de participación ciudadana y responsabilidad descentralizada. Ver el capítulo de presupuestos participativos en: DELLA PORTA, D, & DIANI, M. Los Movimientos Sociales. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) & Editorial Complutense, Madrid, S.A, 2011.

[7] SANCHO ROYO, D., *op cit*., p.127

[8] OSBORNE, D. & GAEBLER, T. *La reinvención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A, Barcelona, 1994, p. 239.

[9] MCKNIGHT, J. L. "Regenerating Community". *Social Policy* 1987, Winter, p. 54-58.

comprensión que tiene la comunidad respecto de los problemas de sus conciudadanos, es mayor que el que poseen los burócratas respecto de los ciudadanos-usuarios; c) A diferencia de lo que sucede con la Administración Pública que presta servicios públicos, las comunidades se encargan de resolver problemas; d) Lo cual va ligado a que las comunidades se encargan de proveer "cuidado", mientras la Administración y sus burócratas tan sólo "servicio"; e) El nivel de flexibilidad y creatividad de las comunidades sobrepasa la iniciativa o rigidez que se tiene al interior del funcionariado público regido por reglas de derecho público; f) El nivel de costos en el caso de las comunidades es menor al tratarse de voluntariado, frente a los servicios profesionales prestados por las instituciones; g) Los patrones de conducta impuestos por las comunidades resultan más eficaces que los empleados por los profesionales de los servicios; y, h) Mientras las comunidades concentran su atención en sus capacidades, las organizaciones lo hacen en sus deficiencias.

Todos estos argumentos que si bien es cierto son tomados de la doctrina y realidades estadounidenses, donde los barrios se encuentran consolidados y vinculados a la labor social a través de las iglesias protestantes y los movimientos de reivindicación de derechos civiles y políticos; no es menos cierto que, en el caso latinoamericano existe una poderosa herencia de organización comunitaria basada en los pueblos aborígenes y campesinos, que tranquilamente podría ser valorizada y utilizada en beneficio de los ciudadanos respecto de los servicios públicos.

En la normativa ecuatoriana estas formas de participación, se encuentran recogidas sobre todo en el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial y Administración Descentralizada, C.O.O.T.A.D, (2010) en general en el desarrollo del sistema de participación ciudadana[10], el cual tiene por finalidad justamente en los gobiernos autónomos descentralizados, deliberar sobre las prioridades de desarrollo, participación en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y ordenamiento territorial, así como en definición de políticas públicas y en la elaboración de los presupuestos participativos[11].

En éstos últimos es interesante especialmente a nivel de las parroquias rurales, como de manera conjunta entre los gobiernos locales y la ciudadanía (entre los que se incluyen principales actores sociales y políticos) se estudia la realidad de la zona, se detectan los problemas, se priorizan las necesidades y de manera conjunta y con la participación de todos los miembros se construye el presupuesto, lo cual ayuda a que los proyectos u obras a realizarse, cuenten con la aprobación y la legitimación de la población, por lo que el nivel de satisfacción es elevado.

Tanto en los Gabinetes Itinerantes, así como en los Consejos Ciudadanos, es importante tener en cuenta la implicación que deben tener todos los asistentes, pues de la participación activa de éstos, las conclusiones que se saquen serán más fuertes y permitirán generar acuerdos, pues de lo que precisamente se trata es que, todos y cada uno de los ciudadanos tengan una oportunidad de opinar de manera libre, igualitaria y directa, respecto del destino de los recursos de la comunidad, y sobre el futuro que ésta quiere darle a ellos tanto en la construcción de bienes, así como en la prestación de los servicios públicos.

c) Las plataformas digitales: desde la introducción de las Tecnologías de la Información y Comunicación, TIC, a la Administración Pública, es necesario generar

[10] En el art. 304 y siguientes del C.O.O.T.A.D.

[11] En el caso del Cantón Cuenca (2008), se aprobó una "Ordenanza que norma la Participación Ciudadana y Cogestión de los presupuestos participativos con las parroquias rurales del cantón Cuenca", con su respectivos reglamentos aprobados en 2010. Disponible en: http://www.cuenca.gov.ec/?q=node/9069 , última consulta 15/05/2017. Mientras que en el caso del Distrito Metropolitano de Quito, la Ordenanza que regula este particular es la que "Establece el Sistema de Gestión Participativa, Rendición de Cuentas y Control Social del Distrito Metropolitano de Quito". Disponible: http://www.quitohonesto.gob.ec/index.php/herramientas-de-prevencion-2/cat_view/207-herramientas-de-prevencion/275-1-transparencia-y-control-social último acceso, 15/05/2017.

canales efectivos de participación de la ciudadanía a través de los mismos, pues aquellos tienen la ventaja de ser en tiempo real, no representa mayores costes para la organización, así como se rompen aquellas barreras que en teoría existían en el modelo burocrático clásico en el que el funcionario se creía superior al ciudadano. Ahora a través de las redes sociales o los propios portales web con los que cuenta la Administración Pública se reciben quejas, sugerencias o se generan interesantes foros de discusión. Sin embargo, el reto que representan las TIC como plataformas de participación, es que las mismas no se las tome como un simple requisito o una moda para adornar la página web o durante las elecciones para que el gestor políticos genere mayor tráfico en internet. Pues si bien es cierto la ventaja es su inmediatez, también los requerimientos y el diálogo deben ser inmediatos, pues al otro lado del ordenador o del teléfono inteligente, se encuentra un ciudadano esperando a ser atendido, valorado o contestado. Así también, no podemos reducir todas las vías de participación a través de éste soporte, pues como ya se ha dicho en la presente investigación, a nivel latinoamericano la brecha digital aún representa un obstáculo para la aplicación plena de las TIC.

d) Otros métodos de participación: de igual manera que los ciudadanos tienen abiertas otras vías de participación respecto a la provisión de los servicios públicos, uno de ellos es respecto de las instituciones reguladoras, ante las cuales tanto a nivel personal o colectivo tienen la potestad de acudir para presentar sus quejas o reclamos sobre la calidad o incumplimiento en la prestación de un servicio público. Para lo cual los organismos diseñan día a día formas más eficaces para que tanto las opiniones, así como reclamos sean canalizados de manera efectiva, y se incorporen en los planes de mejora de los distintos operadores.

En las Empresas Públicas, existen también unas vías de participación ciudadana en los Consejos de Administración, tanto a través de elecciones de miembros de la sociedad civil en los casos en los que los Estatutos así lo prevén, y de forma adicional la participación es posible por vía de la figura de la "silla vacía" en aquellos temas que afecten directa o indirectamente al ciudadano-usuario.

2.1. ¿Es la veeduría efectiva o una simple retórica?.

Una de las principales maneras para formalizar el control social, se basa a nivel regional en el modelo desarrollado en Colombia de las "veedurías ciudadanas", las cuales son un grupo de ciudadanos que debidamente organizados acuden a la Administración Pública, para ejercer su derecho de fiscalización y control ya sea en la aplicación de una política pública o en la prestación de un servicio público, utilizando durante su proceso de observación unos parámetros previamente definidos que les ayudarán a verificar si los estándares esperados se cumplen, o en su defecto si los gestores políticos o públicos en el desarrollo de sus actividades cumplir la normativa vigente.

Desde inicios de los noventa se incorporó una corriente que exigía una mayor presencia y una participación por parte de la ciudadanía, en el caso ecuatoriano, ya desde la Constitución de 1998, el art. 237, al referirse a las formas de control social y rendición de cuentas, si bien es cierto no hace una mención expresa a la veeduría ciudadanía, si señala que dicho control debe hacerse de manera especial sobre aquellas entidades que conforman el régimen seccional autónomo, pero deja que sea la normativa no constitucional sino de su desarrollo, a través de Ley aprobada por el Congreso Nacional la que regule dichas formas.

Mientras que, ya en la Constitución (2008), se hace ya referencia expresa a los procesos de veeduría ciudadana, en primera instancia en el art. 100, cuando obliga que en los distintos niveles de gobierno debe existir instancias de participación, a través de una composición mixta, entre gestores políticos (electos), gestores públicos (personal de carrera administrativa) y representantes de la sociedad. Participación que se ejerce, según el quinto numeral, a través de distintos procesos tales como: audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios, y otros que promueva la ciudadanía.

En el conocido como Quinto Poder del Estado (Transparencia y Control Social), uno de sus organismos integrantes, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, C.P.C.C.S., tiene entre sus atribuciones conforme lo señala el segundo numeral,

del art. 208 del texto constitucional ecuatoriano, el deber de coadyuvar en los procesos de veeduría ciudadana y de control social en toda la Administración Pública.

Veedurías que según se definen en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, L.O.P.C.C.S. (2009) podrán: "… vigilar el ciclo de la política pública con énfasis en los procesos de planeación, presupuesto y ejecución del gasto público; la ejecución de planes, programas, proyectos, obras y servicios públicos, así como las actuaciones de las y los servidores públicos en general…". De los cuales se realizarán los respectivos informes, los que en caso de encontrar indicios de responsabilidad, serán enviados una copia por parte del C.P.C.C.S a la autoridad competente (Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado) para su conocimiento y trámite obligatorio.

Sin embargo, merece la pena cuestionarnos si acaso las veedurías cumplen realmente los fines para los cuales fueron creadas, o si por el contrario se han convertido en formas de legitimar procesos, concursos y otras actuaciones de los gobiernos, gracias a la participación de la ciudadanía que a través de los miembros de las veedurías en ocasiones dadas las presiones del poder, a través de réditos laborales o políticos, prefieren mantener el silencio durante los procesos.

No resulta sencillo hacer un juicio de valor de manera general a favor o en contra de los procesos de veedurías ciudadanas, pues si bien es cierto que se crearon para fomentar la participación, su simple existencia no garantiza que los procesos carezcan de vicios o que puedan presentarse casos de corrupción. En este sentido, es necesario analizar cada uno de las veedurías que se realizan, las cuales deben presentar informes completos de actuación, con documentación de respaldo, pronunciamiento de sus miembros, etc., pues sólo de esta manera la ciudadanía se sentirá realmente representada; y que en caso contrario, como se ha visto a su vez en Latinoamérica, pasan a ser un instrumento más por parte del gobierno de turno para legitimar sus actuaciones.

2.2. Las asociaciones de usuarios y/o consumidores.

Los Estados que reconocen democracias participativas en sus cartas constitucionales, se obligan a que en su normativa interna, proporcionen a los ciudadanos unos canales adecuados para realizar no sólo su participación en el proceso de construcción de políticas públicas, seguimiento y evaluación, sino también contar con los instrumentos normativos necesarios, para que ya sea de manera personal o por medio de una asociación acudir ante la Administración Pública para presentar proyectos, reclamos o exigir la presentación de información pública relativa a la prestación de un servicio público. No olvidemos que los ciudadanos-usuarios y sus respectivas asociaciones, la mayor parte de ocasiones expresan más sus insatisfacciones por la calidad del servicio prestado, situaciones que al margen de ser tenidas como molestas o que distorsionan el rumbo de la Administración Pública, deben ser tenidas en cuenta, valoradas e incorporadas a la Gestión Pública, ya que no hay nada mejor que la opinión del destinatario final para conocer las virtudes o defectos del servicio.

Uno de los grandes hitos en el movimiento consumerista[12], fue la intervención del presidente John FitzGerald Kennedy (1961-1962), el 15 de marzo de 1962[13], ante el Congreso de los Estados Unidos de América, en el cual se realizó por primera vez una defensa de los consumidores como un colectivo social específico a través de una universalización del cliente, al considerar que: "Consumidores, por definición, somos todos". El discurso se basó en cuatro puntos específicos: a) el primero, relativo al derecho de seguridad que les correspondía frente a los productos que se

[12] Neologismo que se refiere al movimiento que permitió el desarrollo de las asociaciones de individuos que procuran la defensa de los intereses de los consumidores durante la prestación de los servicios públicos. Teniendo en cuenta que la primera asociación de este tipo en EE. UU se creó en 1891, en Nueva York "Liga de Consumidores".

[13] Discurso completo: "Special message to Congress on protecting consumer interest, 15 March 1962" disponible en: http://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx , última consulta: 14/05/2017.

comercializaban; b) el segundo, atinente al derecho de la información, es decir etiquetado y publicidad engañosa; c) el tercero, referente al derecho y oportunidad de elegir, esto es tener acceso a una variedad de productos y servicios; y d) el último, el derecho a ser escuchados por el gobierno en todos sus niveles, así como reclamar a través de las vías administrativas y judiciales. Es a partir de este momento como a nivel internacional, se considera el nacimiento oficial del movimiento "consumerista", ya que previamente en 1960 en la República Federal Alemana se habían constituido asociaciones de este tipo, pero no con la repercusión obtenida por el presidente norteamericano[14].

Fue así como en la década de los ochenta del siglo pasado, los criterios de calidad se empezaron a tener en cuenta a partir de las opiniones, y las sugerencias que los ciudadanos realizaban, y como lo recuerda Beltrán Villalva[15], si bien eran incompletos, pero marcaron ya un criterio de lo que se debería entender como satisfacción del consumidor de servicios, y que se concentraba en la regularidad, el funcionario técnico capacitado, la accesibilidad y la universalidad del servicio y el conocimiento de las expectativas que el ciudadano usuario tenía respecto del servicio ofrecido.

Sin embargo, la vinculación respecto a los términos cliente y consumidor, con las libertades propias de la libre competencia del mercado, marcaron un estigma ideológico sobre la categorización del cliente ligado a la oferta y a la demanda, mientras que el consumidor siguiendo las definiciones capitalistas del consumismo; es por ello que la utilización neutra del término ciudadano-usuario, permite desarrollar la teoría alrededor de las asociaciones de consumidores[16] y su legítimo derecho a la participación. Pues como lo reconoce Ruíz González[17], el desarrollo de este movimiento se produce debido a la insuficiente representatividad de los partidos políticos a finales del siglo pasado, que no reflejaban los verdaderos deseos y las aspiraciones de los ciudadanos, así como a la crisis de gobernabilidad vivida a causa de la fractura de las democracias participativas, en las cuales era evidente el desinterés del ciudadano frente a los asuntos públicos, así como la ciencia política al no vincularse a movimientos y partidos políticos, al encontrar en éstos tan sólo a élites que se disputaban el poder.

Llega así desde las iniciativas ciudadanas la posibilidad de influir en la esfera pública a través de las asociaciones de consumidores, teniéndolas básicamente como instrumentos de participación ciudadana. "El asociacionismo implica, en definitiva, un ejercicio de ciudadanía, al tener a los ciudadanos como sujetos de su acción, contribuyendo a que éstos adquieren conciencia ciudadana..." son verdaderos "…canales de participación social, renovando la democracia, al sustituir una visión elitista de la misma por una visión social"[18].

Una de las ventajas que tiene el ciudadano en acudir a través de una asociación de consumidores o usuarios, es que su capacidad organizativa y estructura, en ocasiones puede solventar gastos para la presentación de quejas, asesoría letrada de calidad, y del mismo modo contribuye a evitar al victimización de un solo individuo, pues al encontrarse dentro del "paraguas" que constituye la asociación, éste se encuentra respaldado por un colectivo que persigue intereses similares, en éste caso por la calidad, la continuidad y la eficacia en la prestación de los servicios públicos.

En este contexto, el Estado tanto desde la Administración Central así como desde sus Gobiernos Autónomos Descentralizados, tiene la obligación de colaborar con este tipo de asociaciones, facilitándoles información, dotando de canales que transparenten su gestión, así como abriéndoles canales de participación, para que el diálogo y el debate

---

[14] RUÍZ GONZÁLEZ, J. G. *Las asociaciones de consumidores*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 74.

[15] BELTRÁN VILLALVA, M. *La acción pública en el régimen democrático*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. p. 21.

[16] En España, existe una normativa específica sobre la materia: Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

[17] RUIZ GONZÁLEZ, J. G.*, op. cit*. p. 82.

[18] RUIZ GONZÁLEZ, J. G.*, op. cit*., p. 57.

sea fluido y de esta manera evitar la conflictividad y en particular la judicialización de las peticiones de información o de respuesta acerca de la prestación puntual de un servicio público.

Es obvio que estas agrupaciones deberán responder dentro del ordenamiento jurídico, al cumplimiento de unos requisitos mínimos que justificarán su existencia, su labor, verificación de la licitud de su financiamiento, e incluso la posibilidad de recibir aportaciones o subvenciones por parte de la Administración Pública para su mantenimiento y gestión.

Incluso resulta interesante la existencia en el interior de algunas empresas públicas, de algunos departamentos que se encargan de la relación con este tipo de organismos, facilitando su interactuación y colaboración en pro de la mejora de los servicios, y sobre todo en que la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos usuarios sea una realidad.

Ahora bien, como lo señala Nallar[19], refiriéndose al caso argentino, respecto al deber que tiene el Estado de prever la participación de las asociaciones de usuarios no sólo en los prestadores de servicios, sino también en los organismos de control y regulación, lo mismo puede aplicarse a la realidad ecuatoriana, pues dichas agrupaciones deben tener también canales expeditos para la participación y la colaboración a través distintos mecanismos en éstos organismos que efectúan una labor fundamental, pues son éstos quienes controlan, fiscalizan y en general dan el visto bueno en la prestación de los servicios públicos, por lo que es fundamental que puedan abrirse espacios a través de audiencias públicas, consultas, planes de participación, *focus group* sobre la calidad del servicios, entre otras formas que contribuyan a la mejora de los servicios pública en beneficio de los ciudadanos.

A nivel constitucional, la norma suprema ecuatoriana regula la situación de las personas usuarias y consumidoras a partir del art. 52, a quienes da el derecho de disponer tanto de bienes y servicios de óptima calidad, y que no sean objeto de información engañosa sobre su contenido y características. Y es la Ley, la encargada de regular la calidad y los procedimientos de defensa ya sean por las deficiencias, los daños, la mala calidad o la interrupción de los servicios públicos. Situación que es desarrollada por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, L.O.D.C. (2000), a partir del Capítulo VI, que trata sobre los servicios públicos domiciliarios y las obligaciones que tienen las empresas encargadas de brindar dichos servicios ya sea de manera directa o a través de contratos de concesión, quienes observarán los criterios de: eficiencia, calidad, oportunidad, continuidad, permanencia y precios justos.

Por otro lado, la Constitución en su art. 53, prevé que los proveedores de servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de los ciudadanos-usuarios, así como poner en práctica sistemas de atención y reparación de los daños; estableciendo la responsabilidad civil que tendrá el Estado en caso de daños o perjuicios causados (negligencia o descuido).

Sin embargo, uno de los reconocimientos más importantes a favor de éste colectivo, es el que lo desarrolla, el art. 55 de la norma constitucional, el cual permite la constitución de asociaciones de personas usuarias y consumidoras, con el fin de promover la información y la educación sobre sus derechos, así como representar y defender ante autoridades judiciales o administrativas a los usuarios frente a las empresas proveedoras de servicios, dejando a salvo que para ejercer el derecho de petición o reclamo, no hace falta estar asociado.

Desde 1997, en Ecuador funciona la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios, organismo sin fines de lucro, que tiene por objeto, según consta en sus estatutos: “educar, informar y defender los derechos de las y los consumidores del país. Su misión es promover los derechos, la protección y el interés de las y los ciudadanos desde una perspectiva democrática, equitativa y sostenible, contribuyendo así a una sociedad con justicia económica y social”, y tiene su sede en la capital de la República. Mientras que en Guayaquil se encuentra el “Observatorio Ciudadano de Servicios

[19] NALLAR DERA, D. M. *Regulación y control de los servicios públicos*. Marcial Pons Argentina S.A., Buenos Aires, 2010. p. 291.

Públicos"[20], el cual nació en el año 2005 y ha concentrado su labor en la protección de los derechos de los consumidores de los servicios de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Guayaquil a raíz del contrato de concesión con la Empresa Privada, Interagua S.A., aunque en los últimos meses concentra también sus actividades de veeduría en el servicio de Administración de Justicia del Ecuador.

3. ¿Cliente o ciudadano?, la disyuntiva a través de los modelos de Gestión Pública.

Uno de los grandes cambios que se gestaron desde el modelo burocrático hasta la Nueva Gestión Pública, fue el hecho de integrar las demandas de los ciudadanos-usuarios para influir en las transformaciones de la Administración Pública y consecuentemente en los servicios. De esta manera la tradicional oferta de los servicios públicos, se adoptó desde la óptica y posibilidades del Estado, sin embargo, en la actualidad, la provisión se hace en base a las demandas de todo aquello que requieren los ciudadanos, los cuales son los verdaderos usuarios y determinan qué tipo de servicio desean, cómo lo quieren y bajo qué parámetros, situación que a la mayor parte de Administraciones tomó por sorpresa, dado su nivel de letargo así como monopolio exclusivo sobre determinados sectores; mas, cuando se incluyó este elemento y la competitividad tomó impulso, alcanzar niveles de satisfacción alto por parte de los ciudadanos-usuarios, no ha sido tarea fácil.

Siguiendo a Sancho Royo[21], podemos señalar que el término ciudadano será el que engloba tanto al usuario tanto a cliente, es decir, es más genérico pero al mismo tiempo amplio en el sentido de los derechos y posición que tiene respecto de la Administración a la cual tiene el derecho de exigirle cuentas y responsabilidad política, pues dado su rol dentro de la sociedad además es contribuyente, esto es que con lo que el paga será el Estado el que financie su estructura y la consecuente prestación de los servicios públicos.

Mientras que, el término de cliente, se introdujo con la corriente de la Nueva Gestión Pública asociada a los procesos de Modernización de las Administraciones Públicas y en particular en la inclusión de mejora de la calidad; se ve así claramente que se quería desvincular la relación de supremacía que tenía el Estado como prestador de servicios sobre el ciudadano, y pasa a ser la Administración Pública la que se debe u obedece a las necesidades del ciudadano, y lo tiene que tratar como si de un cliente se tratara. En este sentido Osborne & Gaebler, al referirse al proceso de satisfacción de las necesidades a través de los servicios públicos aplicado al caso estadounidense, nos da luces del por qué se adopta la denominación de cliente para referirse al ciudadano beneficiario de un determinado servicio, y que se comprende a través de la siguiente reflexión: "Los gobiernos democráticos existen para servir a sus ciudadanos. Las empresas existen para obtener beneficios. Y sin embargo, es la empresa la que se obsesiona por encontrar nuevas maneras de complacer al pueblo norteamericano. La mayoría de gobiernos norteamericanos ignoran por completo al cliente, mientras McDonald´s y Frito-Lay se inspiran en el cliente"[22]. Es clara así la diferenciación que hace entre los términos ciudadano (vinculado con el gobierno), y de cliente (vinculado con la empresa), y da a entender que en el segundo caso el beneficio y la satisfacción al ser privado es mejor. Además el término ciudadano implica que éste es titular de derechos fundamentales y de derecho públicos subjetivos, los cuales tiene garantizados.

---

[20] Desde febrero de 2014, se intentaron establecer contactos con las dos organizaciones sin fines de lucro a fin de conocer sus experiencias, mas en el caso del Observatorio no se recibió ninguna respuesta positiva.

[21] SANCHO ROYO, D. op. cit, p. 135.

[22] OSBORNE, D. & GAEBLER, T. *La reinvención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A, Barcelona, 1994, p. 241.

Un aporte en esta discusión doctrinal, es sin duda el de Laura Román Masedo[23] quien estudia las consecuencias políticas de la acción administrativa, a través de la utilización sistemática del término "ciudadano-cliente" (a través de la repetición casi "mántrica"), por parte de los gestores públicos, con el propósito de supuestamente mostrar una Administración Pública preocupada por la calidad, la modernización y la eficacia de los servicios de un "cliente-ciudadano", pero sobre todo visto como un "consumidor"; sin duda, ligado a una aplicación incorrecta de la Nueva Gestión Pública en la cual tan sólo se importaron técnicas de gestión de la empresa privada a la Administración Pública, sin adaptarlas o matizarlas[24] a "lo público" previamente. Situación que en el caso del "ciudadano-cliente", también genera un problema, pues existe la posibilidad que la noción de cliente: "…sustituya total o parcialmente al primero, esto es, que las relaciones comerciales sustituyan a las relaciones de ciudadanía. Porque una cosa es que la administración trate al ciudadano como a un cliente (y aún podríamos discutir si este tratamiento tiene algo de meritorio o añade algún valor al tratamiento del ciudadano "como ciudadano") y otra bien distinta que el concepto de cliente sustituya al de ciudadano"[25]. Lo cual conllevaría el "peligroso" cambio de relación: Ciudadano-Estado, por la de Consumidor-Productor.

De conformidad al art. 2, L.O.D.C (2000), en la legislación ecuatoriana el término consumidor se entiende como: "toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario"; es decir la citada normativa asimila los términos consumidor y usuario, sin embargo, es necesario aclarar la Ley al ser aprobada ésta a inicios del presente siglo que se encontraba bajo los principios neoliberales de la Constitución de 1998, y no obedece por ello a los nuevos parámetros de la norma constitucional vigente.

En el plano doctrinal, una de las principales diferencias que se encuentran entre ciudadano, usuario y cliente, es que en el último caso, su categoría se corresponde más al aspecto económico, pues su relación con la Administración Pública se supone que se inicia por la contraprestación de un servicio a cambio de una tasa o impuesto, a partir de este hecho, una amplia bibliografía se ha desarrollado en el sentido que el cliente al pagar un dinero por un servicio determinado tiene derecho a exigir una calidad y unos parámetros de cumplimiento sobre el mismo (el cliente es más exigente); cuestionándonos así que el derecho no lo tiene por el hecho de ser ciudadano o usuario (posición más neutral) del servicio suministrado por la Administración, sino por haber entregado dinero (capital).

Sin embargo, volviendo al término ciudadano, su fuerza radica en que su posición le permite ejercer control político sobre la Administración, es decir le dota de un catálogo mucho más amplio de derechos, pero sobre todo de la capacidad de participar en la gestión durante la provisión del servicio, ya que como es lógico si adoptamos la dinámica del cliente, ésta se fundamentará en un intercambio comercial o mercantil[26] conservando ciertas limitaciones y exigencias al tratarse de un servicio público. Se trata pues de derechos públicos subjetivos, como contrapunto y balanza frente a un posible ejercicio desbordante por parte de la Administración Pública de sus potestades y competencias públicas, siendo una manifestación del Estado de Derecho.

---

[23] ROMÁN MASEDO, L. "Consecuencias políticas de la acción administrativa: el paradigma del ciudadano-cliente". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas* 2012, Vol. 11, No. 1, pp. 81-103.

[24] "…el uso del término ciudadano-cliente no es "sólo una cuestión de estilo", sino que encierra, o puede encerrar, cambios sustanciales en la relación entre el ciudadano y la Administración". ROMÁN MASEDO, L. *op. cit*, p. 85)

[25] ROMÁN MASEDO, L., *op. cit*, **IBIDEM** p. 87.

[26]"…la utilización del término cliente puede llevar a interpretaciones erróneas ya que incorpora diferentes conceptos (usuario, administrado, beneficiario, contribuyente, coproductor y ciudadano-propietario)…" por lo que la recomendación es que el "concepto cliente en el sector de los servicio públicos debe hacerse con sumo cuidado, y nunca sustituir al concepto de ciudadano". SANCHO ROYO, D*. op. cit*, p.46-47.

En su estudio sobre: "Ciudadanos y Usuarios: Participación e Información en el Derecho Español de Aguas", Antonio Embid Irujo, se refiere a la diferenciación que existe entre los términos ciudadanos y usuarios. Refiriéndose a los segundos, por falta de definición legal, como "…aquellas personas físicas o jurídicas que cuentan con un título suficiente para el uso privativo del agua, sea este uso consumitivo o no"[27], se refiere así a aquellos que gozan de una concesión o una autorización, excluyendo por tanto del concepto de usuarios a los vecinos que son beneficiarios de los servicios de abastecimiento urbano de agua potable y saneamiento. Mientras que los ciudadanos, serían todos aquellos que a falta de título, tengan "un interés que, a veces se formula de desde posiciones puramente sectoriales: desde el ángulo de los consumidores, de las agrupaciones ambientales, de las organizaciones sociales, etc…"[28].

A fin de ilustrar los distintos enfoques que dentro de la gestión pública se le ha dado al ciudadano usuario[29] que recibe la prestación de los servicios públicos, nos remitimos a la siguiente tabla:

Tabla No.2. ¿Ciudadano o usuario?

El ciudadano o usuario: la disyuntiva a través de los modelos		
Perspectiva	**Actor**	**Contenido**
Pluralista	**Stakeholder**	**Los ciudadanos se asocian a fin de ejercer presión frente a la Administración. Ej. Asociación de Usuarios. Junta de Regantes.**
Preferencia pública	**Consumidor**	**Cierta flexibilidad para la opción dentro de una oferta pública.**
Legislativa	**Elector**	**Se ejerce a través de la democracia representativa.**
Servicio público	**Cliente**	**Poder discrecional de elección del servicio. (economía de libre mercado)**
Ciudadana	**Ciudadano**	**Recibe servicio por el hecho de ser ciudadano, y ejerce su capacidad de fiscalización y control social.**

Fuente: Elaboración propia, a partir de Frederickson[30].

"El rol de "clientes" o "consumidores" para los ciudadanos, denota una orientación pasiva de los mismos respecto de la Administración Pública, que es la parte activa al tratar de satisfacer las necesidades de dichos "clientes"[31]. Este patrón de dependencia puede generar serios obstáculos en las reformas de los organismos públicos e interrumpir el surgimiento de mejores servicios"[32], es precisamente en ese momento que nace la disyuntiva para la Administración Pública entre brindar mejor "servicio" a sus clientes o por el contrario responder ante las necesidades de los ciudadanos. Sugiriendo que la respuesta más adecuada en este momento, la de satisfacer necesidades pero con calidad de servicio y resultados medidos por objetivos previamente establecidos.

---

[27] EMBID IRUJO, A. (Dir.). *Ciudadanos y Usuarios en la Gestión del Agua*. Editorial Aranzadi, Pamplona, S.A, 2008, p. 17.

[28] EMBID IRUJO, A, op. cit., IBIDEM p. 62.

[29] Autores como Roberto Dromi, definen al usuario como "el particular que utiliza un servicio público…", es decir "…el sujeto que se beneficia con la prestación del servicio…" el cual "…posee un derecho subjetivo para usar el servicio público dentro de los límites que le imponen las normas reglamentarias pertinentes".

[30] FREDERICKSON, H. G. "Toward a Theory of the Public for Public Administration". *Administration & Society* 1991, 22(4), pp.395-417.

[31] ABERDACH, J.D & CHRISTENSEN, T. "Citizens and Consumers". *Public Management Review* 2005, 7(2), p. 225-246.

[32] GONZÁLEZ RAMÍREZ, M. R. et al. "Participación y satisfacción del ciudadano en la Gestión Pública: un estudio en el ámbito de la administración local", *Revista Auditoría Pública* 2012, No. 58, p. 33.

De esta manera podemos concluir, que la perspectiva empleada en la presente investigación, y que se adopta en la actualidad en el territorio ecuatoriano corresponde plenamente tanto a la preferencia pública, como consumidor, lo cual se soporta además en la fuerte presencia constitucional y en los programas de gobierno de la perspectiva ciudadana, al cual se le da un papel protagonista en la construcción del Estado.

4. La participación ciudadana en el control de la prestación de los servicios.

Uno de los grandes errores que se cometieron durante los procesos de reforma y Modernización del Estado gestados a finales de la década de los noventa, fue el adoptar un enfoque eminentemente tecnocrático, al excluir del debate y de las decisiones a los ciudadanos; lo cual no sólo deslegitimó el proceso sino que además no logró captar la realidad y adoptar las acciones acertadas a fin de reestructurar la Administración Pública.

Claro que, en dicho contexto histórico, la participación ciudadana no era vista con un factor necesario en éste tipo de procesos, sino que la misma era vista de manera residual, y tan sólo en algunos casos restringidos, usando para ello solamente la vía electoral tanto para escoger a los representantes de la población (democracia directa o indirecta, respectivamente), así como para específicos casos en los que la decisión era sometida a la votación popular a través de referéndums.

A criterio de Bañon i Martínez[33], tanto la aparición de nuevos canales de comunicación, la generación de nuevas herramientas a través de las TIC, un mejoramiento de las condiciones de bienestar de los habitantes, entre otras, fueron la sumatoria que posibilitó que la ciudadanía obtuviese por parte de la cúpula del poder, espacios de participación a fin de que su opinión y valoración, puedan incidir sobre la decisión en la toma de políticas públicas así como incidir en la calidad de los servicios públicos ofrecidos por la Administración Pública.

Este cambio de orientación participativa, se fue adoptando y moldeando a su vez, tanto en la doctrina pero sobre todo en las legislaciones internas[34] de los Estados de Derecho, cuyos gobiernos vieron la oportunidad de no sólo abrir al debate temas que incidían en el fortalecimiento de las democracias, sino que a su vez posibilitaban que las decisiones que éstos tomasen tuviesen una mayor legitimidad, es decir fuerza y convencimiento sobre las ventajas o privilegios de dichas medidas, las cuales repercutirían de manera directa sobre sus condiciones de vida y es por ello lo que los ciudadanos tienen derecho a participar.

Sin embargo, no todos los países se acoplaron a la nueva dinámica y abrieron de manera inmediata los mecanismos de participación, véase el caso ecuatoriano que ya con el texto constitucional de 1998 abrió la puerta a esta tendencia, pero que diez años después con la Constitución de 2008 tuvo que ser consolidada, pues el debate sobre todo desde los gestores políticos ha sido de hasta qué punto debe participar la ciudadanía en la toma de decisiones y en el control sobre las actividades públicas, generando así cierto grado de complejidad al abordar el tema.

Tabla No. 3. Las dimensiones básicas sobre la Participación Ciudadana.

Las dimensiones básicas sobre la Participación Ciudadana

[33] BAÑON i MARTÍNEZ, R. & JIMÉNEZ MEROÑO, S. *La Nueva Gestión Públic*a. Madrid: Instituto de Educación Superior TQM, 2010. p. 65.

[34] "*The incorporation of participation by civil society in the constitutions of most Latin American countries is evidence that these concepts have been widely accepted, at least in theory. Between 1990s and the early 2000s, nineteen countries included some provision for citizen participation in their legal-institutional frameworks, seventeen approved mechanisms of direct political participation, and fourteen constitutions provide for publics spaces with state and civil society representation"*. DAGNINO, E. "Civil Society in Latin America". The Oxford Handbook of Civil Society. Edwards, M. Oxford University Press, New York, 2011, p. 127.

La dimensión	La categoría	El contenido	El grado de representación:
Ámbito de la decisión: ¿Qué problema y en qué amplitud?	Permanente	Conjunto de ciudadanos que de manera continua realizan sugerencias y propuestas sobre una materia en particular de la acción pública. Ej. Consejos Ciudadanos.	Voluntario o abierto: Dirigido a aquellos individuos interesados en participar de manera libre y voluntaria, sin limitaciones. Ej.: Procesos participativos. Representativo universal: Son los representantes de un barrio, sector, parroquia, etc, quienes son seleccionados para participar en el proceso con la finalidad de realizar un "muestreo". Representativo técnico: Aquellos que participan del proceso reúnen ciertas características básicas (información previa) o nivel de instrucción determinado. No sólo acorta el proceso, sino que permite una participación técnica especializada. Ej.: Consejo Sectoriales (gremios, universidades, sindicatos, patronal, etc). Extensivo: Aplicable sobre todo a los procesos de consulta vinculante, que prevé la participación de todo el universo de la población.
	Puntual	Los ciudadanos son llamados a participar, para opinar sobre un asunto en concreto. Ej. Socializar la ubicación de un centro de salud.	
Valor que tienen los ciudadanos: Repercusión en las decisiones de los poderes públicos	Deliberativo	Los participantes aportan alternativas o soluciones frente a una problemática, para que la Administración Pública escoja una de ellas.	
	Consultivo	La Administración Pública solicita la opinión de los ciudadanos respecto a la introducción de una política o el cambio en la prestación de un servicio. No tiene carácter vinculante.	
	Decisorio	La decisión de los ciudadanos obliga a la Administración Pública a acatar la misma, siendo por lo tanto vinculante. Normalmente es impuesta vía referéndum. Garantiza las condiciones de transparencia, de imparcialidad, y de legalidad.	

Fuente: Elaboración propia, a partir de Bañon i Martínez[35].

[35] BAÑON i MARTÍNEZ, R. & JIMÉNEZ MEROÑO, S. *op. cit*, p. 90-94.

5. Las Empresas Públicas en el Ecuador.

El elemento principal de las empresas públicas[36], es que las mismas dependen de manera íntegra del Estado, pues son de su propiedad así como se encuentran bajo su control, razón por la cual de una u otra forma, mantienen un sometimiento a éste, con consecuencias a veces negativas por los intereses e influencias que giran alrededor de éstas.

Sin embargo, la mayor dificultad a la cual se enfrenta la empresa pública (si bien es cierto interactúa en el mercado con la empresa privada, y los consumidores/ciudadanos de sus servicios son los mismos, no así sus objetivos pues para la primera se fundamenta en las políticas establecidas por la Administración Pública), es en la búsqueda de una rentabilidad o desarrollo social, mientras que en la privada su objetivo principal es la reducción de costes y la consecución del máximo beneficio[37].

Por otro lado, la gestión y la gerencia de las empresas públicas, viene aparejada normalmente a unos fines políticos, por lo cual no siempre sus administradores poseerán el nivel de preparación adecuado para enfrentar su gestión, así como existirá siempre una incertidumbre por parte del administrador, ya que su cargo depende siempre de la decisión de un gestor político. Todo esto en el supuesto que no exista la aplicación de principios de buen gobierno, sobre todo el de la meritocracia, que permite tener en el interior de la Administración Pública a los mejor preparados para enfrentar los retos de lo "público".

Otra situación que podría presentarse y afectar al desenvolvimiento de las empresas públicas, y que se dio sobre todo en aquellas creadas y no renovadas durante el siglo pasado, es que las mismas se crearon por parte del Estado no con un plan y unas políticas definidas que intentaban apoyar un sector, sino más bien como fruto de unos actos clientelares, que obligaban por fines electorales, por ejemplo a nacionalizar sectores estratégicos del Estado.

Es por ello ahora todo un reto, en la nueva concepción de las empresas públicas, que su gestión o las nuevas creaciones obedezcan a planes debidamente estructurados, financieramente rentables, y que colaboren en el desarrollo de la Administración Pública y no terminen por ser una carga más para ésta, pues caso contrario se reproduciría uno de los fenómenos como los que avalaron la privatización, por cuanto era tal la desorganización de algunos Estados, que ni siquiera conocían el número de empresas públicas con las que contaban, sectores en las que éstas intervenían, y en consecuencia bienes, trabajadores, activos, etc. Así, "las empresas públicas son todavía importantes en los sectores públicos tradicionales (electricidad, gas, etc) así como en los transportes y comunicaciones. En los países en vías en desarrollo, las empresas públicas absorben también una proporción significativa de la obtención de los recursos naturales. Y en ciertos países las fuentes de energía y del petróleo, son casi exclusivamente de propiedad pública"[38].

Uno de los errores en el cual muchos gobiernos incurrieron respecto a las empresas públicas, fue el hecho de considerarlas como la única vía para influir en la economía, y sobre todo cumplir con su rol de intervención en este campo, así como en la

---

[36] "Son aquellas organizaciones que, aparte de su posición autónoma, compiten en el mercado y están obligadas a dar beneficios por su propio estatuto. Las empresas públicas han proliferado a partir de la década de los años 80 del siglo XX por la necesidad de hacer un Sector Público competitivo." BAÑON i MARTÍNEZ, R. & JIMÉNEZ MEROÑO, S. *op. cit*, IBIDEM p. 74.

[37] Situación que no es compartida según el criterio de Osborne & Gaebler (2002), quienes consideran que la creación de Empresas Públicas, se produce solamente cuando el sector privado no quiere o no puede proporcionar un servicio económico, así como cuando la tarifa por un servicio es muy elevada, y sólo en estos supuestos los gobiernos pueden plantearse su creación.

[38] RUZA, J. *La privatización y la reforma del sector público*. Minerva Ediciones, S.L, Madrid, 1994, p. 32.

satisfacción de los intereses de la población, olvidando otras vías y acciones con las que cuenta. Situación ésta que tuvo un efecto directo en el comportamiento de las empresas públicas, pues en lugar de buscar ser competitivas en el mercado, tuvieron que dedicarse sobre todo a objetivos no comerciales, así como a redistribuir la renta, el crecimiento y el desarrollo económico, etc.; por lo que dejaron de ser competitivas, pues cargaban sobre sí mismas con una pesadas estructuras, las cuales se veían impedidas de depuración debido a la influencia política, convirtiéndose ellas mismo en ineficientes y en presa fácil para los procesos de Modernización del Estado.

Al momento de valorar a una empresa pública, es necesario tener presente, que, al no perseguir los mismos objetivos que la empresa privada, los parámetros para su análisis deberían ser tenidos en cuenta, pues dichos fines son impuestos por la Administración Pública en su acta de constitución, pero que además responden a un interés social y a una universalización de los servicios, cayendo muchas veces en déficits que conllevan un reflejo de baja eficiencia productiva y a unos costes elevados que al no poder ser trasladados al usuario/ciudadano, porque el alto componente social tiene que ser asumido por la propia empresa pública o por la Administración Pública, pues el bien o servicio público producido tiene un gran impacto general y es de interés público[39].

5.1. Antecedentes.

Un antecedente de las Empresas Públicas en el Ecuador, se puede encontrar en el Derecho Público Iberoamericano, en particular en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (España), la cual desde 2003[40] incorpora las entidades públicas empresariales locales[41], entendidas como personas jurídicas a las cuales se les encomienda: "la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación"[42]; introduciendo así un ejecutor de corte "empresarial", que en el caso español se rige por el derecho privado, con lo cual compite al mismo nivel que cualquier otra empresa y puede mostrar el dinamismo y flexibilidad que puede requerir el sector en el que opera la empresa. Esta situación antes descrita, es distinta a la que sucede con las Empresas Públicas en el Ecuador, las cuales si bien es cierto que persiguen la gestión con carácter "empresarial", están atadas a las rígidas normas del derecho público, que en la mayor parte de casos representa una debilidad frente a otras empresas del sector[43].

Si bien la fijación de tarifas bajas o normalmente reguladas por el Estado con respecto a los servicios públicos para que estos tengan un alcance general, es cierto que persiguen un loable objetivo por parte del Estado como es la redistribución de la renta, sin embargo, al momento de aplicarlo no necesariamente los sujetos con menor ingresos[44] son los más favorecidos, porque éstos no necesariamente cuentan con el servicio, con lo cual terminan beneficiándose otros sectores de la población que no lo necesitaban; razón por la que además es necesaria, la aplicación de unas políticas de fijación de precios de carácter técnico, que permita la rentabilidad y la sostenibilidad de

---

[39] RUZA, J. *op. cit*, IBIDEM p. 36.

[40] Reformada por la Ley 57/2003.

[41] Regulado por: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

[42] SOSA WAGNER, F. La gestión de los servicios públicos locales. Séptima Edición. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona, 2008. P. 95.

[43] Véase por ejemplo, el caso del sector de las Telecomunicaciones, y en particular la telefonía móvil, donde el 96,69% está manejado por el sector privado (96,69% CLARO- Conecel S.A y el 32,43% MOVISTAR – Otecel S.A), y tan sólo el 3,31% por el sector público a través de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT EP. (Superintendencia de Telecomunicaciones, 2013). Disponible a través de http://www.supertel.gob.ec/index.php?option=com_k2&view=item&id=21:servicios-de-telecomunicaciones&Itemid=90 última consulta: 14/05/2017.

[44] "…la eficacia de las medidas gubernamentales como instrumentos redistributivos, depende la selectividad de cada sector y de la identificación precisa del beneficiario". RUZA, J. *op. cit*, p. 41.

la empresa pública, y que no responda ésta exclusivamente a fines políticos de captación de votos.

Sin embargo, dentro de la evolución normativa, se puede observar como la presencia de las Empresas Públicas, ha sido de gran importancia en el desarrollo del sector público iberoamericano, y de manera particular en el caso ecuatoriano, y se puede hacer un balance, señalando dos diferencias significativas: a) la primera de aquellas empresas con éste carácter y que pertenecían a la función ejecutiva[45] (Estado Central), siendo de manera histórica las primeras: ENAC, CEPE, TAME, Correos del Ecuador, Ferrocarriles del Estado, Empresa de Alcoholes del Estado, ENPROVIT, etc.; y, b) mientras que en el segundo caso, encontramos a las que formaban parte de los gobiernos locales, y que normalmente eran creadas como mecanismos de gestión en urbes con mayor concentración poblacional y mayores recursos para la gestión de determinados servicios públicos, entre ellos el de agua potable, el saneamiento, los residuos sólidos, y la limpieza, entre otros.

Así, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en particular en su art. 63 dentro de las atribuciones del Concejo Cantonal, se le concedía a éste la facultad para la creación de Empresas para la prestación de servicios públicos. Y será a partir del art 177, cuando se regulasen las Empresas Públicas Municipales, a las cuales definía en su art. 180, como: "una entidad creada por ordenanza, con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de un servicio público por el cual se cobra una tasa o un precio y las correspondientes contribuciones". Estas tenían tanto un Consejo de Adminsitración en el cual figuraban representantes del Concejo Cantonal (ediles), y contaban también con un gerente.

5.2. Análisis normativo.

Con la aprobación de la Constitución de la República (2008), y el alto protagonismo que se otorga al Estado tanto en la planificación (a través de la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES[46]), en la regulación, y en el control pero también en la gestión de los recursos y en la participación en la economía[47], el rol de las empresas públicas va a recobrar un nuevo nivel de protagonismo.

De esta manera en el capítulo quinto, del título séptimo, de la norma constitucional, al referirse a los sectores estratégicos, el constituyente realiza una pormenorizada regulación de las empresas públicas, las cuales dice son creadas por el Estado para la gestión de los sectores estratégicos, así como para la prestación de los servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o bienes públicos; y deja a salvo la posibilidad de que ejercen también otras actividades económicas, protagonismos que si no fuese por el nuevo esquema, sin duda resultarían excesivos dentro de la economía de cualquier Estado.

---

[45] El hito más importante de las Empresas Públicas dependientes del gobierno central ecuatoriano, se dio en la dictadura del General Rodríguez Lara, la cual tuvo un carácter nacionalista-progresista, concentrando la creación de Empresas Estatales, que se encargaban de los sectores críticos como: la vivienda, la distribución de alimentos, y la explotación de recursos naturales, sobre todo el petróleo a través de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, en 1972. ANDRADE CAMPAÑA, J. (Coord.). *Empresas Públicas y Planificación. Su rol en la transformación social y productiva*. Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, 2013

[46] Conforme señala el art. 7, L.O.E.P., el titular o delegado del SENPLADES será miembro de todos los directorios de las Empresas Públicas de la Función Ejecutiva, con el propósito de "velar por la articulación entre la gestión empresarial y la planificación nacional".

[47] De esta manera la Constitución, en su art. 319, al reconocer las diversas formas de organización de la producción en la economía reconoce a las: "… comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas".

La Constitución deja también abierta la posibilidad para que las empresas públicas[48], se regulen y se controlen por los órganos respectivos (función ejecutiva por ejemplo o por los propios gobiernos regionales, provinciales o locales); sin embargo, sí define su funcionamiento como sociedades de derecho público, las cuales tendrán su propia personalidad jurídica, lo que las convierte en independientes, así como se regula la garantía de su autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, lo cual en teoría debería ser un requisito suficiente para evitar interferencias políticas partidistas.

Además el constituyente incluye que para la gestión de éstas, se observarán parámetros de calidad y criterios empresariales y económicos, lo cual resulta curioso pues responde directamente a los parámetros asumidos por la Nueva Gestión Pública que en teoría chocarían con los sostenidos por el socialismo del siglo XXI, y que se mezclan con los criterios sociales y ambientales para su gestión. Por último el texto constitucional, señala también que será la Ley, la que se encargará de regular la participación de éstas en las empresas de economía mixta.

Con estos antecedentes, la Asamblea Nacional del Ecuador en el año 2009, aprobó la Ley Orgánica de Empresas Públicas, L.O.E.P., normativa que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 48, el 16 de octubre de 2009, esto es un año después de la aprobación del texto constitucional, la cual tiene en cuenta a las empresas públicas como pertenecientes al sector público, conforme a lo que establece el art. 225 de la Constitución (2008). La aprobación de esta Ley, respondía a la necesidad de regular la creación, la organización, el funcionamiento, la fusión, la escisión y la liquidación de estas empresas públicas (no financieras).

Así la Ley precitada, se guió por los siguientes objetivos: a) determinar los procedimientos para su creación; b) establecer los medios para garantizar el cumplimiento de sus metas y fines; c) regular sus autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión; d) fomentar el desarrollo integral, sustentable, descentralizado y desconcentrado del Estado a través de su creación; e) actuar bajo parámetros definidos por los directorios de cada empresas, así como con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales; f) proteger el patrimonio estatal (recursos naturales renovables y no renovables) básicos para el buen vivir; g) crear el marco jurídico para que el Estado pueda dar apoyos, subsidios u otras ventajas temporales a sectores desfavorecidos; h) prevenir y corregir conductas monopólicas o que afecten la libre competencia; i) establecer mecanismos para que las empresas públicas mantengan índices de gestión conforme a parámetros sectoriales e internacionales, midiendo su eficacia operativa, administrativa y financiera.

Mientras que respecto a sus principios, las empresas públicas deberían observar según el artículo tercero, estos principios:

a) Contribuir de manera sostenida al buen vivir de los ciudadanos.

b) Promover al desarrollo sustentable, integral, descentralizado y descentralizado de lo “público”.

c) Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social, preservando el ambiente.

d) Observar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de servicios públicos.

e) Integrar de forma adecuada los costos socio-ambientales y de producción.

---

[48] “Hablar de empresa es forzosamente hablar de empresario; y hablar de empresa pública es hablar forzosamente de empresario público”… “Las empresas públicas en el Ecuador – es decir aquellas con personalidad jurídica de derecho público- pertenecen al grupo de entidades adscritas o entidades autónomas… con excepciones puntuales, se puede afirmar que las empresas públicas están sujetas absolutamente a las mismas normas de derecho público que las otras entidades adscritas y autónomas y dependencias del Estado”. PÉREZ, E. *Derecho Administrativo*. Tomo I y II. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 686-698.

f) Preservar y controlar tanto la propiedad estatal así como la actividad empresarial de tipo público.

Tabla No. 4. Las Empresas Públicas en Ecuador según el nivel de gobierno (2013).

Las Empresas Públicas en Ecuador según el nivel de gobierno (2013).		
Nivel de Gobierno	**Número**	**Tipo de Empresa**
Gobierno Central: Dependientes de la Función Ejecutiva	**28**	**25 Públicas**
		3 Economía Mixta
Gobiernos Autónomos Descentralizados: Provinciales y Cantonales.	**212**	**212 Públicas**

Fuente: Elaboración propia, a partir de SENPLADES (2013).

5.3. Creación de las Empresa Públicas.

Es la L.O.E.P., la normativa que regula tanto la creación y la regulación de las empresas públicas, estableciendo la posibilidad que las mismas sean creadas tanto por la función ejecutiva (Gobierno y Administración Pública Central), así como por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, e incluso dejando la opción para que las universidades públicas lo puedan hacer. Por mandato legal en la denominación de éste tipo de empresas, se incluye la indicación "EMPRESA PÚBLICA" o su defecto la sigla "EP"[49].

En el primer caso, su creación se la realizará a través del respectivo Decreto Ejecutivo aprobado por el Presidente de la Repúblico, mientras que en el segundo caso, se haría a través de acto administrativo aprobado por el GAD respectivo, por ejemplo a través de una Ordenanza dictada por el Concejo Cantonal[50].

Dentro del ámbito de actuación que tienen las empresas públicas, éste se encontrará determinado en su acta de creación, pudiendo actuar en los diferentes niveles: local, provincial, regional o nacional, e incluso abriendo la posibilidad internacionalmente. Si bien es cierto, se establece un domicilio principal de cada empresa pública, y esta podrá establecer también agencias o unidades de negocio, en los niveles señalados para poder cumplir con su cometido.

Por último, un aspecto interesante y que merece destacar en relación con la presente investigación, es la relacionada con el art. 40, L.O.E.P, que señala la posibilidad de la creación de empresas públicas, que se dediquen de manera exclusiva a ofrecer servicios públicos, teniendo como preeminencia la búsqueda de la rentabilidad social, y en este tipo de empresas se abre la opción para que el Estado pueda aportar subvenciones y ayudas de tipo económico que permitan garantizar la continuidad del servicio público. Siendo estas subvenciones y ayudas destinadas de manera preferente para la expansión de los servicios públicos en zonas donde exista déficit del servicio o para los sectores denominados como de atención social prioritaria. Esta situación antedicha vale la pena tenerla en cuenta, a la hora de analizar la eficiencia y la eficacia entre las empresas de servicios públicos prestadas directamente por el Estado o por el sector privado, pues son evidentes las ayudas y subsidios que existen, así como la marcada influencia de utilizar a la empresa pública como bastión político o de atención clientelar, con lo cual se puede encubrir gestiones deficientes o negligentes, pues al final las pérdidas económicas o la falta de rentabilidad, estarán financiadas directamente por

[49] Véanse los casos de: EP Petroecuador; ETAPA EP; EPMAPS EP; Ferrocarriles del Ecuador Empresa Pública FEEP; entre otras.

[50] De acuerdo al art. 5 de la L.O.E.P., en el acta de constitución de la nueva empresa pública "… se detallaran los bienes muebles o inmuebles que constituyen el patrimonio inicial de la empresa, y en un anexo se listarán los muebles o inmuebles que forman parte de ese patrimonio".

el Estado, y para contar con el desembolso de esos recursos tan sólo basta la autorización del Ministerio encargado del ramo.

5.4. La estructura de las Empresas Públicas.

El Título Tercero, de la L.O.E.P., se dedica a la dirección y a la gestión de las Empresas Públicas, cuyas funciones se llevan a cabo a través de dos órganos principales: a) el primero, el Consejo de Administración o Directorio; y b) el segundo, que se ejerce, a través de la gerencia general.

En el caso del Consejo de Administración, su función principal se basa en establecer las políticas y marcar las metas y los objetivos a los cuales debe propender la Empresa Pública en el giro de su negocio, para lo cual se le otorga facultades de aprobación de programas de inversión y de reinversión, de planes estratégicos, de presupuestos, de la estructura organizacional (orgánico funcional), así como el aprobar la contratación de créditos sobre determinado monto (el resto lo hace directamente el Gerente General), venta de bienes muebles o inmuebles, conoce y aprueba el informe del Gerente General, quien es su su ejecutor, y que depende directamente de éste órgano, pues es éste el que lo nombra y puede removerlo[51], y otras que tienen que ver con la marcha de la empresa en aspectos estratégicos y a nivel macro.

Si bien es cierto, que la integración del Consejo de Administración depende de si la Empresa Pública fue creada por el Gobierno Central (Ejecutivo) o por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en la primera actuarán los ministros de Estado del área correspondiente (quien la presidirá), así como el titular del SENPLADES (órgano de planificación del Estado), y un miembro designado por el Presidente de la República. De esta manera es claro el sesgo que tendrá, lo cual podría en situaciones extremas conducir a falta de objetividad e independencia a la hora de tomar decisiones, sobre la gestión y la administración de la misma. Además en la L.O.E.P., queda clara la marca ideológica de la Revolución Ciudadana, al retirar de los Consejos de Administración a representantes de las Cámaras de Industrias, Producción y Comercio[52], así como de los sindicatos de trabajadores, gremios o universidades.

Mientras que, en el caso de aquellas Empresas Públicas creadas por los GAD, la L.O.E.P. deja abierta la posibilidad para que sea a través de su norma de creación, que se establezcan los requisitos para los miembros del Directorio; sin embargo, manda que no serán más de 5 miembros, y señala además que de manera preferente, éstos tienen que estar relacionados con las áreas planificación del GAD, siendo siempre el ejecutivo del GAD correspondiente quien lo presidirá; además abre la puerta para que si el GAD durante la constitución de su Empresa Pública así lo considera, puedan formar parte del Consejo de Administración representantes de la ciudadanía, sociedad civil, sectores productivos o usuarios, situación distinta a la que ocurre con aquellas creadas y dependientes de la función Ejecutiva.

Por su parte, en el caso del Gerente General[53], la L.O.E.P. lo establece dentro de la función administradora de la Empresa Pública, y es quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la misma, y por lo tanto es responsable de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa.

6. El análisis de las Ordenanzas de creación de las Empresas Públicas Municipales de prestación del servicio de agua potable.

Antes de que entrase en vigencia la nueva Constitución de la República (2008), desde la llegada del presidente Rafael Correa al poder y con la instalación de la Asamblea Constituyente (2007), y a través de los Mandatos Constituyentes, se inició el proceso de

[51] El Gerente es elegido de una terna enviada por el Presidente del Directorio.

[52] En el caso español, equivaldría a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, CEOE.

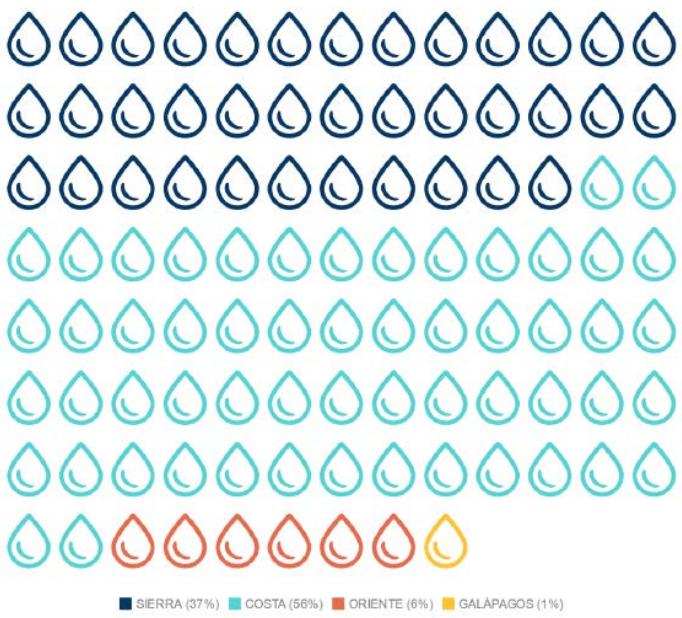
[53] Para ser designado como Gerente General por parte del Directorio, la persona debe contar al menos con título profesional universitario, y demostrar unos conocimientos y una experiencia en el área en la que tiene ámbito el negocio de la empresa.

"reestructuración" del Estado ecuatoriano, a través de un modelo que privilegiaba lo público; de tal forma que todos los sectores económicos y productivos de uno u otro modo se vieron afectados de este proceso, como es el caso de las Empresas Públicas, las cuales ganarían un rol de protagonistas en Ecuador, pero para que ello sucediese, se necesitaba además de una normativa que las regulase de manera expresa, con lo cual gracias a la L.O.E.P. (2009), el proceso se inició, pero hacía falta que aquellas Empresas Públicas que ya se encontraban en funcionamiento se adaptasen a la nueva normativa.

En tal virtud, la Disposición Transitoria Primera de la L.O.E.P., estableció que tanto las empresas que dependían directamente del Estado central, así como aquellas creadas por los gobiernos municipales a través de la entonces L.O.R.M., para que pudiesen seguir operando se les otorgó un plazo de 180 días, a fin de que éstas iniciasen su proceso de transición, para lo que era necesario que adaptasen su capacidad administrativa y operativa; sin embargo, y para que esto ocurriese, hacía falta que ya fuese el Ejecutivo o los ejecutivos de los GAD, respectivamente, aprobasen nuevos Decretos Ejecutivos o en su defecto Ordenanzas, en las que se creasen nuevamente empresas públicas de acuerdo a la L.O.E.P., y que las empresas existentes transfiriesen a las de reciente creación todo su patrimonio. El personal a su vez pasaría a formar parte de la nueva empresa, por lo que no hubo cambio de empleador, y para que no se considerasen como despidos intempestivos, y tener que cancelar las indemnizaciones correspondientes.

Según lo establece el SENPLADES, de las 212 Empresas Públicas Municipales censadas en el Ecuador a 2013, el 33,4% (esto es 71 empresas), tienen por objeto la provisión del servicio de agua potable, alcantarillado y saneamiento ambiental.

Gráfico No. 1. La distribución geográfica de las Empresas Públicas Municipales de agua potable



Fuente: Elaboración propia a partir de Ordenanzas de creación de las Empresas y SENPLADES (2013)

A continuación, se analiza de manera específica, las Ordenanzas de creación de las Empresas Públicas Municipales de Agua Potable y de Saneamiento de las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, debido a su repercusión político-administrativa, así como por sus modelos de gestión: público municipal vs. privada concesionada.

6.1. El caso de la ciudad de Quito.

A diferencia de lo que sucede en el resto de los casos estudiados, Quito al tratarse de un Distrito Metropolitano, así como por su forma de gestión realizó la creación de su Empresa Pública de Agua Potable y de Saneamiento, de manera conjunta con el resto de empresas[54] del Distrito que debían adecuarse a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por tanto, fue a través de la Ordenanza No. 0309, aprobada por el Concejo Metropolitano, con fecha 19 de abril de 2010[55], y denominada como "Ordenanza Metropolitana de Creación de Empresas Públicas Metropolitanas", y cumpliendo lo establecido por la Constitución de la República, L.O.E.P., L.O.R.M. y demás normativa pertinente respecto a la gestión del Distrito Metropolitano de Quito, se creó la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, EPMAPS EP, la cual se reguló a partir de la sección tercera del mencionado instrumento legal.

La Empresa tiene como objetivos principales: a) el diseño, b) la planificación, c) la construcción, d) el mantenimiento, e) la operación, f) la explotación, g) la conducción, h) la producción, i) la distribución de agua potable, j) la recolección y conducción de aguas lluvias, k) así como la recolección, conducción y tratamiento de las aguas servidas; lo cual lo realizará a través del correspondiente servicio público con la infraestructura que cuenta a su cargo. Se establece además como objetivo importante, la coordinación que la Empresa debe mantener con los diferentes niveles de gobierno, para el mantenimiento de las fuentes hídricas, lo cual será después recogido también en el C.O.O.T.A.D.

Sin embargo, se abre un elemento adicional a su gestión tradicional y es el aprovechamiento de los recursos hídricos (embalses y caídas de agua) para generar electricidad, situación que sin duda se enmarca en la corriente internacional de gestión del agua y la energía.

En el caso del Gobierno y Administración Corporativa, las mismas se encuentran recogidas en Reglamento Orgánico Funcional de la EPMAPS, establecido en la Resolución N0- 003-2012; con un Directorio o Consejo de Administración integrado por 5 miembros, de los cuales todos guardan una relación de tipo político con el Alcalde, siendo éste miembro o su delegado quien incluso lo presidirá. Forman también parte dos concejales designados por el Concejo Metropolitano; así como el Secretario General de Planificación y el Secretario de Territorio, Hábitat y Vivienda. Con lo cual todos los miembros responden a criterios políticos, si bien es cierto los dos últimos tienen una preparación técnica, al final son puestos de confianza del Alcalde.

6.2. El caso de la ciudad de Guayaquil.

Mediante la publicación en la Gaceta Oficial Municipal N° 42, del 1 de octubre del 2012, a través de la respectiva Ordenanza, se creó la "Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP"[56], EMAPAG EP, la cual se estableció como una sociedad de derecho público, con personería jurídica, patrimonio propio, así como autonomía en lo presupuestario, financiero, económico, administrativo y en todo campo de gestión; fijándose su domicilio principal en la ciudad de Guayaquil.

Al ser aprobada en el año 2012, esta Ordenanza se adecúa a las disposiciones no sólo de la norma constitucional, sino también a la Ley Orgánica que reguló los GAD, es

[54] Se crearon a través de la misma Ordenanza, las Empresas Públicas Metropolitanas de: movilidad y obras públicas; logística para la seguridad y convivencia ciudadana; servicios aeroportuarios y gestión de zonas francas y regímenes especiales; gestión de destino turístico; y, aseo.

[55] Fue el gobierno municipal de Cuenca, quien dentro del plazo otorgado por la L.O.E.P., el que creó la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, a través de la Ordenanza sancionada el 14 de enero de 2010; mientras que en el caso de Guayaquil se esperó tres años desde la vigencia de la L.O.E.P., pues se creó la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP, el 1 de octubre de 2012.

[56] Dicha Ordenanza de Constitución, fue reformada y publicada en la Gaceta Oficial Municipal, No. 46, el 5 de diciembre de 2012. Reforma en la cual se cambió su denominación por EMAPAG EP, así como otras relativas a la auditoría interna.

decir el C.O.O.T.A.D. Así, el art. 57, se refería a las competencias del Concejo Cantonal, y en particular el literal a) se dedicaba expresamente a la aprobación de Ordenanzas dentro de la facultad normativa que les concedía a los gobiernos municipales.

A diferencia del resto de empresas públicas, en las que cumpliendo la disposición transitoria de la L.O.E.P., las nuevas que se creasen absorbían para sí los activos y pasivos a las anteriores, y en éste caso se fijaba la salvedad de que la creación de esta empresa se circunscribe exclusivamente al cumplimiento del objeto previsto en su Estatuto.

En el caso de la Municipalidad de Guayaquil, desde el 11 de abril de 2001, se encuentra vigente un contrato de concesión suscrito con la Empresa Privada, International Water Services (Guayaquil) Interagua C. Ltda, INTERAGUA[57], contrato que a su vez lo cumplía como contraparte la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG.

La creación de la nueva Empresa Pública, EMAPAG EP, cuyo objeto exclusivo era asumir el rol que tenía ECAPAG en el mencionado contrato vigente desde 2001, y para lo cual cumplirá y hará cumplir el contrato a través de las facultades que se derivan del mismo; pudiendo incluso recibir fondos de la Municipalidad de Guayaquil para la ejecución de obras hidrosanitarias.

Del mismo modo, ésta asumió todos los roles que tenía ECAPAG[58], en el contrato que tiene vigente con Hidroplayas, del cantón General Villamil (Playas), así como asumió también en calidad de deudora los créditos que antes tenía ECAPAG, otorgados por el BEDE y el Banco Central del Ecuador.

Respecto al régimen jurídico, existía una particularidad, pues, se señalaba que, si bien es cierto que se regiría por el Derecho Público, de manera complementaria, podría aplicar también el Derecho Privado, destacando entre sus principios, los de: a) lealtad con los ciudadanos; b) honradez; c) transparencia; d) eficiencia; e) eficacia; f) especialidad; g) dedicación; h) apoyo al servicio público; i) entrega; j) esfuerzo. Se confunden pues principios de gestión de un servicio público con valores que le son propios a la gestión pública, como son la honradez, la dedicación, la entrega o el esfuerzo.

Con respecto a su estructura orgánica, la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP, se encuentra conformada por el Directorio o Consejo de Administración, y la Gerencia General; en el primer caso, se trata de un organismo de dirección y fijación de las políticas empresariales, pero sobre todo es el órgano que vela por el cumplimiento del contrato de concesión con INTERAGUA; la cual dada su conformación es eminentemente política y sin participación ciudadana directa como se explicará a continuación.

El Consejo de Administración lo conforman a su vez, 5 personas: el Alcalde o su delegado (funcionario municipal), quien lo preside; el Director de Obras Públicas; el Director de Urbanismo, Avalúos y Registro; el Director de Medioambiente; y un delegado elegido por parte del Concejo Cantonal de fuera de sus miembros[59], lo cual permite una relativa participación por parte de la sociedad civil, no obstante, su elección depende de personeros electos por votación popular (concejales), por lo que el trasfondo político se mantiene a través de esta forma de participación.

6.3. El caso de la ciudad de Cuenca.

Una de las particularidades que reviste el caso del cantón Cuenca, a diferencia de lo que sucede en otros GAD, es que es el único que cuenta con la titularidad en materia

[57] Operado por VEOLIA.

[58] En cumplimiento de ello, el 29 de octubre del 2012, la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil EP, y la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, realizaron un convenio en cumplimiento de ésta Ordenanza, documento que fue protocolizado el 1 de noviembre del 2012, en la Notaría Décimo Quinta del Cantón Guayaquil.

[59] Este representante deberá tener conocimientos en agua potable y alcantarillado, y permanecerá en sus funciones por un período de 2 años.

de telecomunicaciones[60], lo cual se desarrollará en los apartados correspondientes, pero es necesario indicarlo puesto que la empresa que se encarga de su gestión y administración es la misma que presta los servicios de agua potable, de alcantarillado y de saneamiento ambiental.

El Concejo Cantonal, a través de la respectiva Ordenanza, publicada en la Gaceta Oficial Municipal el 14 de enero de 2010[61], constituyó la "Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP", la misma que conforme se desarrolla en la respectiva Ordenanza tiene como antecedente la Empresa Pública Municipal de Teléfonos, Agua Potable y Alcantarillad (1968) y a la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA (2002).

Se fija como objetivo de ETAPA EP, la prestación de servicios públicos en las siguientes áreas: a) telecomunicaciones; b) agua potable; c) alcantarillado; d) saneamiento ambiental; y, se deja abierta la posibilidad para la prestación de servicios complementarios o conexos que al ser considerados como de "interés colectivo" u otros (sectores estratégicos) que así lo determine el Directorio de la Institución. Los cuales prevé que sean prestados bajo el cumplimiento de los principios de: a) obligatoriedad; b) generalidad; c) uniformidad; d) eficiencia; e) universalidad; f) accesibilidad; g) regularidad; h) calidad; i) responsabilidad; j) continuidad; k) seguridad; y, l) equidad (en las tarifas).

Un elemento importante que se incluye en la Ordenanza, y que amplía las facultades de ETAPA EP, es la gestión ambiental respecto de sus servicios, esto es referente sobre todo a agua potable, para lo cual puede ejecutar programas de preservación de las fuentes hídricas así como la administración o gestión de áreas naturales[62] o artificiales.

Con respecto al gobierno y a la gestión de la Empresa, ETAPA EP, se sigue el modelo de las empresas de Quito y Guayaquil, respectivamente, con un Directorio o Consejo de Administración encargado del gobierno, al que le compete determinar las políticas y estrategias, así como mirar el cumplimiento de objetivos y metas; y, la Gerencia General encargada de la Administración, y a quien corresponde además formular los planes y los programas de acción para hacer posible las políticas fijadas desde el Directorio para el desarrollo de la Empresa. Sin embargo, se agregan otros niveles tal es el caso el de asesoría, el de apoyo y el operativo.

La distribución del Consejo de Administración presenta novedades, pues es la única Empresa de las analizadas, que adopta las sugerencias de la L.O.E.P., respecto a la participación de los ciudadanos y de otros sectores, puesto que se encuentra formado éste por 5 miembros, 3 de los cuales tienen un origen político, 1 representante de la ciudadanía y un último que responde al interés de las Cámaras de la Producción y Universidades.

En el ámbito político, se repite el esquema de Quito, teniendo al Alcalde como miembro y presidente del Directorio; un concejal designado por el Concejo Cantonal; y, un funcionario municipal designado por el Alcalde y que tenga relación con el objeto social de la Empresa.

---

[60] El Estado reconoció a favor del Municipio de Cuenca, la titularidad de las telecomunicaciones en su condición de servicio público. Así lo señala la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, en su art. 58, inciso segundo, que le permite prestar el servicio de telecomunicaciones para operar en conexión con el resto del país y el extranjero, pudiendo prestar servicios en forma directa o a través de concesiones.

[61] Dentro de los 180 días establecidos, en la Disposición Transitoria Primera de la LOEP.

[62] A ETAPA EP, le corresponde el cuidado y la protección del Parque Nacional Cajas, el cual forma parte del Macizo del Cajas, Reserva de la Biosfera de UNESCO desde 2013.

La novedad respecto al miembro en representación por la ciudadanía, es que para su designación se tendrá en cuenta la alternabilidad: urbano y rural; así como debe ser equitativo: hombre y mujer, y que su elección se basará en un concurso de méritos[63].

7. El rol fiscalizador de los miembros del Concejo Cantonal sobre las Empresas Públicas Municipales.

A los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el Ecuador, les corresponden tres funciones integradas: a) una de legislación, normatividad y fiscalización; b) una segunda de ejecución y administración; y, c) una tercera de participación ciudadana y control social. Siendo la primera en el caso de los gobiernos municipales la que corresponde al Concejo Cantonal a través de sus miembros o Concejales.

Considerándose, así en el literal m), del art. 57, y en el literal d), del art. 58, del C.O.O.T.A.D., la potestad fiscalizadora con la que cuentan los miembros del Concejo Cantonal para fiscalizar la gestión y las acciones del alcalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

Todo lo cual se extiende a la tarea que realizan sobre las Empresas Públicas Municipales, las cuales pese a ser autónomas e independientes, pertenecerían a la Corporación Municipal, pues administran recursos públicos, y deben rendir cuentas a sus mandantes, a través de los informes ante el H. Concejo Cantonal, así como a través de la información solicitada por parte de los ediles.

Sin embargo, como se ha visto en el análisis correspondiente de las Ordenanzas de las Empresas Públicas Municipales, tanto en los casos de Quito y Cuenca, cada una en un grado diferente, cuentan dentro de sus órganos de gobierno (Consejos de Administración) con la presencia de Concejales, quienes son elegidos dentro del propio Concejo, normalmente una terna remitida por el Alcalde; situación que en lugar de propiciar la participación al menos indirecta como se pensaría, pues al ser estos representantes de la ciudadanía de una u otra forma éstos se preocuparían en la Empresa Pública de los intereses y necesidades de los ciudadanos, termina convirtiéndose de facto en un factor negativo, que resta independencia, y, sobre todo, que contradice la función misma que tienen los Concejales, pues como se deduce claramente, no podrían convertirse en juez y parte, ya que además al contar con voz y voto en este órgano de gobierno, sus decisiones vinculantes comprometen las acciones de la Empresa Públicas, mientras que serían ellos mismos los que en otro nivel de gobierno (Concejo Cantonal o Metropolitano, respectivamente) los que fiscalizarían las acciones del Alcalde y de las empresas públicas municipales, perdiendo neutralidad e independencia al haber participado éstos en sus Consejos de Administración.

De lo anteriormente expuesto, es preciso y conveniente una reforma de las Ordenanzas de las Empresas Públicas de Quito y Cuenca en este sentido, privilegiando el criterio técnico y de asesoría en un nivel de gobierno tan importante como el Consejo de Administración, el cual más allá de intereses políticos debe responder a la planificación y a la estructura de los marcos de gestión a mediano y largo plazo de la empresa con la participación de miembros que cuenten con la preparación apropiada de acuerdo al ámbito de negocio de la empresa. En caso contrario, el fundamento de establecer las directrices obedeciendo a estudios y preparación, puede verse desplazada por intereses coyunturales, electorales o clientelares que terminan por desprestigiar a las empresas públicas.

8. La participación ciudadana en los Consejos de Administración.

Cuando hablamos de participación, es necesario hacerlo también como aquella capacidad que tienen los ciudadanos de decidir y controlar aquellos asuntos que afecten a su vida, y es entonces fundamental que, éstos asuman un empoderamiento político que permita que todas estas aspiraciones se alcancen plenamente. Así "la participación

[63] Todo lo cual se encuentra regulado en la Ordenanza para el proceso de selección de representantes de la ciudadanía a los Directorios de Empresas Públicas, Comisiones y otras instancias municipales, publicada en la Gaceta Oficial Municipal el 20 de julio de 2010.

ciudadana requiere desde una vertiente de análisis objetiva no sólo el reconocimiento constitucional y legal de un mayor número de instituciones de participación directa, sino de una concepción de las mismas sobre la base de mayor inmediatez al participante en cuanto a los efectos inmediatos y vinculantes que producen dichos institutos en el poder político del Estado"[64].

Para Baena del Alcázar[65], la novedad que implica la participación ciudadana es la de abrir espacios para aquellos que históricamente estuvieron excluidos al no formar parte de los económicamente poderosos o de los grupos sociales organizados. Además, destaca este autor, el mecanismo político (elecciones) como el pilar fundamental de la participación en los regímenes democráticos, por lo que la participación en mucho regímenes occidentales fue tan sólo una iniciativa de las oposiciones que no estaban en el poder, pero que ahora a través de medios técnicos se debe buscar una verdadera participación ciudadana para lo cual es necesario contar con cauces jurídicos establecidos que lo permitan.

Una de las ideas de la participación de los ciudadanos usuarios en las Empresas que prestan estos servicios públicos, es precisamente la posibilidad que tengan éstos de realizar una tarea fiscalizadora y de control de calidad del servicio que se proporciona, pues si se aplicaría en cualquier servicio de índole privado, la lógica sería que ante un mal servicio el usuario tenga la opción de cambiar de proveedor, pero en el caso del agua potable no opera esta variable, ya que este sector constituye un monopolio natural[66], razón por la que hace falta abrir otros mecanismos de participación y control para los ciudadanos-usuarios[67].

Un ejemplo, es el de la "Guerra del Agua" en Bolivia, y en particular en Cochabamba, fue allá donde los ciudadanos se opusieron a la operación de la compañía de capital extranjero que dependía de Betchel[68], a partir de la operación nuevamente de SEMAPA. La nueva configuración de la empresa, tuvo una particularidad en relación con la participación de los ciudadanos, al considerarla como una "asociación pública y colectiva", y ya que tres de los siete miembros de la Junta de Administración fueron elegidos por votación popular por parte de los usuarios del servicio de todos los distritos, razón por la que la ciudadanía se encuentra representada de manera directa en la Junta de Administración[69].

En el caso ecuatoriano, merece la pena destacar la legislación a nivel cantonal elaborada por la Municipalidad de Cuenca, a través de su Ordenanza para el proceso de selección de representantes de la ciudadanía a los Consejos de Administración de Empresas Públicas, Comisiones y otras instancias municipales" de junio de 2010, mediante la cual cumple además de las disposiciones constitucionales relativas a Participación Ciudadana, la de la L.O.E.P. que insta a la posibilidad de contar con

---

[64] GONZÁLEZ RAMÍREZ, M. R. et al. "Participación y satisfacción del ciudadano en la Gestión Pública: un estudio en el ámbito de la administración local", *Revista Auditoría Pública* 2012, No. 58, p. 272.

[65] BAENA DEL ALCÁZAR, M. *Manual de Ciencia de la Administración*. Editorial Síntesis, Madrid, S.A, 2005. p. 69.

[66] "Los monopolios naturales se han considerado otra de las justificaciones clásicas de la regulación económica de servicios públicos. La teoría se ha aplicado especialmente a los servicios de redes. Se trata de infraestructura que sería antieconómico o ineficiente duplicar". MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2011. p. 503.

[67] ARROJO AGUDO, P. "Tipología y raíces de los conflictos por el agua en el mundo". *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua*. Delclós, Icaria Editorial, S.A., Barcelona, 2009, p. 9-34.

[68] Considerada la compañía más grande de construcciones e ingeniería de los Estados Unidos de América, se encuentra en los primeros lugares de las empresas más rentables de ese país. Véase: http://www.bechtel.com/overview.html

[69] QUINLAN, V. (Ed). MARTÍNEZ RUIZ, B. (trad.) *Por un modelo público de agua: triunfos, luchas y sueños*. El Viejo Topo, Barcelona, 2005. p. 130.

representantes ciudadanos en los Consejos de Administración de las Empresas Públicas. Estableciéndose en la ordenanza los procedimientos generales para la designación de estos representantes ciudadanos.

Al respecto, Canales Aliende[70], al abordar el estudio de la gobernanza urbana, hace hincapié en que se trata de otras formas de manifestación de gobernanza, en la cual los desafíos se concentran en la relación que tienen las personas en ciudades y núcleos urbanos relevantes. A criterio de Canales Aliende (2007), la gobernanza urbana no se reduce a ser tan sólo la expresión de la democracia participativa y del buen gobierno; sino que la misma es además un instrumento para el desenvolvimiento de valores y comportamientos democráticos. Pues no se debe reducir y pensar que las ciudades, deben verse sólo como unos centros de desenvolvimiento de la economía, pues la nueva visión de la ciudad implica mayor gobernanza urbana y desenvolvimiento humano local, lo cual supone superar la visión tecnocrática y economicista (neoliberal) y apostar por nuevas formas organizativas y fórmulas de respuesta directa por parte de las administraciones públicas locales ; y es ahí, donde ingresa la importancia de la participación ciudadana, dejando de lado el concepto de mero administrado para ejercer plenamente sus derechos como decidor y constructor de políticas, y ser así plenamente prioritario el concepto y la visión de ciudadano.

9. La elección de miembros de la sociedad civil, y otras formas de participación ciudadana.

Centrándonos en el caso de estudio de la ciudad de Cuenca, y su Empresa Pública ETAPA EP, recordamos que en su Consejo de Administración según su Ordenanza, se establece en el art. 7, literal d), la participación de un representante de la ciudadanía, quien deberá alternar lo urbano y rural, así como la representación equitativa entre hombres y mujeres.

Es por ello que, en la "Ordenanza para el proceso de selección de representantes de la ciudadanía a los Directorios de Empresas Públicas, Comisiones y otras instancias municipales", se establecen los procedimientos para la designación de estos representantes ciudadanos, quienes deben cumplir unos requisitos de tipo general, entre los que se encuentran: a) tener su domicilio en el Cantón Cuenca; b) estar en ejercicio de sus derechos de ciudadanía; c) acreditar conocimientos o experiencia en la materia de la empresa pública (en este caso en agua potable, saneamiento, gestión ambiental o telecomunicaciones), lo cual es fundamental a la hora de contar con un cuerpo colegiado de calidad y de verdadera conducción y asesoría de la empresa pública; d) demostrar su participación en espacios comunitarios, barriales o gremiales (situación negativa porque reduce la participación a dirigentes sindicales o comunitarios); e) además, los participantes podrán presentar documentos de valor académico (títulos universitarios o de posgrado) que se tendrán en cuenta en la etapa de méritos.

Por otro lado, se excluye de la participación a quienes hayan sido sancionados por delitos en contra de la Administración Pública; contratistas del Municipio o sus Empresas; deudores del Municipio; deudores de pensiones alimenticias; a los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los miembros de la Empresa Pública; y a quienes tengan intereses particulares en áreas del objeto social de la empresa (para evitar corrupción, concusión o peculado); quienes ya hayan formado parte como representantes de empresas públicas en esta calidad en los tres últimos períodos; y tampoco podrán participar aquellas personas que ostentan una función derivada de elección popular.

Al tratarse de un concurso de méritos y oposición, el proceso cuenta con una convocatoria, establecimiento de tribunales de calificación y méritos, y otro de impugnaciones. Siendo el primero, el encargado de calificar los méritos de acuerdo a una tabla de puntuaciones constante, en el art. 12, considerando para ello 20 puntos para la formación académica, 20 puntos para los temas relacionados con el ámbito de actuación

[70] CANALES ALIENDE, J.M. "A gobernanza urbana en España". *A gobernanza metropolitana*. Rojo Salgado, A. & Varela Álvarez, E.J. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, p. 55-88.

de la Empresa (agua, saneamiento, medio ambiente, telecomunicaciones), y 10 puntos correspondientes a participación social. Una vez contabilizados el puntaje de cada participante, y conocidas las impugnaciones, se envían las mismas al Concejo Cantonal, para que éste conozca el informe y proceda con la designación correspondiente para la persona con el mejor puntaje, siendo su alterno el participante que le siga observando representación urbana y rural y alternando hombres y mujeres, siendo representantes que cumplirán su labor por el período de 2 años, establecido en la Ordenanza correspondiente.

Para garantizar la transparencia de cada uno de los procesos de selección, podrán establecerse veedurías de control ciudadano, quienes elaborarán un informe del mismo que será enviado al Concejo Cantonal para su conocimiento.

Sin duda, el caso de Cuenca es un ejemplo de cómo el proceso de participación ciudadana en las Empresas Públicas Municipales, es factible y digno de emular en el resto de instituciones públicas.

Mientras que en el caso de los servicios públicos concesionados, si bien es cierto que existe una relación contractual entre la Administración Local y la Empresa Privada encargada de prestar los servicios vía contrato de concesión, de igual manera existe un usuario que es el beneficiario de los servicios que presta la entidad concesionaria.

En cada contrato de concesión, queda establecida la relación existente con el usuario; sin embargo, es necesario ampliar el concepto, sobre todo en la legislación ecuatoriana, que como bien sabemos al tratar el tema de la participación ciudadana, no lo hace solamente en el sector público sino que lo amplia también al ámbito privado, con lo cual es necesario reflexionar de las formas de participación efectiva que disponen los usuarios para expresar su opinión, las discrepancias, así como para solicitar las mejoras en la prestación de los servicios, no sólo a través de la Administración Local como canal de comunicación; sino con una vía independiente y rápida, que permita la participación y el diálogo fluido entre el ciudadano y el concesionario.

Una de esas formas, podría ser la apertura que la empresa concesionaria tenga, para previa admisión de los puntos a tratar, recibir en la Comisión General de las Juntas de Administración para que en nombre propio o en calidad de representantes de los ciudadanos, puedan participar y opinar sobre los procesos de expansión, sobre el análisis de la calidad de servicio o las medidas para mejorar la prestación.

Al igual que gracias a la ayuda de las nuevas plataformas que ofrece las TIC, se deberían abrir espacios, para que la ciudadanía pueda dejar sus sugerencias o comentarios, pero siempre con la necesaria interacción de la empresa concesionaria que responsa los requerimientos, pues de nada sirve contar en la Carta de Servicios de la web institucional, con un apartado dedicado a este fin, cuando no existe en la realidad la apertura ni tampoco la retroalimentación respectiva, pues solamente de esta manera el proceso de participación se puede tener como medida provechosa. La Carta de Servicios, a veces pueden ser meramente simbólicas y de propaganda política, sin una validez efectiva, digna de su consideración, viabilidad y operatividad.

10. Conclusiones.

Se ha demostrado que el proyecto de la autodenominada, “Revolución Ciudadana”, no sólo utilizó de manera estratégica y coyuntural el discurso de empoderamiento y participación de los ciudadanos, sino que además lo incorporó en el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano.

No obstante, se debe criticar que si bien es cierto se crearon una serie de mecanismos de participación como se ha detallado en la presente investigación, de igual manera es claro que en el interior de los Consejos de Administración, así como en el resto de instituciones del Estado, el poder se maneja de manera centralizada por el Ejecutivo (sea del gobierno central, provincial o local), lo cual hace creer en un doble rasero a la hora de medir la participación de los ciudadanos.

Además, el esquema creado para la administración y gestión de las Empresas Públicas regulado en la correspondiente Ley Orgánica, obedece a una coyuntura económica especial para Ecuador, en la cual los altos ingresos petroleros permitieron expandir un Estado todopoderoso, capaz de intervenir en diversos campos de la

economía, pero que con la disminución de estos ingresos, así como el fin del liderato del presidente Correa Delgado, hacen que el mismo sea inoperante en el próximo período de gobierno, teniéndose que reformar e incluso desmontar la amplia participación de las Empresas Públicas en la vida económica, generando un retorno a modelos económicos que se pensaron superados, inspirados en corrientes neoliberales y operados a través de modelos de gestión pública cercanos al clientelismo, en los cuales la figura de participación del ciudadano como actor preponderante en la prestación de los servicios públicos desaparece, y se impone la del cliente.

Por último, se debe destacar que, a diferencia de lo que sucede en los Consejos de Administración de las Empresas Públicas que dependen del Ejecutivo (gobierno central), en el caso de aquellas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, es evidente el mayor énfasis que se pone en la participación de los ciudadanos, destacando sobre todo el caso de la ciudad de Cuenca y su Ordenanza, en la que se regula el proceso para la elección del representante ciudadano, lo cual hace que podamos concluir que la participación no sólo es una retórica discursiva, sino que se encuentra presente; situación que si bien es cierto loable, no obstante el exceso de requisitos y procedimientos, termina pervirtiendo la verdadera participación ciudadana de bases, la cual es desplazada por una "burocracia" de las sociedades de la organización civil, o por colectivos ciudadanos que de manera superflua defienden los intereses del gobierno de turno, por lo que es importante que estos procesos sean transparentes y públicos.

11. Bibliografía.

ABERDACH, J.D & CHRISTENSEN, T. "Citizens and Consumers". *Public Management Review* 2005, 7(2), p. 225-246.

ANDRADE CAMPAÑA, J. (Coord.). *Empresas Públicas y Planificación. Su rol en la transformación social y productiva.* Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, 2013. Disponible en: http://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/02/Libro-Empresas-P%C3%BAblicas-web.pdf

ARROJO AGUDO, P. "Tipología y raíces de los conflictos por el agua en el mundo". *Agua, un derecho y no una mercancía. Propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua.* Delclós, Icaria Editorial, S.A., Barcelona, 2009.

BAENA DEL ALCÁZAR, M. *Manual de Ciencia de la Administración.* Editorial Síntesis, Madrid, S.A, 2005.

BELTRÁN VILLALVA, M. *La acción pública en el régimen democrático*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

BAÑON i MARTÍNEZ, R. & JIMÉNEZ MEROÑO, S. *La Nueva Gestión Pública.* Madrid: Instituto de Educación Superior TQM, 2010.

CANALES ALIENDE, J.M. "A gobernanza urbana en España". *A gobernanza metropolitana.* Rojo Salgado, A. & Varela Álvarez, E.J. Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.

DAGNINO, E. "Civil Society in Latin America". *The Oxford Handbook of Civil Society.* Edwards, M. Oxford University Press, New York, 2011.

DELLA PORTA, D, & DIANI, M. *Los Movimientos Sociales*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) & Editorial Complutense, Madrid, S.A, 2011.

DROMI, R. *Derecho Administrativo.* Novena edición actualizada. Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, 2001.

EMBID IRUJO, A. (Dir.). *Ciudadanos y Usuarios en la Gestión del Agua.* Editorial Aranzadi, Pamplona, S.A, 2008.

FREDERICKSON, H. G. "Toward a Theory of the Public for Public Administration". *Administration & Society* 1991, 22(4), p. 395-417.

GONZÁLEZ RAMÍREZ, M. R. et al. "Participación y satisfacción del ciudadano en la Gestión Pública: un estudio en el ámbito de la administración local", *Revista Auditoría Pública* 2012, No. 58, p. 31-42.

LOPEZ CAMPS, J. & GADEA CARRERA, A. *Una Nueva Administración Pública. Estrategias y métodos para mejorar la calidad y la eficiencia del e-Gobierno*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2001.

MCKNIGHT, J. L. "Regenerating Community". *Social Policy* 1987, Winter, p. 54-58.

MUÑOZ MACHADO, S. T*ratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo IV. Iustel, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2011.

NALLAR DERA, D. M. *Regulación y control de los servicios públicos.* Marcial Pons Argentina S.A., Buenos Aires, 2010.

OSBORNE, D. & GAEBLER, T. *La reinvención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público.* Ediciones Paidós Ibérica, S.A, Barcelona, 1994.

PÉREZ, E. *Derecho Administrativo.* Tomo I y II. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

POLGA, J. "Hacia una superación del clivaje regional? La evolución de la nacionalización de los partidos políticos ecuatorianos desde el retorno a la democracia", *América Latina Hoy 2014*, No. 67, p.95.

QUINLAN, V. (Ed). MARTÍNEZ RUIZ, B. (trad.) *Por un modelo público de agua: triunfos, luchas y sueños*. El Viejo Topo, Barcelona, 2005.

ROMÁN MASEDO, L. "Consecuencias políticas de la acción administrativa: el paradigma del ciudadano-cliente". *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas* 2012, Vol 11, No. 1, p. 81-103.

RUÍZ GONZÁLEZ, J. G. *Las asociaciones de consumidores.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RUZA, J. *La privatización y la reforma del sector público.* Minerva Ediciones, S.L, Madrid, 1994.

SANCHO ROYO, D. *Gestión de servicios públicos: Estrategias de marketing y calidad.* Editorial TECNOS, S.A. & Universitat Pompeu Fabra, Madrid, 1999.

SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales.* Séptima Edición. Editorial Aranzadi, S.A, Pamplona, 2008.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 185-197
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Los derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa

Human rights as a challenge of immigration policy in Europe

Emilia Mª Santana Ramos[1]
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

Sumario: I. Introducción. II. El valor de los derechos del hombre ante las políticas de estado. III. La denegación del acceso y establecimiento de la residencia del inmigrante en la sociedad receptora. IV. Los derechos de solidaridad. V. planteamientos y retos para Europa. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: El control y las barreras restrictivas realizadas por los Estados de acogida ante el fenómeno migratorio, evidencian la agenda de la mayoría de las políticas públicas actuales en materia de inmigración. Este modelo de control de flujos migratorios nos muestra una realidad de desprotección humanitaria. Europa afianza un sistema de restricciones sin precedentes, obligando a los inmigrantes a situaciones de extrema necesidad.
Este trabajo pretende evidenciar la necesidad de un Pacto de Estado que garantice las exigencias mínimas de seguridad, justicia e igualdad proclamada por los derechos humanos.

Palabras clave: Inmigración, solidaridad, justicia, igualdad, derechos humanos.

Abstract: The control and restrictive barriers host countries have set up over the migratory phenomenon, show the agenda followed by most current political institution on immigration.
This model of migration control depicts a reality of neglect of humanitarian assistance. Europe is imposing a record system of restrictions, thus forcing immigrants to live in dire need of assistance.
This work aims at highlighting the need of a large national agreement that is able to ensure the minimum requirements for justice and equality as it was proclaimed by the human rights.

Key words: Immigration, solidarity, justice, equality, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad que ha asumido en la actualidad el fenómeno de la migración internacional, se caracteriza fundamentalmente por la confusión de factores que le resultan inherentes. A tal respecto, se pronuncia el profesor De Lucas cuando defiende que "los flujos migratorios hoy, son un rasgo estructural-sistémico del orden mundial que impone el modelo de globalización dominante"[2].

[1]Profesora Doctora del Área de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). E-mail: esantana@dcjb.ulpgc.es.
[2]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La inmigración, como res política", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* vol. 10, Madrid, 2004, p. 1.

En este sentido, puede afirmarse que el fenómeno migratorio "ha alcanzado en la actualidad la dimensión de factor estructural en una sociedad globalizada y en la que la dualización entre un norte cada vez más rico y un sur que no deja de empobrecerse, lejos de estrecharse, continúa profundizándose"[3].

Si bien es cierto que la inmigración no resulta un fenómeno novedoso de las sociedades actuales, no es menos cierto, que los factores que inciden en la inmigración si se han modificado y con ello, los desafíos de los Estados en ampliar el control de sus fronteras.

El concepto de inmigración hace referencia al hecho de emigrar, es decir, de entrar a residir de manera temporal o permanente en un país que no es el de origen. Ese derecho a emigrar ya venía siendo defendido por Francisco de Vitoria cuando, tal y como expresan algunos autores "en el intento probatorio de su tesis se mueve por registros teóricos más universales y de fondo, los relativos a los derechos del hombre. Si todo hombre tiene derecho a emigrar e inmigrar, es, piensa Vitoria, porque el hombre es un ser naturalmente sociable y naturalmente abierto al otro por la comunicabilidad"[4].

De modo que para Vitoria, "lo propio de la persona humana, en términos antropológicos y jurídicos es la sociabilidad y la comunicabilidad natural. Y de esa esencialidad identitaria de la persona, deduce Vitoria, primero, que todo hombre tiene el derecho a emigrar a donde quiera (ius peregrinandi) y a establecerse allí donde ha ido (ius illic degendi); segundo, que ese derecho es un 'ius libertatis', que obliga a todos los demás a comportamientos de no hacer (non possunt ab illis prohiberi), y tercero, que el titular de ese derecho está siempre obligado a ejercerlo de manera convivencial y pacífica (sine aliquo tamen nocumento barbarorum)"[5].

Aclarado el asunto de la base argumental del derecho natural que asiste al hombre en su elección de emigrar y las condiciones mínimas exigidas para poder ejercerlo, puede deducirse que esta idea victoriana entra en colisión directa con las políticas inmigratorias de numerosos Estados. Pues éstos, actúan paternalistamente reforzando los controles y estableciendo barreras mucho más restrictivas en el acceso al país de acogida, esgrimiendo el argumento de la seguridad y el bienestar de la población interna. Es en este punto, cuando entra en juego la justificación paternalista por parte de los Estados, cuyos objetivos declarados dejan patente ciertos prejuicios con respecto a la llegada de inmigrantes a sus fronteras.

Desde ese prisma, puede afirmarse que los objetivos declarados por las políticas públicas en materia de inmigración se presentan como una limitación de los derechos naturales del hombre. Por un lado, la existencia de un daño a terceros y del otro, el deterioro de la seguridad de la población de acogida constituye la excusa perfecta para restringir sus fronteras. Por lo tanto, en base a estos argumentos, la figura de la discriminación se hace más patente cuando los inmigrantes no encuentran una respuesta que pueda satisfacer sus propias necesidades más básicas.

> Todo ello nos obliga a realizar una reflexión conjunta sobre el reconocimiento universal que caracteriza a los derechos humanos. Ese reconocimiento constituye la base argumental del valor que asume la solidaridad y que debe presidir la moral social. Derivado de esa asunción, nace la moral social

[3]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España", en AA.VV., Colomer Viadel, A., (coordinador), *Emigrantes y estabilidad en el mediterráneo. La polémica Ley de Extranjería*, Nomos, Valencia, 2001, p. 141.
[4]MARZAL, Antonio, RECIO, Eugenio y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Bosch Editor, Barcelona, 2002, pp. 63-65.
[5] Ibídem, pp. 67-69.

que deben observar los miembros de la comunidad de acogida para impedir, en cualquier caso, situaciones de injusticia sobre la figura del inmigrante.

II. EL VALOR DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE ANTE LAS POLÍTICAS DE ESTADO

En la actualidad, la información que llega sobre las tragedias y el horror que sufren los inmigrantes que intentan llegar a las fronteras de Europa, desatan un sentimiento de tristeza, compasión y consternación. Imágenes como la del niño sirio de tres años ahogado en una playa de Turquía es la viva imagen de la tragedia de muchas familias que, ante la situación que asola su país de origen, deciden huir a los Estados de bienestar que representa la Europa comunitaria. Para vergüenza de todos, esta situación nos hace comprobar cómo esas políticas restrictivas que se establecen asumen una tendencia a generar más la exclusión que integración.

En este punto, cobra todo su sentido, el reconocimiento de los derechos naturales como una facultad inherente al ser humano y de acuerdo a la teoría del profesor Ara Pinilla, esta facultad "ya viene reflejada en el propio consenso social alcanzado, a partir de la realización de las exigencias de liberación de los condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos"[6].

En la misma línea, el profesor Martínez de Pisón proporciona una explicación más próxima a la racionalidad que a la espiritualidad del propio término "derechos naturales", entendiendo que "dentro del concepto de derechos humanos o derechos del hombre se reunirían todo el catálogo de derechos recogidos en las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales en la medida que representan exigencias morales que se han ido destilando con el paso de los siglos y que reflejan ciertas necesidades de los hombres que hay que cubrir para que lleven una vida digna"[7].

En la actualidad, las políticas públicas en materia de inmigración asumen normalmente, como punto de partida, la idea de las limitaciones al acceso del inmigrante al país de acogida. Ello supone una dificultad infranqueable para los inmigrantes. Las exigencias mínimas de solidaridad, moral y de respeto derivadas de los derechos naturales del hombre, encuentra su primer obstáculo en las políticas declaradas por parte de los gobiernos que no son capaces de desafiar de forma organizada la oleada migratoria existente.

La indeterminación que pueda ofrecer el reconocimiento de derechos naturales en las políticas públicas en materia de inmigración, quedaría superada con el compromiso por parte de los Estados de respetar los derechos subjetivos, diferenciándolo de las vaguedades e indefiniciones que puede caracterizar a un principio moral. Se entiende entonces que "los textos internacionales son el soporte material de esos derechos y, por tanto, un referente bien explicitado de lo que debe entenderse por cada uno. De hecho, lo que se viene exigiendo es la concreción de esos principios, que gozarían del apoyo de los instrumentos políticos y jurídicos del Derecho Internacional. Además, serían el resultado del esfuerzo realizado por las naciones para alcanzar un consenso sobre ellos y un compromiso que deben regir sus relaciones"[8].

Ahora bien, hay que recordar que "el consenso de la comunidad internacional y la positivación de esos derechos en la mayoría de las Constituciones, no ha frenado las violaciones a los derechos humanos"[9].

La supuesta salvaguarda de la autonomía y seguridad de la población de acogida es la premisa que mantiene el ideal de Europa. Principalmente, cuando la postura que se asume ante la situación actual, es precisamente, por la idea generalizada de que la población que entra en un país de forma descontrolada y sin planificación, está abocada a aumentar la delincuencia y fomentar la germinación de ideas agresivas contra la

---

[6] ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 63.

[7] MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, Zaragoza, Egido, 1997, p.11.

[8] Ibídem, p. 11.

[9] MORENO LUCE, Marta, "El fundamento de los Derechos Humanos", en *Revista Letras Jurídicas*, Volumen 15, México, 2007, p. 2.

civilización occidental. En este sentido, la prevención frente a la posible producción de este deterioro de la seguridad personal de los habitantes del lugar, se encuentra absolutamente exacerbada en las sociedades occidentales, así lo entiende De Lucas cuando afirma que las políticas de inmigración que se promueven en ellas "cada vez más parecen presas del síndrome securitario"[10]. De hecho, quienes así piensan, no toman en consideración que la victimización también se produce en la persona del inmigrante, sobre todo, en un ámbito donde se configura como un sujeto especialmente vulnerable y por tanto, expuesto al abuso por parte de los miembros de la sociedad receptora[11].

En este sentido, entiende el profesor De Lucas que "el problema real es que a los inmigrantes no se les reconocen derechos que se formulen como universales, y es un problema porque no se trata de una cuestión de hecho, sino de un régimen jurídico que pretende estar justificado, que encuentra razones para tal discriminación"[12].

La realidad que debería imperar es que la posibilidad que tiene una persona de trasladarse a una sociedad distinta de la que le vio nacer es un acto de voluntad que en principio, tendría que estar amparado por el principio del libre desarrollo de la personalidad[13]. La restricción a las posibilidades de acceso del inmigrante a la sociedad receptora es una limitación de este principio. Así lo defiende De Lucas, quien, en su interpretación de la obra de Michael Dummett, señala que "todos los seres humanos tienen el derecho elemental a escoger libremente donde vivir. Sin ese derecho no se puede concebir el principio de autonomía que constituye, a su vez, la condición sine quanon de la definición de los seres humanos como agentes morales"[14].

Y en esa línea defiende que "si todos y cada uno de nosotros tenemos el derecho elemental a escoger nuestro plan de vida, forma parte de esa elección básica la libertad de movimiento, la libertad de elección de nuestra residencia y lugar de trabajo"[15].

El fenómeno de la inmigración y sus nuevos desafíos han de ser analizados desde la visión garantista que ofrece el reconocimiento de los derechos humanos, sobre todo, por el sentido que asumen en nuestros días las políticas restrictivas y de control sobre la inmigración. En este sentido, se observa ya de entrada una posible contradicción entre la consideración de la decisión de instalarse en la sociedad receptora como una expresión directa del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante y el hecho que supone comprobar el control estricto de la inmigración que se está llevando a cabo en la actualidad por parte de los Estados, sin plantearse muchas veces si ese control de la inmigración puede legitimarse sin tener en consideración el reconocimiento de los derechos universales que asisten a todos los seres humanos.

A tal respecto, Luigi Ferrajoli manifiesta el riesgo que se asume cuando las sociedades de acogida mantienen un trato desigual y discriminatorio ante el fenómeno inmigratorio. Así se pronuncia cuando defiende que "la óptica realista debería, por tanto, invertirse: lo que aquí aparece como irreal en el corto plazo, esto es, el cumplimiento efectivo de los deberes de cooperación correlativos a los derechos humanos sancionados por el derecho internacional, es, a largo plazo, la única alternativa realista, como advierte

---

[10]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración", en AA.VV., De Lucas Martin, J. y Torres, F. (editores), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Talassa, Madrid, 2002, p. 30.

[11]CALVO GARCÍA, Manuel, GASCÓN SORRIBAS, Elena, y GRACIA IBÁÑEZ, Jorge, "La inmigración en el ámbito de la administración de justicia", en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 183.

[12]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en AA.VV., *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Campoy Cervera, I. (editor), Dykinson, Madrid, 2006, p. 66.

[13]ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales. (*Traducido por Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp. 299 y 301. El derecho al libre desarrollo de la personalidad ha sido definido como el derecho general de libertad o el derecho a la libertad general de actuación humana en el más amplio sentido.

[14]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", cit., p. 66.

[15]Ibídem, p. 73.

el propio preámbulo de la declaración Universal de los Derechos del Hombre, a un futuro de guerras, de violencia y terrorismo. Mientras que no hay nada más políticamente irreal que la ilusión de que la realidad pueda permanecer como está, sin que se vea amenazado nuestro despreocupado tren de vida y sin que resulten desacreditadas las propias fuentes de legitimación de nuestras ricas democracias"[16].

Ese trato desigual se proyecta a su vez, en un crecimiento exponencial de la discriminación del desfavorecido en la distribución de los derechos. Luigi Ferrajoli ha expresado a este respecto que "existe un nexo profundo entre democracia e igualdad, y a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo; del mismo modo que la igualdad en derecho genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico"[17].

Las verdaderas cuestiones que crean fricción entre los inmigrantes y la población que los acoge se mueven en el terreno de la ética y la moral que establecen la tolerancia como valor fundamental para garantizar una convivencia civilizada entre las personas y la mejor realización de los derechos de quienes, por muy diferentes que sean sus presupuestos culturales, comparten siempre su común condición como seres humanos requiriendo el respeto inquebrantable a las exigencias propias de su dignidad personal.

Sin embargo, cabe preguntarse quién o qué determina esa moral, teniendo en cuenta el pluralismo moral existente en las diversas sociedades y los profundos y rápidos cambios que sufre ésta en breves lapsos de tiempo. ¿Qué moral debe imperar?, ¿la de la sociedad de acogida, o la del grupo minoritario?.

Por su parte, afirma el profesor Miguel Giusti, que "no hay democracia sin ética. Pero si hay ética sin democracia. La ética es una concepción evaluativa de la vida, un sistema de creencias o una escala de valores socialmente compartidos, que animan la interpretación de la realidad y que subyacen a las diferentes formas de organización institucional que una sociedad decide darse. Concepciones éticas, en este sentido, ha habido naturalmente muchas, pues todos los seres humanos en todas las épocas y lugares, participamos de algún sistema de creencias morales que da sentido y pone orden a nuestra acción en el mundo. Pero como es también evidente, no todas las concepciones éticas han sido democráticas"[18].

En este sentido, la filosofía política de Habermas identificaba los derechos subjetivos como condiciones básicas del propio proceso democrático, prueba de ello, es su afirmación acerca de que "la substancia de los derechos humanos yace pues en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de ese proceso de formación discursiva de opinión y voluntad en la que la soberanía popular toma forma jurídica"[19].

De este modo, es indudable que la política tiene mucho que aprender y aprehender de los derechos humanos y su más que indudable respeto a las cualidades humanas, a las libertades públicas y a los derechos fundamentales que acompañan indudablemente a la cualidad de ser humano a todos y cada uno de los ciudadanos.

---

[16]FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Ferrajoli, Luigi *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Perfecto Andrés, A.C., Lorenzo Córdoba, M.C. y Pisarrello Prados, G. (traductores y editores), Trotta, Madrid, 2001, pp. 176-177.
[17]Ibídem, p. 44.
[18]GUISTI HUNDSKOPF, Miguel, "Ética y democracia", en *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética*, Fondo Editorial, Lima, 2008, p. 12.
[19]HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2010, p. 135.

La cuestión radica en cómo se puede proteger y fomentar una integración real del inmigrante cuando no se le reconoce su propia libertad para decidir y elegir el lugar donde quiere desarrollar su vida. Así, Gregorio Robles se expresa cuando defiende que "la libertad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir ésta sino desde la libre elección; pero al ser el concepto de personalidad un concepto moral, la libertad que es su punto de partida, no podrá tener cualquier contenido sino sólo aquéllos que efectivamente conduzcan al desarrollo de la personalidad moral que el ser humano, como libre sujeto agente, se propone"[20].

III. LA DENEGACIÓN DEL ACCESO Y ESTABLECIMIENTO DE LA RESIDENCIA DEL INMIGRANTE EN LA SOCIEDAD RECEPTORA

Considerar el establecimiento de la residencia del inmigrante en la sociedad receptora como la expresión directa del libre desarrollo de su personalidad y del reconocimiento de sus derechos inalienables, supone también contemplar, si puede haber razones para la denegación del acceso. Es evidente que los ordenamientos jurídicos de los países occidentales establecen limitaciones al acceso de los mismos en la población inmigrante. Pero éstas son razones legislativas que requerirán la correspondiente justificación.

La justificación de las restricciones al acceso del inmigrante a la sociedad receptora deberá responder, en este sentido, a alguna de las causas que avalen la injerencia de los poderes públicos sobre la voluntad del individuo en las cuestiones que afectan directamente a sus intereses. Esto es, la supuesta incompetencia del inmigrante o la producción de un daño relevante a terceros.

Las políticas públicas de inmigración asumen normalmente, como punto de partida, la idea de que las limitaciones al acceso del inmigrante al país de acogida se establecen por el propio bien del inmigrante. Lo cierto es, sin embargo, que lo que tienen en cuenta fundamentalmente es el bienestar y la seguridad de los miembros originarios de la sociedad de acogida. Se utiliza la "coartada de su propio bien"[21] para justificar la consideración del inmigrante como un ser inferior a quien le está impedido el desarrollar libremente su personalidad. Pero no porque pueda hacerse daño a sí mismo con ese desarrollo libre de su personalidad, sino porque del mismo puede resultar un hipotético perjuicio para los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida.

Un síndrome que deriva en el mayor perjuicio de quienes son injustificadamente considerados como causantes directos de esa falta de seguridad. La situación se muestra con toda claridad en "la inversión del principio de inocencia" que se produce en relación al inmigrante, obligado a demostrar que no es un peligro, ni para la seguridad personal ni para la pervivencia de los valores firmemente consolidados en la cultura occidental[22] y en la acentuación del carácter negativo de la imagen que proporciona en general las informaciones publicadas en los medios de comunicación con respecto al fenómeno

[20]ROBLES MORCHÓN, Gregorio, "El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)", en AA.VV., García San Miguel, L. (coordinador), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución,* Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 48.

[21]DE LUCAS MARTIN, Javier, "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", cit., p. 76.

[22]DE LUCAS MARTIN, Javier, "Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración", en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 42.

inmigratorio[23]. Es un síndrome que parece olvidar además, el hecho cierto de que el inmigrante es de hecho, también víctima de delitos y no solo actor de los mismos, sobre todo en un ámbito en el que su situación de debilidad le hace especialmente propenso al abuso por parte de los miembros de la sociedad receptora[24].

El argumento de la falta de información del inmigrante, es desde luego, un argumento más sólido. Es cierto que muchas veces llegan los inmigrantes a las fronteras pensando que se van a encontrar con un futuro mucho mejor en una sociedad más opulenta que lo que realmente es. De todos modos, el acceso a la información es, hoy en día, mucho más fácil con los medios técnicos modernos que lo que era en otro tiempo, lo que hace difícil que pueda constituir la falta de información del inmigrante una razón convincente para negarle, por su propio bien, el acceso y la posible integración en la sociedad receptora.

No obstante, en los casos en que se pueda hablar efectivamente de una falta de información, ésta no justifica por sí misma la denegación de acceso como un medio paternalista de proteger los derechos del inmigrante. Porque si éste acude a la sociedad de acogida es porque con toda seguridad, su situación en la sociedad de origen es bastante más trágica.

El problema se reduciría a los casos en que se produce una falta de información acerca de las condiciones reales que va a encontrar en la sociedad de acogida siendo, en todo caso, éstas condiciones inferiores y desfavorables a las que ya tenía en la sociedad que le vio nacer y en la que fue formando su personalidad. Sólo en este caso tendría sentido el planteamiento del problema como el de una intervención de los poderes públicos contra la voluntad del sujeto justificada por razón de la preservación del interés del inmigrante.

Es una situación que no se produce casi nunca. La prueba está en que si se le pregunta por qué ha accedido a la sociedad de acogida sin conocer exactamente las condiciones y circunstancias en que iba a discurrir en ella su existencia y si desea retornar a su sociedad de origen, casi todos responden que no. Las situaciones de desempleo, de falta de reconocimiento a su cultura identitaria, de marginación social, de racismo y xenofobia, no le resultan apetecibles, pero puestos en la balanza de aspirar a un mejor nivel de vida, lo prefiere a lo que en su país de origen se le presenta como opciones posibles.

Por supuesto, desearía cambiarlas con todas sus fuerzas y probablemente no responden a lo que él esperaba encontrar en la sociedad de acogida. Pero tampoco son razones que en la mayoría de los casos le lleven a querer volver a su lugar de origen, porque aún en esas condiciones tan adversas, las expectativas vitales son mejores que las que puede encontrar y ha experimentado ya en la sociedad de la que procede[25].

Otra razón que se suele alegar para justificar la consideración de la denegación de acceso al país de acogida, como una decisión tomada en beneficio de los intereses del inmigrante, es el estado de necesidad en que se encuentra el propio inmigrante cuando

---

[23]VAN DIJK, Teun, *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*, (traducción de Montse Basté), Gedisa, Barcelona, 2009, p. 52.

[24]CALVO GARCÍA, Manuel, GASCÓN SORRIBAS, Elena, Y GRACIA IBÁÑEZ, Jorge, "La inmigración en el ámbito de la administración de justicia", cit., p.183. En este sentido, se señala que "es evidente que el inmigrante no sólo es sujeto pasivo-denunciado-detenido-de nuestra justicia penal, también es usuario de la justicia desde la perspectiva contraria, como denunciante-víctima. Esta conclusión rompe con el estereotipo del inmigrante delincuente, para evidenciar la relevancia del inmigrante-víctima.

[25]ARA PINILLA, Ignacio, "El impacto jurídico de la diversidad cultural", *Persona y derecho*, nº 49, 2003, pp. 310 y ss.

decide salir de su país. Se señala que su situación de estado de necesidad no le permite valorar de manera objetiva qué es lo que le conviene realmente.

Es un argumento que no tiene lógica alguna, porque aún en el caso de que el inmigrante tuviera afectada su competencia por esa situación de estado de necesidad, lo que está claro es que los intereses del inmigrante tendrían mejor satisfacción si se le permitiera acceder a la sociedad de acogida. Con el argumento de que no es competente para decidir qué es lo que conviene a la realización de sus intereses se toma una decisión que objetivamente perjudica a esos mismos intereses.

No hay pues, justificación de la acción paternalista del Estado por la sencilla razón de que no existe tal acción paternalista. Es una acción que se desentiende del bien del inmigrante para atender a otros intereses distintos. En definitiva, es una acción que toma como punto de vista la realización de los intereses de la sociedad de acogida.

La utilización del criterio de la incompetencia del inmigrante resulta ser, en este sentido, una prueba de la voluntad de los miembros originarios de la sociedad de acogida de mantener una situación de desequilibrio social y económico que entienden que les beneficia. Es una utilización además especialmente irresponsable porque cuando el inmigrante recibe la información de que la denegación de acceso se produce por su propio bien lo lógico es que entienda que no tiene derecho a disfrutar de la situación que otros seres humanos sí pueden tener. Y esto puede contribuir, sin duda, a incrementar sensiblemente su nivel de despersonalización. No es lo mismo que le digan a alguien que le niegan algo a lo que tiene derecho porque no se está dispuesto a compartir con él el bien de que se trate (el bienestar económico y social propio de la sociedad de acogida) que decirle que la denegación se produce por su propio bien, esto es, porque no podría nunca acceder por razones propias de su persona a esa posición social que otros disfrutan por el mero hecho de haber nacido en el lugar adecuado.

El planteamiento paternalista de las políticas públicas de inmigración que se ve complementado normalmente con la prestación de una asistencia social y sanitaria mínima al recién llegado presenta esta peculiaridad que inevitablemente habrían de tener en cuenta quienes las proponen y se encargan de llevarlas a cabo. Esto es, como decimos, especialmente indicado para el argumento paternalista que trata de justificar por el propio bien del inmigrante la denegación de acceso al mismo a la sociedad de acogida.

IV. LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

Como ya hemos apuntado, la nueva fenomenología que está asumiendo la inmigración, deriva, principalmente, del gran flujo de personas que intentan escapar de situaciones de fragilidad y violencia en su país de origen. Ello obliga a la comunidad internacional a impulsar sistemas de protección, que garanticen unos mínimos derechos, ya que no se trata de garantizar un modo de vida, sino la propia vida. La falta de coordinación por parte de los Estados tanto en la reciente crisis europea como en otras situaciones similares, agravan la vulnerabilidad de las poblaciones que se ven obligadas al desplazamiento y salida de su país de origen y a vagar por varios países sin una meta concreta.

Para entender la naturaleza del derecho a la solidaridad, se debe partir de la consideración que asumen los derechos humanos. Por cuanto representan la dignidad humana y por tanto, resultan plenamente proyectables en el derecho a satisfacer las necesidades básicas del individuo, así como la autonomía privada de la persona, y en la situación que nos ocupa, significa poder decidir dónde quieren residir y hacerlo de forma digna y consecuente con su naturaleza humana.

En este sentido, se pronuncia Ara Pinilla cuando plantea la idea del deber general de solidaridad en relación a la eliminación, en la medida de lo posible, de la intensidad de los condicionamientos culturales que atenazan la formación de la voluntad del individuo. Así, señala el deber de proporcionar una información lo más neutra y completa posible de los diferentes sistemas de valores conocidos, entendiendo que ese contraste de información con los sistemas de valores que rigen en otras culturas diferentes a las de uno mismo, permitirá alcanzar un mayor grado de libertad de la formación de la voluntad. Por lo que el programa de acción para el establecimiento de una voluntad autónoma del individuo, pasaría por la eliminación de los condicionamientos de la formación de la voluntad que resultaran eliminables y la realización del deber de solidaridad que a todos incumbe, para conseguir la mayor disminución posible de la intensidad de los condicionamientos culturales. Si estos resultan ineliminables, cuanto menos, se puede intentar disminuir la intensidad de sus efectos y así asegurar una voluntad que, aunque no sea plenamente autónoma, será por lo menos bastante más autónoma que si se tratara de una voluntad desinformada[26].

El principio de solidaridad tiene un alcance común a los distintos individuos, cuyos intereses entran en juego con el fenómeno inmigratorio. Parece lógico pensar que la solidaridad deberá fundamentalmente aplicarse desde la situación de los que tienen una posición más favorable hacia quienes no la tienen. En todo caso, la conexión del problema con la teoría de los derechos humanos que, como tales, son siempre universales, resolvería en nuestra opinión el problema. Básicamente, en la consideración de si pudiera resultar afectado el principio de universalidad de los derechos humanos, con la llegada de los inmigrantes y su incorporación a la sociedad de acogida. En esta línea, se pronuncia el profesor De Lucas cuando defiende que la solidaridad es entender la existencia de circunstancias que pueden justificar la existencia de obligaciones[27].

Un papel importante en esta cuestión, "debe ser desempeñado por el sistema jurídico internacional, siempre y cuando esté presidido por los derechos. Y en todo caso, y dado que la atención a la opinión de los habitantes del país es también en este punto esencial, es importante concienciar a éstos del significado de los derechos y de las obligaciones. En todo ello, la solidaridad como expresión de esa concienciación y como justificación de políticas normativas adquiere una relevancia fundamental; y tiene que proyectarse no sólo en la situación del sujeto con el que se plantea ser solidario sino también con la de la sociedad a la que se exige ser solidaria"[28].

El profesor De Lucas reconoce que "la solidaridad requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo, sino asumir también la responsabilidad colectiva"[29].

Así lo entiende también el profesor Peces Barba cuando defiende que debe construirse la solidaridad como un principio político básico aplicable a cualquier actuación reconocida legalmente en un Estado que se autodenomina social, democrático y de derecho[30].

---

[26]ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 150 y ss.

[27]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Multiculturalismo y derechos", en AA.VV., López García, J. y Del Real, J.A., *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 72.

[28]DE ASÍS ROIG, Rafael, "Derechos humanos. Integración y diversificación", en *Historia de los derechos fundamentales: siglo XVIII. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 39.

[29]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo", *Sistema*, nº 106, Madrid, 1992, pp. 13-28.

[30]PECES BARBA, Gregorio, "La solidaridad" en *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 221 y ss.

No cabe duda que no se puede exigir a todos los miembros del país de acogida que sean solidarios, sin embargo, si se pueden establecer por parte de las políticas públicas en materia de inmigración, el establecimiento de políticas solidarias que versen sobre la igualdad, la tolerancia y el respeto que fundamentan el derecho a la solidaridad.

Este sentimiento de solidaridad surge como consecuencia de la existencia de una común pertenencia, es decir, en cuanto somos miembros de una comunidad, la de vecinos, miembros de una fraternidad estudiantil, de una aldea, (y, con frecuencia, pero no siempre, supone una situación de desigualdad entre esos miembros: se es solidario con quienes se encuentran en peligro o en una situación peor)[31].

Por tanto, la decisión de adoptar por parte de los poderes públicos en la sociedad receptora posturas restrictivas, deberá siempre plantearse en el esquema de la teoría de los derechos humanos y de la aplicación del valor que representa la solidaridad. En este sentido, hay que resaltar que no es una decisión que competa exclusivamente a los Estados nacionales debiendo encontrase implicada en ella también la sociedad internacional. Es una decisión que mira más allá de la realización de los intereses de los ciudadanos de un Estado concreto, para involucrar a intereses de inmigrantes y de ciudadanos de los Estados receptores, e incluso de los Estados a los que pertenece por razón de origen el individuo. Por ello, es una decisión que reclama una respuesta supraestatal.

Este alcance internacional de la decisión relativa a la aceptación o denegación del acceso de los flujos migratorios masivos a la sociedad receptora, ha sido destacado por Asís Roig en estos términos, “Si no parece posible justificar que el Estado no pueda en ningún momento establecer límites a la entrada en su territorio, y que por lo tanto es posible hablar de límites a ese supuesto de hecho a inmigrar, tampoco me parece … que sean únicamente los propios Estados los que cuenten a la hora de adoptar esa decisión”[32]. Por lo que refiere que “un papel importante en esta cuestión debe ser desempeñado por el sistema jurídico internacional”[33].

Y en todo caso, y dado que la atención a la opinión de los habitantes del país es también en este punto esencial, es importante concienciar a éstos del significado de los derechos. En todo ello, la solidaridad como expresión de esa concienciación y como justificación de políticas normativas adquiere una relevancia fundamental y tiene que proyectarse no sólo en la situación del sujeto con el que se plantea ser solidario sino también con la de la sociedad a la que se exige ser solidaria”[34].

V. PLANTEAMIENTOS Y RETOS PARA EUROPA

En la actualidad, podemos ver el ingente flujo de inmigración, procedente de diferentes países, intentando entrar a Europa por cualquiera de sus flancos, cargados con sus pocos enseres, sus niños y sus ilusiones. Todo ello, constituyen la imagen más demoledora de la ceguera internacional y la dejación más absoluta de los deberes cívicos mínimos exigibles a los países de la vieja Europa, que siempre fue el reflejo del marco ideal de cumplimiento de los derechos humanos. La marca de la casa de Europa y su insignia más preciada se instituía en ser una unión de Estados caracterizados por la democracia, la igualdad, la justicia y la solidaridad.

---

[31]DE LUCAS MARTÍN, Javier, “La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, septiembre-diciembre, 1994, p. 11.
[32]DE ASÍS ROIG, Rafael, “Derechos humanos. Integración y diversificación”, cit., p. 39.
[33]Ibídem, p. 39.
[34] Ibídem, p.39.

Vemos representada aquella idea de que cuando es en otro continente donde se dan este tipo de crisis o migraciones humanitarias, la crítica por parte de los Estados europeos era que resultaba injusto y deplorable el trato inhumano que se les ofrecía. Ahora bien, cuando esa misma imagen se da en Europa, las ciudadanías han de volverse hacia sus mandatarios y solicitar que se actúe de manera tal, que se cumplan los acuerdos y normas internacionales que les obligan ante ese tipo de situaciones.

El inminente acuerdo entre Europa y Turquía sobre la regularización de inmigrantes en proporción directa al número de devoluciones "en caliente", no es sino una constancia más de cómo no se soluciona el problema.

El análisis sobre el fenómeno de la inmigración en la actualidad, requiere un planteamiento que vaya más allá de las competencias nacionales, regionales y estatales. Así lo defiende De Lucas cuando reconoce que "el carácter global de la exclusión supera hoy con mucho la capacidad y la competencia de los Estados nacionales, pero mientras tanto, mientras llega la hora de la Institución de orden global que pueda regular los mercados internacionales para garantizar los derechos humanos de todos los seres humanos, en la lucha contra la exclusión, en el trabajo frente a esa negación elemental de los derechos humanos, el Estado tiene aún mucho que decir"[35].

Actualmente, como está pasando, en la Unión Europea, hay serios indicios de que el concepto de Estado está evolucionando, desde la estructura estatal básica a otro tipo de estructuras más complejas y supraestatales, donde se entremezclan cotas de poder y competencias más allá de las fronteras naturales de la nación-Estado correspondiente, y donde los ciudadanos deben someterse a leyes y previsiones normativas, nacidas más allá de los límites naturales de su nación-Estado.

La solución del problema no radica precisamente en la eliminación del fenómeno en cuestión, sino en el mejor tratamiento del mismo. Para ello, es necesario poner en marcha políticas públicas efectivas de redistribución territorial e internacional de la población inmigrante y también, desde luego, de la propia población autóctona, estableciendo estímulos apropiados para la instalación en los lugares de menor densidad poblacional[36]. En definitiva, el Estado nacional cede sobre el Estado supranacional determinadas competencias que paulatinamente provocan que parte del poder estatal del primero, desaparezca[37]. Pero en uso del beneficio que eso puede reportar a esta situación, habría que exigir que cada Estado colabore adecuada y eficientemente a la solución del problema.

VI. CONCLUSIONES

La garantía que ofrece el reconocimiento de los derechos naturales del hombre y su reflejo en los inmigrantes, debe tener como respuesta inmediata, el derecho a la libre circulación de personas. En este sentido, no se trata de suprimir las fronteras ni vulnerar la soberanía que tiene un Estado, sino el establecimiento de un sistema de legalidad que posibilite el derecho a la libre circulación.

La entrada planificada y organizada de esos inmigrantes es posible, pero no hay voluntad de hacerlo. Parece que los Estados receptores en general y Europa en particular,

[35]DE LUCAS MARTÍN, Javier, "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración" *Isegoría*, nº 26, 2002, p. 72.
[36]MIRAUT MARTIN, Laura, "Los objetivos de las políticas de inmigración" en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 343-344.
[37]DOMINGO OSLÉ, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 111 y ss.

tienen miedo a crear un precedente histórico que suponga una patente de corso para las mafias y un ejemplo para el resto de los países subdesarrollados.

Precisamente por ello, resulta del todo necesario algo más que un Pacto de Estado, porque en el fenómeno de la inmigración entran en juego los derechos que le son atribuibles a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo. Se trataría, por tanto, de garantizar a través de las políticas públicas en materia de inmigración, las exigencias mínimas de seguridad, justicia e igualdad en la figura del inmigrante y de la población de acogida.

Es por ello que cobra todo su sentido, la solidaridad y la justicia como soporte básico de cualquier política en materia de inmigración. Puesto que en su estrecha vinculación con los derechos humanos, estos valores constituyen orientación de las exigencias morales reconocidas en cualquier ámbito social.

Prueba evidente de la necesidad de modificar las recientes actuaciones sobre los inmigrantes, son las diferentes versiones de políticas públicas que se han pretendido consensuar en la comunidad internacional, sin que en definitiva, se concluya en que todas y cada una de ellas debe observar a la razón un ratio mínimo de éxito en cuanto a garantías de los derechos naturales del hombre.

Se ha de entender que para ello, han de completarse las políticas internacionales con informes que avalen las garantías exigidas por los Acuerdos Internacionales en materia de derechos humanos. Pues solo así, se conseguiría una salvaguarda de estos derechos en el escenario de la migración.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales. (*Traducido por Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.

ARA PINILLA, Ignacio:

_____ Las transformaciones de los derechos humanos, Tecnos, Madrid, 1990.

_____"El impacto jurídico de la diversidad cultural", *Persona y derecho*, nº 49, 2003.

CALVO GARCÍA, Manuel, GASCÓN SORRIBAS, Elena, y GRACIA IBÁÑEZ, Jorge, "La inmigración en el ámbito de la administración de justicia", en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

DE ASÍS ROIG, Rafael:

____ "Derechos humanos. Integración y diversificación", en *Historia de los derechos fundamentales: siglo XVIII. El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de la evolución,* Dykinson, Madrid, 2002.

DE LUCAS MARTÍN, Javier:

____ "Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo", *Sistema*, nº 106, Madrid, 1992.

____ "La polémica sobre los deberes de solidaridad. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción en un servicio civil", *Revista de Estudios Constitucionales*, septiembre-diciembre, 1994.

____ "Multiculturalismo y derechos", en AA.VV., López García, J. y Del Real, J.A., *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.

____"Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa y la nueva ley 4/2000 en España", en AA.VV., Colomer Viadel, A., (coordinador), *Emigrantes y estabilidad en el mediterráneo. La polémica Ley de Extranjería*, Nomos, Valencia, 2001.

_____"Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración", en AA.VV., De Lucas Martin, J. y Torres, F. (editores), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Talassa, Madrid, 2002.

____ "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración" *Isegoría*, nº 26, 2002.

_____ "Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración", en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

_____ "La inmigración, como res política", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* vol. 10, Madrid, 2004.

_____ "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en AA.VV., *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Campoy Cervera, I. (editor), Dykinson, Madrid, 2006.

DOMINGO OSLÉ, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Ferrajoli, Luigi *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Perfecto Andrés, A.C., Lorenzo Córdoba, M.C. y Pisarrello Prados, G. (traductores y editores), Trotta, Madrid, 2001.

GUISTI HUNDSKOPF, Miguel, "Ética y democracia", en *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética*, Fondo Editorial, Lima, 2008.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, Zaragoza, Egido, 1997.

MARZAL, Antonio, RECIO, Eugenio y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, *Migraciones económicas masivas y derechos del hombre*, Bosch Editor, Barcelona, 2002.

MIRAUT MARTIN, Laura, "Los objetivos de las políticas de inmigración" en AA.VV., Miraut Martín, L. (editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.

MORENO LUCE, Marta, "El fundamento de los Derechos Humanos", en *Revista Letras Jurídicas*, Volumen 15, México, 2007.

PECES BARBA, Gregorio, "La solidaridad" en *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, "El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)", en AA.VV., García San Miguel, L. (coordinador), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución,* Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.

VAN DIJK, Teun, *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*, (traducción de Montse Basté), Gedisa, Barcelona, 2009.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 199-214
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A globalização da comunicação e seus reflexos sobre a dimensão econômica, ambiental e social da sustentabilidade[1]

The globalization of comunication and its impact on the economic dimension, environmental and social of sustainability

Inês Moreira da Costa[2]
Universidade do Vale do Itajaí – Univali (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. Uma visão histórica da globalização da comunicação. 3. As dimensões da sustentabilidade na globalização; 3.1. A dimensão econômica; 3.2. A dimensão ambiental; 3.3. A dimensão social; 4. Conclusões. Referências das fontes citadas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar a evolução da globalização da comunicação, e mostrar como isso reflete, atualmente, na dimensão econômica, ambiental e social da sustentabilidade. Inicialmente é feito um levantamento histórico do surgimento dos meios de comunicação, desde a antiguidade, demonstrando como eles se desenvolveram até o século XXI e influenciaram também o crescimento do comércio internacional. Em seguida, é feita uma análise de como a globalização influencia a economia mundial, pela alteração de seus fluxos financeiros, passando pela abordagem ambiental, que envolve danos que podem colocar em risco toda a humanidade, e finalmente o reflexo sobre a sociedade, que faz com que a comunicação instantânea, principalmente ocasionada pela internet, altere o modo de relacionamento interpessoal, em variados aspectos.

Palavras-chave: globalização da comunicação, sustentabilidade, desenvolvimento

Abstract: This article aims to present the evolution of the globalization of communication, and to show how this currently reflects the economic, environmental and social dimension of sustainability. Initially a historical survey of the emergence of the media, from ancient times, is made, demonstrating how they developed until the 21st century and also influenced the growth of international trade. Next, an analysis is made of how globalization influences the world economy, by changing its financial flows, through the environmental approach, which involves damages that can put all humanity at risk, and finally the reflection on society that makes with which instant communication, mainly caused by the internet, changes the way of interpersonal relationship, in various aspects.

Key words: globalization of communication, sustainability, development

[1] Artigo proposto para a área de Direito Ambiental e Sustentabilidade.

[2] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: ines@tjro.jus.br

1. Introdução

A comunicação constitui-se num importante instrumento de integração, instrução e desenvolvimento. Transmitir e compreender ideias é vital, ainda mais em um mundo globalizado como se verá no decorrer desse trabalho, onde as informações circulam com velocidade até a poucas décadas inimaginável.

O processo de comunicação se desenvolve a partir da família, e depois se estende para a sociedade, até chegar a uma larga escala ou comunicação de "massa", em nível global. Mas as novas redes de comunicação, especialmente a internet, ocasionam ainda outro fenômeno: transformam a comunicação de massa em audiência de massa, através da individualização das mensagens, por meio, principalmente, dos aparelhos portáteis sem fio, possibilitando comunicação em tempo real com todo o mundo. A tecnologia exerceu grande papel na disseminação da comunicação, potencializando o processo de produção, o envio e a recepção de mensagens, transformando totalmente as noções de tempo e espaço que tínhamos.

Hoje estamos cada vez mais dependentes dos meios de comunicação. Vivemos em uma “sociedade de informação”, ou sociedade globalizada, ou “aldeia global”, com interatividade constante e acesso ilimitado ao conhecimento, ocasionando importantes alterações no âmbito da economia, e com reflexos também sobre o meio ambiente e as relações sociais.

O objetivo geral do presente artigo é compreender como a globalização da comunicação interfere na dimensão econômica, ambiental e social da sustentabilidade. O objetivo específico consiste em entender o que significa cada um desses conceitos, globalização da comunicação, desenvolvimento econômico, ambiental e social. Como problema central que será enfocado está a necessidade de compreender como a globalização da comunicação influencia a tríplice dimensão da sustentabilidade e a importância desse conhecimento para que seja possível lidar com os problemas que podem dificultar ou impedir que as gerações atuais e futuras usufruam da vida neste Planeta com dignidade.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento[3].

2. Uma visão histórica da globalização da comunicação

No decorrer da história, a linguagem oral foi a que primeiro se desenvolveu. Na Grécia Antiga, a educação era transmitida oralmente. O estudo da retórica, entendida como a arte de discursar e persuadir, era vital para os estudantes e a oratória era uma técnica bastante desenvolvida. Grandes nomes da cultura grega são até hoje lembrados por essa "arte", como é o caso de Sócrates, que não deixou nenhum conhecimento impresso. Também nessa época havia troca de mercadorias e ideias, que eram exercidos na ágora, espécie de praça pública e comercial onde originariamente se realizavam as assembleias do povo.

No início do período medieval, a difusão da comunicação escrita já existia, embora a comunicação oral ainda fosse predominante. Os sermões eram um meio importante de disseminar informação. Os livros, ainda copiados de forma manual, eram tidos como um repositório de sabedoria, geralmente escritos em latim, e tratavam especialmente de escritos sagrados e alguns trabalhos de ciência. Portanto, poucos tinham acesso, ainda, a esse meio de comunicação.

Por volta de 1450 é inventada a prensa gráfica, por Johann Gutenberg de Mainz, e a prática da impressão gráfica se espalha pela Europa, sendo instaladas, por volta de 1500, máquinas de impressão em mais de 250 lugares na Europa[4].

---

[3] PASOLD. Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 12ª edição. Conceito Editorial, São Paulo, 2015

[4] BURKE, Peter; BRIGGS, Ana. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*, tradução Maria Carmelita Pádua Dias, Jorge Zahar Editora, Rio de Janeiro, 2006, p. 24.

Conforme esclarece Macquail[5], a aplicação bem-sucedida de tecnologias de impressão em substituição à edição manual, em meados do século XV, constitui-se no primeiro passo para a "instituição midiática". Os impressores passaram de tipógrafos a editores, surge a ideia e o papel do autor, já que até então os manuscritos não eram de autores vivos, e o livro torna-se mercadoria, aumentando significativamente seu quantitativo. Essa mudança do "foco auditivo para o visual leva Marshal Mcluhan a dizer que os impressos abriram uma ferida entre a cabeça e o coração".

A mudança da fase oral para a escrita também teve repercussão para a Igreja, que até então divulgava suas ideias de forma exclusivamente oral. Os impressos permitiram aos leitores que ocupavam uma posição hierárquica inferior na sociedade daquela época estudar os textos religiosos por conta própria. Mas mesmo assim, o alcance ainda não era grande, considerando que no início da era moderna a sociedade ainda era pouco letrada, e somente uma minoria da população (especialmente homens, moradores de cidades e protestantes) sabiam ler e escrever.

Ao lado dos livros, que, em regra, eram dispendiosos e técnicos, também surgiu um material impresso mais barato e simples, sob a forma de "brochuras", na maioria das vezes ilustradas, comercializadas por vendedores ambulantes.

Com o desenvolvimento da comunicação escrita, o fluxo de comércio que se desenvolveu nesse período também contribuiu para a disseminação do conhecimento. Os mercadores, operando por mar ou terra, traziam novidades juntamente com a mercadoria e, conforme Burke[6], nos séculos XVI a XVIII as mensagens em papel seguiram a rota da prata – do México ou Peru para o Velho Mundo – ou a rota do açúcar – do Caribe para Londres, de modo que os interesses dos governantes pelas comunicações foi o principal motivo da expansão postal no início do período moderno, e somente em 1837, com a invenção do telégrafo elétrico foi quebrada a tradicional ligação entre transporte e comunicação das mensagens.

Armand Mattelart[7] sustenta que a internacionalização da comunicação é fruto de dois universalismos: o iluminismo e o liberalismo.

O iluminismo, caracterizado como um movimento de ideias, em que se sobressai o uso da própria razão, do pensamento crítico, como uma forma de refutação do absolutismo monárquico até então prevalente na Europa, teve como expoentes os filósofos franceses Voltaire, Rousseau, Diderot e D'Alembert. Esse movimento ocasiona uma revolução na linguagem:

> *A França de 1789 desejava concretizar a ideia do poder criador do comércio. Universalizando as regras do direito e a circulação do dinheiro, dos bens e das pessoas, ela construiu sua unidade e sua identidade nacional ao mesmo tempo em que forjou uma identidade universal. "Uma única nação. Uma única lei. Um só idioma". Ao suprimir a barreira linguística entre aqueles que, por sua condição, eram os únicos que podiam comunicar-se fluentemente e todos os demais, tidos como ineptos para a comunicação entre si, a política revolucionária de unificação linguística visava absorver as diferenças e derrubar as barreiras dos particularismos remanescentes do feudalismo e das monarquias absolutas[8].*

E para Burke[9], o envolvimento do povo na Revolução Francesa de 1789 foi tanto causa quanto consequência da participação da mídia. Isso porque no fim do século XVIII o governo francês reconheceu a opinião pública como uma entidade que precisava ser informada e, ao fazer isso, ajudou a oposição a derrubar o Antigo Regime.

A evolução da comunicação está diretamente associada à evolução da economia: o tempo e a distância foram reduzidos. Através da criação de ferrovias e do barco a vapor possibilitou-se a intensificação do comércio, bem como o transporte de cartas – um modo indispensável, até então, de comunicação. O trem foi considerado símbolo do

---

[5] MACQUIL, Denis. *Teoria da Comunicação de Massas*, tradução de Carlos de Jesus, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 20

[6] BURKE, Peter; BRIGGS, Ana. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*, p. 32-33.

[7] MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação*; tradução Laureano Pelegrin, Edusc, São Paulo, 2000, p. 15.

[8] MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação*, p. 17-18.

[9] BURKE, Peter; BRIGGS, Ana. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*, p. 102.

progresso e da revolução industrial, e a organização ferroviária instaurou o início do horário universal, que era necessário para pôr fim à confusão dos horários locais dos trens, de modo que em 1884 os diversos horários foram sincronizados ao horário de Greenwich, medida que é adotada até hoje.

Os novos meios de comunicação – o telégrafo e o rádio - também contribuíram para incrementar a economia. O telégrafo foi o primeiro grande avanço na área da eletricidade, permitindo aumentar a velocidade da informação e a ligação de mercados nacionais e internacionais. A era das radiocomunicações foi inaugurada em 1901, quando Guglielmo Marconi irradia através do Atlântico os sinais correspondentes à letra "s".

Sobre a mudança na forma em que o comércio se desenvolveu, Fernand Braudel[10] esclarece que o século XVI foi o apogeu das enormes feiras, onde predominava a hegemonia Genovesa. No século XVII há a ascensão de Amsterdam como novo polo econômico, onde as feiras cedem lugar às bolsas, às praças de comércio e às lojas. E no século XVIII despontam os empréstimos internacionais, nos quais Londres destaca-se. O século XIX assistiu à ascensão do Império Britânico como novo polo econômico, para os quais convergiram os grandes fluxos de riqueza e de comunicação à distância, e um dos exemplos dessa hegemonia foi a inauguração do primeiro cabo transatlântico, em 1866.

A Grã Bretanha também se destaca nas comunicações. Conforme Burke[11], o jornal *The Times*, órgão dominante de imprensa em Londres, se considerava, durante as décadas de 1830, 1840 e 1850, um "quarto poder", expressão posteriormente aceita em diversos países.

De acordo com Mattelart[12], o século XIX inventa a *news* e, com ela o ideal de informação instantânea, e de 1830 a 1850 criam-se as grandes agências, e a partir de 1875 começam a formar-se os grupos de imprensa. "É a eclosão de um mercado da informação pensado em âmbito mundial orientado por interesses geopolíticos".

E ao lado da informação da imprensa, surgem também os primeiros dispositivos de análise de observação e do mercado internacional, bem como a publicidade. Esta, por sua vez, para alcançar um público cada vez mais amplo e heterogêneo, lança mão de gêneros culturais mais populares. Na França, o folhetim torna-se, no dizer de Mattelart[13], uma verdadeira "internacional do sentimento", adaptado à mentalidade dos leitores dos países onde é publicado, enquanto os Estados Unidos lançam os *comics*, espécie de história em quadrinhos.

A indústria fonográfica e de imagens também se destaca. Em 1877 Edison apresenta ao mundo o fonógrafo, enquanto em 1895 os irmãos Lumière projetam o primeiro filme. Em 1913 Hollywood, futura capital do cinema americano, se desliga de Los Angeles.

A Primeira Guerra Mundial conferiu grande destaque à propaganda, sendo criados, ao lado das operações militares, organismos oficiais de propaganda e censura, ao mesmo tempo em que se aperfeiçoam as técnicas de codificação e decodificação de mensagens secretas, bem como o telégrafo e o telefone.

A indústria americana do cinema ganha projeção internacional, e as denominadas cinco *majors* – Paramount, Metro-Goldwyn-Mayer, 20th Century Fox, Warner e RKO – dominam o mercado de entretenimento. A única indústria do cinema que os produtores americanos encontram pela frente é a alemã que decide limitar a entrada de filmes americanos, mas, em razão da crise de 1927, fica obrigada a fazer concessões às *majors*, e a francesa, que mantém seu mercado protecionista. Junto com os filmes começam a chegar os primeiros produtos derivados e, encabeçando as produções, está Walt Disney.

Para Mattelart[14], a guerra transformou a nação devedora que eram os Estados Unidos em credores do mundo, e por volta do fim dos anos 20 a economia fordista desloca o capital britânico e o dólar substitui a libra esterlina como moeda lastro. Nasce uma nova economia centralizada em Nova Iorque.

---

[10] BRAUDEL, Fernand. *A economia do capitalismo*; tradução Álvaro Cabral, Rocco, Rio de Janeiro 1987, p. 19 a 21

[11] BURKE, Peter; BRIGGS, Ana. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*, p. 192.

[12] MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação***,** p. 47-48.

[13] MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação***,** p. 53.

[14] MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação***,** p. 76.

Os Estados Unidos passam a dominar o mercado de comunicações, surgem as empresas de estudos mercadológicos e desenvolve-se a indústria do marketing, fazendo com que a ideia de "americanização" passe a representar uma ameaça à alma europeia.

Surge a televisão, e os aparelhos que transmitem esse novo sistema de imagem são postos à venda no fim da década de 1920. A televisão se apropriou de grande parte do público que ia ao cinema, e isso tem reflexo até hoje na sociedade, principalmente em razão da interação social que deixou de existir, em favor da acomodação de assistir os programas no próprio lar, levando Beck a dizer que a televisão isola e padroniza:

> *Por um lado, ela dissolve as esferas de interação, experiência e vivência que unem as pessoas de uma forma vinculante e marcadamente tradicional. Ao mesmo tempo, porém, todos se encontram numa situação similar: consomem programas televisivos institucionalmente fabricados, seja em Honolulu, Moscou ou Singapura. A individualização, ou mais precisamente: a libertação dos contextos tradicionais da vida – é acompanhada por uma unificação e padronização das formas existenciais. No interior da família, cada um se senta isolado diante do televisor. Surge assim o diagrama estrutural de um público de massa individualizado ou – de forma mais aguda – a padronizada existência coletiva de uma massa de eremitas*[15].

Em 1938 a BBC cria um programa em língua alemã e em seguida começa a transmitir em espanhol e português para a América Latina. Para neutralizar a crescente influência alemã nesta região, com a difusão dos ideais do regime de Hitler, em 1942 Washington toma o lugar das empresas de radiodifusão privadas e cria a *Voice of America*. Assim, a rádio estabelece novas estratégias de internacionalização da comunicação.

O primeiro satélite artificial, Sputnik, é lançado em 1957, pela União Soviética, abrindo um novo capítulo na guerra fria entre este país e os Estados Unidos: a corrida espacial. Nesse mesmo ano foi fundada a NASA, com o objetivo de levar o homem à lua e estabelecer um sistema de ligações mundiais.

Em 1959 é inventado o primeiro computador de transistores, pela IBM, inaugurando a transmissão de dados em tempo real, a teleinformática. Em 1968 instala-se a primeira rede de transmissão de dados, a Arpanet (*Advanced Research Project Agency Network*), ligando os departamentos de cálculo das universidades de Londres e a área do Pacífico via Havaí. A internet desenvolve-se significativamente nas décadas seguintes, principalmente a partir de 1990, e mais recentemente impulsionada pela difusão de novas gerações de comunicações sem fio.

De acordo com Castells[16], a rápida difusão da internet, a partir de meados de 1990 em diante, resultou da combinação de três fatores: 1) a descoberta tecnológica da grande rede de computadores (www) por Tim Berners-Lee e sua vontade de compartilhar o código fonte a fim de melhorá-lo por meio de contribuições ao código por pare de uma comunidade mundial de usuários; 2) a mudança institucional do gerenciamento da internet, privatizando-a, mas permitindo tanto usos comerciais quanto corporativos; 3) e as grandes mudanças no comportamento cultural e social: individuação e interligação.

A publicidade que se desenrola em seguida transforma-se no laboratório da cultura de massa e surge a ideia de dependência ou "imperialismo" cultural, o que leva Adorno a se tornar um crítico ferrenho dessa indústria cultural:

> *A atrofia da imaginação e da espontaneidade do consumidor cultural de hoje não tem necessidade de ser explicada em termos psicológicos. Os próprios produtos, desde o mais típico, o filme sonoro, paralisam aquelas capacidades pela sua própria constituição objetiva. Eles são feitos de modo que a sua apreensão adequada exige, por um lado, rapidez de percepção, capacidade de observação e competência específica, e por outro é feita de modo a vetar, de fato, a atividade*

---

[15] BECH, Ulrick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 196.

[16] CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*; tradução Vera Lúcia Mello Joscelyne, Paz e Terra, Rio de janeiro, 2015, p-36-37.

> *mental do espectador, se ele não quiser perder os fatos que rapidamente se desenrolam à sua frente*[17].

Essa fase de integração mundial iniciada nos anos 80 recebeu o nome de globalização. Essa expressão teve origem na língua inglesa, como uma forma de indicar a integração econômica, política e cultural. É denominada por Castells[18] como a "rede das redes".

Giddens[19] define a globalização como

> *[...]a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.*

A globalização, no entanto, tem sido objeto de críticas.

Milton Santos[20] fala em paradoxo da globalização, pois ao mesmo tempo em que tivemos o extraordinário progresso das ciências e das técnicas também tivemos a aceleração contemporânea e todas as vertigens que ela cria, e quando se imagina que se tornou possível a criação de um mundo veraz, “o que é imposto aos espíritos é um mundo de fabulações, que se aproveita do alargamento de todos os contextos”, o que o leva a considerar a existência de pelo menos três mundos num só: o primeiro, o mundo como nos fazem vê-lo, que leva à globalização como fábula; o segundo seria o mundo tal como ele é e, via de consequência, leva à globalização como perversidade; e o terceiro o mundo como ele poderia ser, que levaria a uma outra globalização, com a possibilidade de produção de um novo discurso, onde a universalidade deixa de ser apenas uma elaboração abstrata na mente dos filósofos e passa a resultar da experiência diária de cada homem.

A globalização se transforma em um campo de contestação social e política, segundo Boaventura de Souza Santos, porque se para alguns ela é considerada o grande triunfo da racionalidade, da inovação e da liberdade capaz de produzir progresso infinito e abundância ilimitada, para outros ela transporta a miséria, a marginalização e a exclusão da maioria da população mundial, “enquanto a retórica do progresso e da abundância se torna realidade apenas para um clube cada vez mais pequeno de privilegiados”[21]

Giddens[22], por sua vez, esclarece que os mercados financeiros globais movimentam mais de um trilhão de dólares por dia, e a globalização é política, tecnológica e cultural, mas também econômica e, acima de tudo, tem sido influenciada pelo progresso nos sistemas de comunicação registrados a partir do final da década de 1960. Além desse aspecto exterior, ela também influencia aspectos íntimos e pessoais da nossa vida.

A globalização leva Beck[23] a fazer uma indagação: como e em qual medida as pessoas e as culturas do mundo se sentem ligadas umas às outras por suas diferenças, e em qual medida esta percepção que a sociedade mundial tem de si é relevante em termos relacionais?

---

[17] ADORNO, Theodor W. *Indústria cultural e sociedade*; seleção de textos Jorge Mattos Brito de Almeida, traduzido por Juba Elisabeth Levy, Paz e Terra, São Paulo, 2009, p. 10.

[18] CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*, p. 38.

[19] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*; tradução de Raul Fiker, Editora UNESP, São Paulo, 1991, p. 60.

[20] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 6ª edição, Record, Rio de Janeiro, 2011, p. 17-21.

[21] SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *A globalização e as ciências sociais*, 2ª edição, Cortez, São Paulo, 2002, p. 53.

[22] GIDDENS, Anthony**.** *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 6ª edição, Record, Rio de Janeiro, 2007, p. 21-23.

[23] BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*; tradução de André Carone, Paz e Terra, São Paulo, 1999.

Inicialmente há de se considerar que a globalização exige novas conexões, ocasionando o surgimento de comunidades que não estão mais ligadas unicamente a uma localidade, podendo receber o adjetivo de transnacionais, transcontinentais, e pode-se até mesmo falar em uma "topopoligamia", expressão utilizada por Beck[24] que significa casar-se com vários lugares, como uma forma de dar entrada à globalização em sua própria vida.

Ao mesmo tempo que a globalização altera as redes de comunicações de Estados nacionais, com a interferência econômica das empresas multinacionais ou transnacionais, essa globalização também tem ingerência no aspecto pessoal dos seus cidadãos, como se vê nos casamentos, nas famílias multiculturais, no círculo de amizades, no tipo de entretenimento etc.

Os meios de comunicação e os meios de transporte subverteram a noção de tempo e espaço, mas a velocidade dos meios de comunicação é muito mais significativa: nossos relacionamentos podem cruzar continentes em curto espaço de tempo, a ascensão dos empreendimentos em rede reconfigura novas formas de trabalho, as notícias do outro lado do mundo chegam em um segundo, os filmes que ainda nem tiveram lançamento oficial já colocados na *web*, o *streaming* de músicas permite o entretenimento musical em qualquer parte do globo, as imagens em aparelhos portáteis são divulgadas cada vez de forma mais rápida e concomitante a diversos usuários etc.

A transformação mais importante na comunicação nos últimos anos foi, segundo Castells[25], a transição da comunicação de massa para a intercomunicação individual. Ou seja, a produção da mensagem é feita individualmente, mas o alcance dela produz uma audiência em massa, principalmente pelo uso da internet. A comunicação de massa continua, mas esse novo mecanismo acaba tendo um alcance igual ou até maior.

Nesse cenário, não é de admirar que todos pareçamos integrados mundialmente. Mas, ao mesmo tempo, vivemos cada vez mais isolados em nossos lares, em nossas redes de internet, em nosso mundo particular. Além disso, enquanto a interdependência transfronteiriça ocasionada pela evolução dos meios de comunicação e transporte abriu novas oportunidades para o exercício da tolerância, da solidariedade, e até do ecumenismo, simultaneamente também ocasionou um incremento no nível de intolerância, de racismo e de xenofobia.

A explicação para esse fenômeno talvez possa estar em um estudo realizado na Grã Bretanha, em 2010, no qual mostrou que o uso da internet empodera as pessoas, aumentando sua sensação de segurança, liberdade pessoal e influência[26]. Assim, a individualização ocasionada pelas redes sociais torna-se uma nova forma de sociabilidade, onde indivíduos com ideias semelhantes interagem em busca de objetivos comuns.

Resta analisar em que medida a globalização da comunicação afeta a dimensão ambiental, econômica e social da sustentabilidade, como se verá a seguir.

3. As dimensões da sustentabilidade na globalização

Edgar Morin[27] retrata, de forma muito clara, como a globalização está presente em nosso cotidiano:

> *Desde la década de 1960, todo individuo del llamado mundo desarrollado tiene inconscientemente interiorizada la presencia de lo planetário. Por la mañana, toma un café suramericano o um té asiático, saca de su nevera alemana uma fruta exótica, se abriga con um jersey de algodón de Egipto o de la India, conecta uma radio japonesa para escuchar las noticias internacionales, se viste com um traje de lana de Australia tejida em Manchester, conduce un coche coreano mientras escucha una canción flamenca em su Iphone californiano. Puede ver películas americanas, japonesas, chinas, mexicanas o africanas. Asiste a una*

[24] BECK, Ulrich. *O que é globalização?* p. 97.
[25] CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*, p. 29.
[26] CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*, p. 39.
[27] MORIN, Edgar. *La Vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, Barcelona, 2011, p. 20

> *ópera italiana em la que la diva es afroamericana y la orquestra está dirigida por um japonés. Luego, talvez cene chile com carne o arroz cantonés.*

Estamos interligados. Isso é fato. Consumimos produtos produzidos em outros países, nos comunicamos com pessoas de todo o planeta, temos acesso a informações instantâneas. A palavra chave da atualidade é desenvolvimento, que se estende pelo lado econômico, pelo lado social e também pelo ambiental. Esse tripé serve de base para a sustentabilidade, que é entendida como a capacidade que a sociedade tem de perpetuar-se, indefinidamente no tempo, com a garantia de também atender as necessidades das gerações futuras, assegurando condições dignas para todos, conforme definição do Relatório Brundtland, de 1987.

Cruz e Soares enfatizam a amplitude da sustentabilidade, ao anotar que a mesma consiste:

> *(a) na conservação e recuperação, quando esta seja necessária, do adequado capital natural para promover uma política qualitativa de desenvolvimento; (b) na inclusão de critérios ambientais, culturais, sociais e econômicos no planejamento e na implementação das decisões sobre desenvolvimento*[28]*.*

Inicialmente, a ideia de desenvolvimento está intimamente ligada à de crescimento econômico. A modernidade foi erigida a partir da busca da liberdade, e isso se estendeu, principalmente, ao campo econômico. O desenvolvimento que se seguiu à II Guerra Mundial não teve qualquer preocupação ambiental. A natureza, que já vinha sendo, desde a Revolução Industrial, utilizada apenas como fonte de recursos, foi ainda mais explorada, com o propósito de garantir o progresso das nações, principalmente daquelas que sofreram prejuízos com a guerra. A industrialização tornou-se, assim, uma estratégia de desenvolvimento.

As preocupações com a exploração ambiental só ocorreram no início da década de 1970, ocasionadas, em grande parte, por diversos acidentes, envolvendo contaminações químicas, vazamentos de óleo de navios e até nucleares, mobilizando a Organização das Nações Unidas a realizar Conferências para debater o assunto (a primeira em 1972, em Estocolmo, a segunda no Rio de Janeiro, em 1992, a terceira em Johanesburgo em 2002 e a quarta novamente no Rio de Janeiro em 2012). Tais Conferências trouxeram a sustentabilidade para a discussão na arena internacional, e em 2002, em Johanesburgo, foi acolhida a tríplice dimensão da sustentabilidade: ambiental, econômica e social.

Para Capra[29], "a característica comum dos múltiplos aspectos da globalização é uma rede global de informações e comunicações baseada em tecnologias novas e revolucionárias".

3.1. A dimensão econômica

Na economia, a globalização produziu significativas mudanças. Conforme esclarece Capra[30], o capital funciona em tempo real, movendo-se rapidamente ao longo de redes financeiras mundiais, sempre em busca de oportunidades de investimentos, e com margens de lucros muito altas nos mercados financeiros. O papel dos computadores, como ferramentas para o rápido processamento de informações e para modelos matemáticos sofisticados, levou à substituição virtual do ouro e do papel moeda por produtos financeiros cada vez mais abstratos:

> *Estes incluem "opções futuras" (ganhos financeiros no futuro, como são antecipados por projeções realizadas por computador), "fundos de investimento aplicados simultaneamente em vários mercados (hedge funds)" (fundos de investimento de alto risco usados para comprar e vender enormes quantidades de dinheiro vivo para, logo depois, lucrar a partir de margens diminutas) e "derivativos" (pacotes de diversos fundos, que representam coleções de valores financeiros reais ou potenciais). O resultado final de todas essas inovações*

---

[28] SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. *Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 401-418 / set-dez 2012 p. 410

[29] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 465

[30] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 466.

tecnológicas e financeiras é a transformação da economia global em um cassino gigantesco, operado eletronicamente".

Para Boaventura de Souza Santos[31], a nova economia é dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento em escala global, o que exige processos de produção flexíveis e multilocais, com baixos custos de transporte, com preeminência das agências financeiras multilaterais. Nessa nova economia registrou-se a revolução nas tecnologias de informação e comunicação e a emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e em suas relações com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações com os quatro tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações desta com a Europa de Leste e Norte da África.

Ao mesmo tempo em que se desenvolvem novos mercados financeiros, aumentam também os riscos de crises econômicas. Conforme Tim Jackson[32], a crise bancária de 2008 levou o mundo à beira de um desastre financeiro e "chacoalhou o modelo econômico dominante em suas fundações. Redefiniu as fronteiras entre mercado e Estado e nos forçou a confrontar nossa incapacidade de gerenciar a sustentabilidade financeira de nossa economia global", abalando a confiança dos consumidores.

A explicação para essa crise, que até hoje produz reflexos em todo o mundo, reside, segundo Capra[33], no fato de que os fluxos financeiros não seguem qualquer lógica de mercado, tendo em vista que os mercados são continuamente manipulados e transformados por estratégias de investimento decretadas por modelos computadorizados e percepções subjetivas de analistas influentes, além de eventos políticos em qualquer parte do mundo:

A crise financeira mundial e a recessão de 2008-2009 foram produzidas por banqueiros de Wall Street por meio de uma combinação de ganância, incompetência e fraqueza inerentes ao sistema. Começou como uma crise de hipotecas, causada pela comercialização irresponsável de empréstimos hipotecários de alto risco, denominados "subprime"; então, lentamente, evoluiu para uma crise do crédito; e, finalmente, tornou-se uma crise financeira global já plenamente desenvolvida.

E não demorou muito para que os efeitos da crise de Wall Street reverberassem em toda a Europa, Ásia e Oriente Médio, numa espécie de efeito dominó:

Os países da zona do euro e o Reino Unido experimentaram dramáticas diminuições de crescimento; alguns países asiáticos tiveram uma significativa redução de atividade, e, por volta de maio de 2009, o mundo árabe havia perdido um montante estimado em 3 trilhões de dólares em consequência da crise – em parte por causa de uma queda dos preços do petróleo. Um ano depois, a Grécia enfrentou uma crise da dívida pública que ameaçou a integridade econômica da União Europeia, sendo a Irlanda, o Reino Unido, a Espanha e Portugal os países que mais correram o risco de perder a fé em seus investidores[34].

3.2. A dimensão ambiental

Na dimensão ambiental, os efeitos da globalização também se fazem sentir de forma significativa. Morato Leite[35] faz um comparativo entre o que ele denomina de "gerações de problemas ambientais": a primeira geração caracteriza-se pela poluição/destruição pontual dos elementos constitutivos do meio ambiente (água, solo, fauna, flora, ar), por ele chamados de "microbens", e, como eram detectados de forma mecânica e segmentada, eram protegidos de forma fragmentada. Preocupava-se tão-somente com as partes de um todo, "já que se caracterizava pela linearidade dos impactos produzidos e pela lupa analítica dos problemas". A segunda geração, por outro

---

[31] SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?,* Edições Afrontamento, Portugal, 2001, p. 35.

[32] JACKSON, Tim. *Prosperidade sem crescimento*, p. 18.

[33] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 467-468.

[34] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 470.

[35] CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 2015, p. 109-110.

lado, está relacionada com uma abordagem mais sistêmica e complexa, pois se volta para o todo, aqui entendido como o meio ambiente global, ou macrobem, tendo em vista que envolve "efeitos combinados dos vários fatores de poluição e das implicações globais e duradouras como o efeito estufa, a destruição da camada de ozônio, as mudanças climáticas e a destruição da biodiversidade". Aqui, por se tratarem de efeitos complexos e sinérgicos no meio ambiente, que podem afetar todo o globo, o meio ambiente deve ser concebido como um sistema, com interação dos universos natural, socioeconômico e cultural, com implicações também diferentes.

A dimensão das atividades antropogênicas sobre a natureza, leva ao que Ulrich Beck[36] denomina de "sociedade de risco", ou seja, a natureza foi concebida, até o século XX como algo a ser subjugado. Porém, no final desse mesmo século, descobre-se que a natureza nem é "predeterminada nem designada", tendo-se transformado em produto social. Como consequência, essa socialização da natureza também implica na socialização das destruições, de modo que os danos às condições naturais da vida convertem-se em ameaças globais para as pessoas, em termos medicinais, sociais e econômicos – com desafios inteiramente novos para as instituições sociais e políticas da altamente industrializada sociedade global.

Beck sustenta que os riscos da modernização têm uma "tendência imanente à globalização":

> *A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um a praticamente todos os demais na face da Terra. Submersas, elas atravessam fronteiras. O teor de acidez no ar carcome não apenas as esculturas e tesouros artísticos, mas há muito corroeu também os marcos de fronteira. Mesmo no Canadá acidificam-se os mares, mesmo nos extremos setentrionais da Escandinávia morrem as florestas* [37].

Dentre essas ameaças civilizatórias mais conhecidas estão o chamado aquecimento global, que decorre do aumento de concentração de gases de efeito estufa na atmosfera, a acidificação dos oceanos e a perda da biodiversidade. Todos eles com reflexos globais.

Grande parte desses efeitos se deve ao uso indiscriminado dos combustíveis fósseis, à industrialização com o consequente aumento do consumo de bens e serviços, bem como elevação do desmatamento. Todos fatores ligados ao desenvolvimento econômico, que poderão colocar em risco a sobrevivência de todos, ou pelo menos, as condições necessárias para que o homem possa se desenvolver com dignidade:

> *A destruição do meio ambiente natural em países do Terceiro Mundo anda de mãos dadas com o desmantelamento dos modos de vida tradicionais das populações rurais, em grande parte autossuficientes, à medida que programas de televisão norte-americanos e agências de publicidade transnacionais promovem reluzentes imagens da modernidade para bilhões de pessoas em todo o mundo, sem mencionar que o estilo de vida pressuposto nessa incessante atividade de consumo material é totalmente insustentável*[38].

A revolução tecnológica é uma das características do mundo globalizado, que influencia diretamente a dimensão ambiental, seja para aumentar a eficiência de bens e produtos, diminuindo, assim, a utilização dos recursos naturais, seja para otimizar o uso até então existente. Conforme esclarece Schwab[39], a convergência dos mundos físico, digital e biológico "oferece oportunidades significativas para que o mundo obtenha enormes ganhos em eficiência e utilização de recursos". As empresas poderão estender o ciclo de utilização de bens e recursos, recuperar e readaptar materiais para outros usos, diminuindo assim os resíduos e emissões poluentes, e até poluentes como o dióxido de carbono podem se transformar em bens econômicos, através da sua captura e uso da

---

[36]BECH, Ulrick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, p. 98-99.
[37] BECH, Ulrick. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, p. 43.
[38] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 477.
[39] SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*; tradução Daniel Moreira Miranda, Edipro, São Paulo, 2016, p. 69 e 71.

produção. Empresas, governos e cidadãos podem se tornar mais conscientes e engajados na recuperação do capital natural, "orientará o consumo e a produção sustentáveis e dará espaço para a recuperação da biodiversidade em áreas ameaçadas".

Para Cruz[40], a crise ecológica ainda é agravada pela insuficiência de planejamento e políticas amplas e de longo prazo, salientando que as pessoas e os governantes que elaboram e executam importantes políticas públicas, "ainda não conseguem pensar globalmente os problemas ambientais", de sorte que as preocupações ainda se limitam aos problemas visíveis, a exemplo dos lixões, desmatamentos e queimadas. "Falta sensibilização adequada das pessoas para a real dimensão da crise ecológica e da sua real ameaça à garantia da vida no planeta".

E a mídia, pelo efeito multiplicador que exerce, pode dar uma grande colaboração a esse aumento de conscientização global. Conforme Castells[41], as campanhas ambientalistas sobre o aquecimento global, por exemplo, parecem ter sido mais eficientes quando as pessoas já foram afetadas pelas imagens ou experiências de desastres que as tornam mais receptivas a uma mudança de suas opiniões arraigadas, e assim "têm mais probabilidade de se identificar com as mensagens ambientalistas". Talvez isso explique porque as preocupações com o meio ambiente somente começaram a partir de 1962, com a publicação do livro *Silent Spring* (Primavera Silenciosa), de Rachel Carson, posteriormente transformado em filme, e das sucessivas divulgações que foram feitas por meio da imprensa acerca de diversos acidentes que tinham relação direta com a utilização de pesticidas e produtos químicos, como é o caso da doença de Minamata (Japão) que, em razão de utilização de produtos contendo acetaldeído (que demanda a utilização de compostos de mercúrio) ocasionou desordens neurológicas na população local, que somente foram comprovadas muito tempo depois. Outro evento trágico que também chamou a atenção global foi a explosão da usina nuclear de Chernobyl, em 1986, que trouxe graves consequências.

3.3. A dimensão social

A globalização também estendeu seus efeitos sobre o lado social. De acordo com Luhmann[42], as sociedades tradicionais incluíam ou excluíam as pessoas, aceitando-as ou não em seu círculo familiar, e as famílias (não os indivíduos), eram ordenadas por "estratificação". Já a sociedade moderna inclui e exclui as pessoas através dos sistemas funcionais, mas de uma maneira contraditória:

> *Los sistemas funcionales presuponen la inclusión de cada ser humano, pero, de hecho, excluyen a las personas que no cumplan con sus requerimientos. Muchos individuos tienen que vivir sin un certificado de nacimiento o credenciales de identificación, sin ninguna educación escolar y sin ningún trabajo regular, sin acceso a las cortes y sin la capacidad de llamar a la policía. Una sola exclusión sirve como excusa para otras exclusiones. A este nivel, y sólo a este nivel, la sociedad está integrada ajustadamente, pero en una forma negativa. Y los valores modernos, como la igualdad y la libertad, sirven como términos encubridores para preservar una ilusión de inocencia; igualdad como igual oportunidad y libertad como permitiendo la atribución individual (no social).*

O Relatório do Desenvolvimento Humano de 2015[43], publicado pelo PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, coloca em um infográfico como dimensões do desenvolvimento humano para reforçar efetivamente as capacidades

---

[40] CRUZ, Paulo Márcio. "Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do direito no século XXI" – p. 82-104. *Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade,* vol. 1 [recurso eletrônico] / organizadores: Paulo Márcio Cruz, Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Leite Garcia, Univali, Itajaí, 2014, p. 92.

[41] CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*, p. 367.

[42] LUHMANN, Niklas. *Globalizacion o sociedad mundial: ¿como concebir la sociedad moderna*?; Traduzido por José Javier Blanco Rivero. - International Review of Sociology Mar97, Vol. 7 Issue 1, 13p. Disponível em https://pt.scribd.com/document/68925134/Niklas-Luhmann-Globalizacion-o-Sociedad-Moderna; acesso em março/2017.

[43] PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano 2015*. Disponível em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf; acesso em abril/2017.

humanas: vida longa e saudável, conhecimento e nível de vida digno; e para criar condições para o desenvolvimento humano: participação na vida política e comunitária, sustentabilidade ambiental, direitos humanos e segurança, e promover a igualdade e a justiça social.

Os dados apresentados nesse relatório ainda revelam problemas que precisam de uma agenda política mais efetiva: o número de pessoas que vive em situação de baixo desenvolvimento humano diminuiu de 3 bilhões em 1990 para pouco mais de um bilhão em 2014, e entre 1990 (data do primeiro relatório de IDH) e 2015, o número de pessoas que vive em situação de pobreza extrema em todo o mundo decresceu de 1,9 bilhões para 836 milhões. No entanto, em todo o mundo, 795 milhões de pessoas ainda sofrem de fome crônica.

Morin[44], por sua vez aponta outros efeitos produzidos na civilização ocidental: os efeitos egoístas do individualismo destroem a antiga solidariedade, um mal-estar psíquico e moral se instala no coração do bem-estar material, a "intoxicação" consumista da classe média se desenvolve enquanto se degrada a situação das classes mais pobres e se agravam as desigualdades, de modo que as soluções encontradas são irrisórias.

Pelo lado do trabalho, que irradia efeitos sobre a dimensão econômica, verifica-se que a mão de obra, via de regra, é local, embora o capital, em seu âmago, seja global, e reside nas redes financeiras, que determinam o destino da maioria dos empregos. Desse modo, para Capra[45], o capital e a mão de obra existem em diferentes espaços e tempos: "o espaço virtual dos fluxos financeiros e o espaço real dos lugares locais e regionais onde as pessoas são empregadas; o tempo instantâneo das comunicações biológicas e o tempo biológico da vida cotidiana", tornando o trabalho fragmentado e destituído de poder.

Algumas tecnologias produzem maior efeito nessa alteração dos novos meios de trabalho: a tecnologia em nuvem, a impressão em 3D, a robótica avançada, com efeitos até na área de saúde, permitindo inclusive intervenções médicas à distância, além da automação do trabalho, através de softwares inteligentes, exigem das corporações novas formas de lidar com o trabalho.

De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano[46], a globalização reúne trabalhadores e empresas em redes mundiais, através da "externalização e cadeias de valor mundial", ou seja, as empresas subcontratam ou "deslocalizam" algumas funções ou atividades não essenciais para outros países, onde os custos são mais baixos. E cita como exemplo a Apple, que emprega apenas 63 mil dos mais de 750.000 indivíduos em todo o mundo que trabalham na concepção, venda, fabrico e montagem de seus produtos.

O Relatório cita ainda as novas formas de trabalho que a revolução digital tem produzido: economia de partilha (*GrabTaxi*), externalização de processos empresariais (*UpWork*), fornecimento coletivo de trabalho (*Mechanical Turk*) e o trabalho flexível. Revolucionou também o trabalho criativo e capacitou pequenos produtores e artesãos, e chegou, inclusive, à atividade de voluntariado, que hoje pode ser desenvolvida virtualmente (em linha ou digital).

A globalização, assim, ao mesmo tempo que criou novas oportunidades de emprego, trouxe também novos desafios, a exemplo dos contratos de trabalho a curto prazo, geralmente para atender uma demanda específica, colocando no topo aqueles que possuem elevados níveis de habilitações e competências, e na base os trabalhadores não qualificados.

O jornalista Luciano Costa[47] ilustra essa nova faceta da globalização:

> *Há duzentos anos, alguém que pretendesse ser aceito entre intelectuais precisaria ser versado em latim e grego. No começo do século XX, era preciso falar francês para ser levado a sério como literato, ou saber alemão para filosofar. No final do*

[44] MORIN, Edgar. *La Vía para el futuro de la humanidad*, p. 23-24.
[45] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 471.
[46] PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano 2015.*
[47] COSTA, Luciano Martins. *O mal-estar da globalização*. A Girafa Editora, São Paulo, 2005, p. 74-75.

> *século passado, quando se tornou madura a era da informação, ficou claro que para participar plenamente da sociedade seria fundamental conhecer a natureza da linguagem digital.*

Conforme Appadurai[48], a comunicação eletrônica e as migrações marcam o mundo do presente, não como forças tecnicamente novas, mas como aquelas que parecem impelir (e, por vezes, compelir) a obra da imaginação. Juntas, criam irregularidades específicas porque espectadores e imagens estão em circulação simultâneas. "Nem as imagens nem os espectadores cabem em circuitos ou audiências que facilmente se confinam a espaços locais, nacionais ou regionais".

Quando se fala em globalização, um dos aspectos que mais se questiona é saber até que ponto a globalização acarreta a ideia de uma cultura global, ou homogeneização da cultura. De acordo com Boaventura de Souza Santos[49]:

> *Acredita-se que a intensificação dramática de fluxos transfronteiriços de bens, capital, trabalho, pessoas, ideias e informações originou convergências, isomorfismos e hibridações entre as diferentes culturas nacionais, sejam elas de estilos arquitetônicos, moda, hábitos alimentares ou consumo cultural de massas. Contudo, a maior parte dos autores sustenta que, apesar da sua importância, estes processos estão longe de conduzir a uma cultura global.*

No entanto, ele[50] admite que, sob as condições da economia mundial capitalista e do sistema interestatal moderno, "parece haver apenas espaço para as culturas globais parciais. Parciais quer em termos dos aspectos da vida social que cobrem, quer das regiões do mundo que abrangem".

Essa nova rede global de interações tecnológicas e humanas complexas, onde somos o tempo todo "bombardeados" com informações, tem contribuído, também para manifestações populares cada vez mais significativas. Capra[51] menciona os levantes populares, em grande parte sem líderes, que foram guiados pela vasta gama de mídias sociais, que se tornaram "ferramentas políticas de importância crucial para comunidades e organizações em nossa era da globalização":

> *Essas revoltas começaram com um movimento de jovens na Tunísia, em dezembro de 2010, que se espalhou pelo vizinho Egito, e depois, para outros países do Oriente Médio, crescendo até se tornar enormes movimentos sociais contra ditadores da região, o que se tornou coletivamente conhecido como a Primavera Árabe.*

Sassen[52] fala ainda que estamos assistindo emergir uma formação global distinta, que compreende uma mistura de indivíduos, categorias populacionais e organizações. Para ele, um dos efeitos do acesso a novos meios de comunicação – especialmente a internet – é a permissão ou indução para diversos tipos de grupos "transnacionalizar suas iniciativas", citando como exemplo o caso de ativistas ambientais e de direitos humanos. "Muitos desses grupos começaram a se conectar com grupos semelhantes em outros países, ao passo que seus esforços eram puramente locais".

Mas, ao mesmo tempo que esse aspecto pode ser considerado benéfico, há um lado mais sombrio: a face oculta do terrorismo. O ataque à principal cidade do império norte-americano em 11 de setembro de 2001 foi capaz de mudar a noção de liberdade de que até então todos tínhamos plena convicção de ser irrestrista: de termos liberdade de movimento por todas as fronteiras, de credo, de associação etc. A quebra das barreiras geográficas e culturais teve um preço.

Como relata Costa[53], "alguns militantes do complexo religioso-militar identificado como autores dos atentados vinham atuando a partir de empresas com destacada presença internacional". O crime organizado, da mesma forma, vem utilizando empresas

---

[48] APPADURAI, Arjun. *Dimensões culturais da globalização*: a modernidade sem peia; tradução de Telma Costa. Editorial Teorema, Lisboa, 2004, p. 15.
[49] SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?,* p. 53.
[50] SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?,* p. 54.
[51] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 474.
[52] SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*; tradução Ronaldo Cataldo Costa. Artmed, Porto Alegre, 2010, p. 154.
[53] COSTA, Luciano Martins. *O mal-estar da globalização*, p. 18 e 222.

legais como suporte para suas atividades, e quem financia o terror e grupos mafiosos vinha, "por mais de uma década, operando suas próprias organizações e utilizando instituições financeiras com presença global para movimentar os recursos que produziram a destruição". E conclui:

> *Para o cidadão do mundo, até o dia 11 de setembro de 2001, o indivíduo de turbante era apenas, quando muito, uma curiosidade nos aeroportos ou supermercados. Depois daquela data, ele conclui com horror que ambos não cabem no mesmo planeta. Então, a dor da modernidade começa a se manifestar no entendimento de que uma das maiores conquistas da civilização — a percepção da diversidade como riqueza — pode ser seu calcanhar de Aquiles e talvez tenha de ser sacrificada no altar do liberalismo.*

A globalização imprime a necessidade de, ao mesmo tempo em que se busca garantir de forma ampla a liberdade de todos, também a busca de mecanismos para limitá-la, e o exemplo do terrorismo é a faceta mais paradigmática desse paradoxo. Talvez isso seja o que Cruz[54], denomina de "republicanização da globalização":

> *Sabe-se perfeitamente das assimetrias existentes entre as diversas regiões do nosso planeta e entre os países que as formam. Isso mostra a necessidade de coabitação entre o paradigma moderno e o pós-moderno do Direito, entre a busca por âmbitos cada vez mais amplos de liberdade e a limitação desta mesma liberdade em função de se promover a sustentabilidade. É, mutatis mutandis, o que se denomina "republicanização da globalização", com uma efetiva busca pela distribuição da riqueza e reequilíbrio ambiental. O grande desafio do ser humano será provar que conseguirá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa dos estados de bem-estar até alcançar a sustentabilidade. Provar que não é um elemento estranho e inadaptável ao planeta Terra, mas que pode não só conviver em harmonia como melhorar as condições gerais de vida.*

3.4. Conclusões

A globalização, que iniciou em 1980, indica uma fase de integração mundial entre a econômica, meio ambiente e aspectos sociais (dentre os quais se inclui a cultura). Também se estende por aspectos políticos, embora a análise do presente artigo tenha se delimitado apenas aos aspectos acima, por constituírem o tripé principal da sustentabilidade.

Foi visto como a globalização da comunicação possibilitou o desenvolvimento do fluxo do comércio e, com a interligação dos sistemas financeiros mundiais, a economia, que antigamente girava em torno da troca ou de pequenas compras em feiras ou praças de comércio, adquiriu contornos globais.

A subversão da noção de tempo e espaço ocasionada pelo desenvolvimento dos modernos meios de comunicação e de transporte produzem significativos impactos na economia global: o poder econômico reside nas redes financeiras globais, que, com a rapidez do processamento de informações por potentes computadores e sofisticados modelos matemáticos, substituíram o papel moeda por produtos financeiros cada vez mais abstratos (fundos de investimentos, derivativos, dentre outros, que utilizam cada vez mais meios computadorizados), tornando a economia mundial cada vez mais complexa e sujeita a riscos que podem se estender a diversos países, como a que aconteceu em 2008.

Sob o aspecto ambiental, os danos ocasionados pelo uso intensivo de combustíveis fósseis, da intensa industrialização, do consumo exacerbado, da utilização de tecnologias que podem ocasionar perigos, a exemplo da fabricação de armas químicas e nucleares, com o conhecimento facilitado pelo uso de dados na internet, demonstram que os riscos podem afetar toda a humanidade, revelando a dimensão da preocupação que deve existir tanto por parte de governantes quanto da própria sociedade.

---

[54] CRUZ, Paulo Márcio. "Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do direito no século XXI", p. 90.

No aspecto social, a globalização trouxe reconfiguração do trabalho, que hoje, graças à tecnologia em nuvem, à impressão em 3D, à robótica avançada permite que muitos serviços possam ser prestados de qualquer lugar do mundo. Também trouxe a globalização dos riscos com a intensificação das liberdades, e o exemplo do terrorismo (do qual o 11 de setembro de 2001 é o principal registro) demonstra que precisamos encontrar uma forma de, ao mesmo tempo em que se asseguram as liberdades, seja possível limitá-las, para assegurar a segurança de todos.

Pode-se concluir que a globalização trouxe muitos aspectos positivos, dentre os quais a possibilidade de conexão global pode ser uma ferramenta útil para garantir a verdadeira integração entre os povos. No entanto, muitos desafios ainda se impõem para que consigamos, nesse ambiente globalizado, garantir a sustentabilidade em sua tríplice dimensão, o que significa garantir um desenvolvimento, não mais apenas quantitativo, mas principalmente qualitativo, garantindo que os recursos naturais do planeta possam ser utilizados também pelas gerações futuras, e assegurando a todos uma vida com dignidade. O motivo, para isso, seria a mudança de metáforas que o século XXI exige, com a globalização da comunicação tendo um importante destaque:

> *Como vimos, o Zeitgeist ('espírito do tempo') do início do século XXI está sendo modelado por uma profunda mudança de paradigmas, caracterizada, por sua vez, por uma mudança de metáforas, do mundo como uma máquina para o mundo como uma rede. O novo paradigma pode ser chamado de visão de mundo holística, que reconhece o mundo como uma totalidade integrada em vez de uma coleção de partes dissociadas. Também pode ser chamado de visão ecológica, se a palavra 'ecológica' for utilizada em um sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos e o fato de que, como indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados em processos cíclicos da natureza, dos quais, em última análise, dependemos*[55].

Referências das fontes citadas

ADORNO, Theodor W. *Indústria cultural e sociedade*; seleção de textos Jorge Mattos Brito de Almeida, traduzido por Juba Elisabeth Levy. Paz e Terra, São Paulo, 2009.

APPADURAI, Arjun. *Dimensões culturais da globalização: a modernidade sem peia*; tradução de Telma Costa. Editorial Teorema, Lisboa, 2004.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização;* tradução de André Carone. Paz e Terra, São Paulo, 1999.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade;* tradução de Sebastião Nascimento. Editora 34, São Paulo, 2011.

BRAUDEL, Fernand. *A economia do capitalismo*; tradução Álvaro Cabral. Rocco, Rio de janeiro, 1987

BURKE, Peter; BRIGGS, Ana. *Uma história social da mídia: de Gutemberg à internet*, tradução Maria Carmelita Pádua Dias. Jorge Zahar Editora, Rio de janeiro, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*, 6ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015.

CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*; tradução Mayra Teruya Eichemberg, Newton Roberval Eichemberg. Cultrix, São Paulo, 2014.

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*; tradução Vera Lúcia Mello Joscelyne. Paz e Terra, Rio de janeiro, 2015.

COSTA, Luciano Martins. *O mal-estar da globalização*. A Girafa Editora, São Paulo, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. "Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do direito no século XXI" – p. 82-104. *Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade*, vol. 1 [recurso eletrônico] / organizadores: Paulo Márcio Cruz, Liton Lanes Pilau Sobrinho e Marcos Leite Garcia. Univali, Itajaí, 2014.

[55] CAPRA, Frijot; LUISI, Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida*, p. 36.

GIDDENS, Anthony**.** *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, 6ª edição. Record, Rio de janeiro, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*; tradução de Raul Fiker. Editora UNESP, São Paulo, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Globalizacion o sociedad mundial: ¿como concebir la sociedad moderna?*; traduzido por José Javier Blanco Rivero. - International Review of Sociology Mar97, Vol. 7 Issue 1, 13p. Disponível em https://pt.scribd.com/document/68925134/Niklas-Luhmann-Globalizacion-o-Sociedad-Moderna; acesso em março/2017.

MACQUIL, Denis. *Teoria da Comunicação de Massas*, tradução de Carlos de Jesus. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.

MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação*; tradução Laureano Pelegrin, Edusc, São Paulo, 2000.

MORIN, Edgar, *La Vía para el futuro de la humanidad*, Paidós, Barcelona, 2011.

PASOLD. Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 12ª ed. Conceito Editorial, São Paulo, 2015.

PNUD. *Relatório de desenvolvimento humano 2015*. Disponível em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf; acesso em abril/2017.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *A globalização e as ciências sociais*, 2ª edição. Cortez, São Paulo, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?* Edições Afrontamento, Portugal, 2001.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 6ª edição. Record, Rio de janeiro, 2011.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização*; tradução Ronaldo Cataldo Costa. Artmed, Porto Alegre, 2010.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*; tradução Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. *Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 401-418 / set-dez 2012

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 215-229
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Multiculturalism and Brazilian constitutional protection for the traditional peoples and communities of the Baixo Madeira in Rondônia

Arlen José Silva de Souza[1]
Franklin Vieira dos Santos[2]
Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

SUMMARY: Introduction; 1. Multiculturalism and exclusions; 2. Justice and multiculturalism; 3. The Community and Traditional Peoples in the contemporary context; 4. Brazilian constitutional protection of Communities and Traditional Peoples; Conclusion.

ABSTRACT: The content brought in this article focuses on the challenges of human rights in the international arena. Put universalism as opposed to cultural relativism. Similarly, we discuss human rights because of the secular state and religious fundamentalism, so I understand the development as a right of peoples and asymmetries such as a component of social justice that indicates the diversity being discussed by countries in the XXI century. Thus, the meaning of globalization and the imperative of the protection of economic, environmental, social and cultural rights of minorities print multiculturalism and the need for these are under territorial law in which they live, respecting their diversity. I drew upon the concept of justice in the mold of the Theory of KIMLICKA Citizenship (2003), and the concepts of "reflective equilibrium" and "moral arbitrariness" JOHN RAWLS (2000), to appreciate multiculturalism within the liberal state structure. Similarly, we seek to understand the trajectory of the riverine and the formation of the Communities and Traditional Peoples in the State of Rondônia, the constitutional right light, due to its characteristics.

KEY WORD: justice, community, traditional people, constitutional.

Introduction

This article seeks to rescue the way of life of the settlements living on the banks of rivers in the Amazon Region, known as riparians or riverines, identifying them as a human group that demands a special attention from the scientific community, especially for the implementation of the rights of plural community, isolated, without prejudice, according to the constitutional determination described in the Title of Fundamental Rights and Guarantees, of the Political Charter of 1988.

In order to satisfy the objective, we will go through some juridical and philosophical concepts that seek to identify the meaning of justice, not only in the theoretical plane, but in its concreteness, since the focus of evaluation is an existing, real community that deserves equal treatment in its condition of citizenship.

One of the most relevant aspects of our work is the approach of multiculturalism, highlighting the importance of values built and lived by minority groups that deserve recognition and protection so that they do not get lost before the aggressiveness of the massive universalist culture, resulting from globalization.

---

[1] Juiz de Direito do TJRO; Professor da Universidade Europea de Madrid - UE; Professor da Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Professor da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON; Especialista em Direito Penal - UFMG; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

[2] Doutorando em direito pela Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI, Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio, MBA em Poder Judiciário, pela FGV-Rio, Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ULBRA de Porto Velho, Professor do Centro Universitário São Lucas, de Porto Velho/RO, Juiz de direito do TJRO, titular da 3ª Vara Criminal de Porto Velho.

In the first section we will deal with the labels that most print the minority creating pockets or ghettos of exclusion, without such groups being covered by the same norms of the others.

The second section deals with justice and multiculturalism, with an emphasis on social issues that interpret multiculturalism, in the light of the concept of justice in the context of cultural pluralism and groups with special rights, so that we should not discriminate people who do not follow key patterns.

Minorities must be seen as to their diversities, which will be dealt with in section three, so that exclusion does not subjugate them. In this sense, concepts such as "reflexive equilibrium" and "moral arbitrariness" impose on the State the shelter of the multicultural groups that integrate it, so that these concepts contemplate the Communities and the Traditional Peoples.

The contemporary state has a set of laws that protects the rights and duties of the dominant and non-dominant social groups that constitute it, which will be the object of the fourth section in what concerns the Brazilian constitutional protection of the Communities and Traditional Peoples. Therefore, as a first state rule must contain principles that are cogent for the equitable treatment of its citizens, in the manner recommended by the Democratic State of Law.

Finally, a synthesis will be made regarding the research described in the sections declined above so as to conclude what legislative protection given to minority groups that belong to the democratic state of law, according to the principles and concepts that guide this necessary legal protection.

1. Multiculturalism and exclusions

On contemporary society a multiculturalism is built which is the object of different solutions for governments. Traditional patterns of citizenship pour into different directions, as such at least two must be observed, the first that gives relevance to public virtues and political participation, and the second that supplements common rights, guided by cultural pluralism and groups with special rights , KIMLICKA (2003).

Before, there was a subordination between authoritarian expressions of cultural representation, in order to create normative differences that clouded the normality expected from social relations, which is no longer appropriate, since groups of abnormal ones can not be labeled before dominant patterns, by force of representation of the majority. Such a conception of subordination is exclusive, since minorities are no longer met and often represented.

In the form of nationalism, acting the state for the distribution of primary goods, it reached only part of society, the so-called dominant, since the objective was the cultural unity and the fidelity of society to the standards established by the state, excluding blacks, women, indigenous peoples, ethnic and religious minorities, gays and lesbians, not contemplating multiculturalism.

In fact, the traditional model implied a nationalism of exclusion, since it presupposed the distribution of primary goods as basic social rights, which included health, education and security, representing the State's assistance policy as a form of distribution of rights and inclusion of less favorable economically groups as a form of cultural unity and loyalty of social groups to the State, as indeed happened to avoid the influence of communist ideals in British society, LEITE (2007).

This model was used in the United Kingdom as a way to dispel the possibility of external or exogenous ideas, especially in Soviet communism. Thus, making social rights find the British working class was the tool of building a national identity. The criticism is centered on the aspect of privileging the "heterosexual white man", according to the traditional standard of citizenship, LEITE (2007).

Countries such as Spain and Canada have groups that reject cultural integration as a central idea, as in Catalonia or Quebec, respectively. These groups seek to maintain their own identities differentiated from central government, both by territorial self-management, including legal public constitutions that preserve the language, and educational and political issues are treated specifically within the aspects of self-management, LEITE (2007).

From these considerations the traditional western States, appreciated by KIMLICKA (2003), have two models: the economic hierarchy and the status quo hierarchy. In the traditional model the economic hierarchy preponderates on the one of the status quo, with respect to the combat of the economic inequalities. It is important to point out that with this precept there is an effort to reduce inequalities, with attention being paid to the status hierarchy.

As a counterpoint, the author advocates the Citizenship Theory, which claims individual freedom along with associated equality, observing that the groups are heterogeneous and yet have common points between their petitions and must have respected the concepts of equality.

The individual freedom defended, regarding multiculturalism, especially with the fall of the Berlin wall, focuses communitarianism within a liberal structure and as a response to the construction of a nation, especially the autonomy of the individuality within the collective entities. For the individualists this freedom must be pursued unceasingly within a free society, which is similarly appreciated also by the liberals when they affirm that individual freedom is morally superior to the yearnings of the collectivity.

In another sense, it is the communitarian position, which affirms that the individual is a product of social practices, so that privileging individual practices is a way of dynamiting communities. This assertion identifies multiculturalism, before cultural minorities, as a defense against the external attacks of society.

The structure of the liberal State of politics, KIMLICKA (1992), contains multiculturalism and the author discusses the liberal/community, emphasizing two basic points: a) The community attack on liberalism; B) Debate between liberals and minority communities. From these discussions, the premise is that individual autonomy is linked to the individual's access to their own culture, respecting their recrudescence. With this comes multiculturalism to favor the expansion of diverse cultures that guarantee special rights of each individual, meaning multiethnic liberalism.

In fact, two points are particularly addressed: liberal neutrality and benign neglect. In the first case the state must let the individual seek the ideals for the good life. Putting the State, neutral as far as ethnic and cultural issues, in the face of the choices of each one, provided that they respect the right of the other members of the community. So, on this premise, there is no moral difference in any conception for the conquest of the good life, since no choice would be made to the detriment of others.

Benign neglect in practice is a fallacious premise, on the axiological aspect, since there is no liberal neutrality. However, state norms are constructed through qualitatively considered conceptions, so that one will prevail over the other, since they aim at the integration of society.

Moral divergences emerge from the diversity of opinions, but discussions can only continue if respect for one's point of view is viewed as a learning tool, given that in learning diversity happens, in this spectrum, teaches TAYLOR (1994, P.41).

> ...The most correct is a multicultural society include a great diversity of respectable moral divergences, which gives us an opportunity of defending our points of view before people whose moral conscience causes us to disagree with them and thus learn from our own differences. In this way, we can draw a lesson on the necessity of our moral disagreements.

Thus, the benign neutrality of the State is pushed aside by pragmatic interests, such as the adoption of one language over another in order to better integrate the State regarding communication between individuals. The question that arises is how within hegemonic cultures, even if benign neglect is adopted, a minority of rights can protect itself against external injustices.

2. Justice and multiculturalism

The social observations from the analysis of multiculturalism demand a

more accurate digression regarding the concept of justice in the perspective of cultural pluralism and of groups with special rights. These should not be discriminated because they do not follow key patterns. The adoption of these positions generates exclusion, which is inappropriate in today's society, so the need to understand what justice is.

John Rawls in his A Theory of Justice (2000), integrates moral sentiment, public and individual liberties in the West. With the novel vision of the Social Contract, he demonstrated his ability with egalitarian thinking in the face of economic inequality, exposing divergences of liberalism that generate injustice by virtue of the market economy. Rawls emphasizes rationality as a primordial vision to see justice, with equity between rights and duties as a mechanism for reaching the just.

The justice understood in the universal context, in which is included the fair and the good, since the Aristotelian analysis, has actions of commutation and redistribution. The first touched on reciprocity and educational balance, and the second on proportionality and establishment of merit.

I would argue that RAWLS (2000) affirms that fairness is superior criterion to the normative principle of individual action, that is, it brings the norm to the natural, divine or positive field. Pragmatically supports the fairness of rights and duties as a tool to achieve the just, subjectively, implies a moral activity imposed by the rules of coexistence, founded on formal principles, so that this rationality is the theoretical ballast that supports the work of Rawls, because, for him, the righteous one moves away all affective inclinations to settle in reason.

Hence, three principles of justice must be formulated: recognition of persons; treat others not as means, but only as ends; just is prior to good and it integrates the just. Such principles, formulated by RAWLS (2000), are about society that should be fair, such as building on equitable foundations of rights and duties, inspired by a condition analogous to the "state of nature."

The "ideal contract" would be the celebration, with free motivation, rationally approved among equals, removing their positions within the socioeconomic structure among themselves, so that when they enter into the contract, they only assimilate the knowledge placed before them, giving priority to the so-called " Ignorance veil". Acceptance of the covenant is characteristic of rational agents who use utilitarianism.

The central point of the thesis is the procedural form that must be rational and equitable, as a search for the morally justifiable distribution of social wills. Thus, the full resolution of the problem of absolute justice is not discussed, but the result of a procedure formulated through reason and equity that will be equal to the just.

Sustaining freedom as previous to all other principles, RAWLS (2000) affirms that with the rebalancing of inequalities, respecting freedom, justice arises, and therefore all morality. So that it happens, the theory proposes that free people in assembly choose the principles that should guide society.

In order to avoid disadvantageous agreements, the principles chosen must be neutral in order to take account of the general interests, for which purpose the conditions must seek: (a) a shortage circumstance; B) generality, universality, publicity, ordination and determination; C) reasonableness of agents; D) veil of ignorance.

Hence, the north of this agreement must preserve two basic principles: freedom and difference. The first requires that each individual should have a right to the system of basic freedoms, as broadly as possible and compatible with the freedom of others, and this principle is a priority to the rest.

The second, of the difference, seeks the compensation and the rebalancing between the socioeconomic differences, especially for the hyposufficient ones. Equity should be placed as a condition for opportunities and advantages accessible to all, with balances of rights and duties.

Understanding the theory of RAWLS (2000), it urges to appreciate that the

system is actually composed not of two principles, but of three, namely: that of freedom, that of difference, and that of equality. These three elements constitute the "reflective balance". I conclude that the "reflective balance" is the gathering of the moral convictions of a culture and its consequences, which allow corrections and adjustments during the process.

Freedom is posited by Kantian rationalism, in the form of autonomy, yet it differs from the concept given by this theorist in relation to the Constitution. Freedom is not built by man but constitutive of him. If freedom is set, it is reasonable for us to discuss the differences, because reality is the foundation of the *Theory of Justice*.

Social values, freedom, opportunity, income and the social bases of self-esteem, need to be equally appreciated and distributed as well. However, RAWLS (2000) analyzes inequality as possible, as to the distribution of social values, provided that it is advantageous to the majority and accepted by the majority, if it does not becomes injustice.

Justice is effective if the necessary means and social goods are established. "Social goods" are those formed from moral, abstract, and material goods. In this way equality and the distribution of goods imply freedom for all, by virtue of the democratic symmetry that affects both intangible goods, conscience, thought, religion, among others, and material goods of socio-economic relevance. It is up to the State to provide public goods and control the institutions that distribute social goods, a distribution that must be equitable, privileging individual and collective freedoms.

According to RAWLS (2000), formulating the Equation that contemplates equality of opportunity and freedom indicates a symmetrical balance between advantages and prerogatives, since the way in which equilibrium is treated is verified that even for those who have more purchasing power and enjoy privileges social opportunities will also receive equal opportunities, which will benefit everyone. In fact, it is fair that those who are entrepreneurs should earn more, given the risks they run, without neglecting that the profit obtained returns to the working class as well, because of the circulation of goods and services it promotes.

RAWLS's theory of justice (2000) removes absolute concepts from the egalitarian and liberal discussions proper to the beginning of the last century, since it bases its concepts on plural principles with an emphasis on morality. Hence comes the definition of "moral arbitrariness" resulting from nature and chance, escaping from decisions not grounded in reason.

It is up to the State to provide public goods and control the institutions that distribute social goods, a distribution that must be equitable, privileging individual and collective freedoms. So the theorist discusses the so-called compensatory redistribution, that is, who earns more pay more, as, for example, the progressive taxes collecting.

3. The Community and Traditional Peoples in the contemporary context

Concepts such as "reflexive equilibrium" and "moral arbitrariness" should encompass all the groups that constitute the State, so that they should include the Communities and the Traditional Peoples. Thus, these minorities need to be appreciated in their diversity so that exclusion does not reach them.

Justice as a tool to give each one what is his must permeate all the groups that make up the State, so it is necessary to know the Communities and Traditional Peoples, focusing on how they are inserted as minorities in Brazil, in the Amazon, and in special, in the micro-region of Lower Madeira.

The Amazon with its biodiversity is a place to what eyes turn to, especially in the XXI century, because in this space many transformations happened. The locus is analyzed for its geopolitical and human constitution. Within this sphere permeated by cultural hybridity, are the riverside people, who are a mixture of caboclos, contemplated by diverse ethnic groups, a miscegenation between

Europeans and natives, that anthropologically means a marked dynamism of regional culture giving a meaning, especially to the syncretism which reigns in the green regionalism FRAXE et al (2009).

The continentality of the region implies the recognition of an Amazon with ambiguous traces as far as social aspects are concerned, since the man who is inserted there has riverside customs that are often opposed to the urban scenery of the big cities. Nevertheless, the ambiguity is present in the communities on the edge of the river, as these do not pass untouched by the influences of other peoples who have arrived there and mingled, so that their socio-cultural characteristics have been lost, due to this approximation, causing, to the Amazon, and traditional peoples irreversible losses, FRAXE et al (2009).

In the regional context, it is fundamental to affirm that man in the Amazon is not isolated, let alone lost in time and space. The assimilation and rejection of urban practices by the riverine community are part of an interaction between these worlds, so that the differences impose a transformation for the man who is inserted at the edge of the river, FRAXE et al (2009).

In this vein, diversity remains patent, values collide, and constitutional protection for riparian peoples is elastic, especially with regard to health, education and security assistance, weakening state presence within traditional communities, and allowing exogenous private intentions to impose themselves, in order to de-characterize the socio-moral values of the riverines.

It can be seen that the northern region of Brazil has never been geographically isolated, either economically and culturally from other regions of Brazil. However, due to its particularities it remained for a certain time preserved. With the process of colonization there was an inversion and the Amazon began to be interwoven with other elements which led it to change.

It is important to consider the daily life of the traditional community, respecting its manifestations and cultural attachments. The territorial expanse in harmony with the exuberant nature houses a social panel full of contrasts, at a time when the groups that constitute the Amazon possess the cultural accumulation that distinguishes with accuracy from those who are uncertain in the urban conglomerates, FRAXE et al (2009).

Workers who settled in the vicinity of the tributaries of the Amazon River, especially the Madeira River, along the Municipality of Porto Velho/RO, descended mostly from Northeastern migrants who came to the region in the mid-nineteenth century motivated by the extraction of latex. At that time, they were known as "rubber soldiers", because the extractivism they practiced served to supply the war industry of the Allied countries in the World War II, SILVA (2000).

The difficulties encountered at the time by these Northeasterners were substantial, since they did not know the jungle, because the rubber tree was native, as well as suffering from the labor relations established by the rubber tree owners, which inevitably were analogous to those of slaves. In addition, the isolation to which they were subjected placed them in a constant danger, either by the endemic tropical diseases or by the attacks of the beasts of the forest. Thus, SILVA (1994, p.26) focuses on:

> Between the long walks in the forest and the loneliness in the rudimentary huts where they lived, their life was exhausted, in an isolation that perhaps no other economic system has imposed on the man. And besides, the dangers of the forest and the hard working day shortened his life, mainly in relation to the first Northeastern migrants.

The dependence on rubber brought to the settler a bond of difficult disruption with the land and with the rubber tree owners, so much so that the economy in the region in the 50's collapsed due to the international fall in the price of rubber, many of them were not even able to return to their home states, as a result of which the federal government began to establish agricultural colonies to maintain the rubber tappers on the land, SILVA (2000).

Appreciating the approach above, it was noted that there was a need for

the Madeira valley region to be developed, so that they were classified as developed, semi-developed and pre-capitalist, which in a way denied the different historical trajectories of traditional peoples and communities, culturally mischaracterizing this society, NEVES (2005).

The concept of economic development that was involved implied in the so-called "domain of nature", which became impractical before the preservation of the environment. The demand for so-called environmental sustainability was inserted into the intellectual production and the contemporary political agenda, as seen at the Stockholm/1972 conference, at the Tbilisi-Georgia / 1977 conference, at Eco 92, among others, where expressions like ecodevelopment was coined, NEVES (2005).

The first need is the perception that a diagnosis must be established for the public and formal recognition of the communities, since this is part of the essentiality for the establishment of public policies for traditional communities. It should not be forgotten that these communities are composed of indigenous peoples, extractivists, fishermen, among others, CABRAL (2002).

The discussion on sustainable development is reasonable, that is, one that can combine economic development without causing significant damage to the environment, since projects involving economic nature, on the whole, modify the natural habitat and socio-cultural environment of those involved.

In the above context, it is evident that traditional communities have as their means of production goods for subsistence and in the Amazon, they often use barter as a mode of commercial relationship, mainly because of the kinship ties between the members of each riverine nucleus as the surplus and the system of accumulation proper to capitalism are not explored in the way of integration and when this happens the process of disintegration of the community is accelerated, especially in the face of inequality of wealth, CABRAL (2002).

Therefore, the title "sustainable development" implies rethinking, especially the agribusiness, the way the community has sustained itself over the years, since the occupation of spaces by foreign squatters and farmers to the community implies modifying the modus vivendi of indigenous peoples, distorting their culture and modifying the sustainability of that environment. CALEGARE (2014).

The Brazilian public policy taken to these communities has a close link with the municipalities to which they belong, however, resource management has suffered from intercurrent changes of political orientation, which generalize the application of these resources leaving aside the specificity of the community, which increases the need and violates the most intense desires of man, CABRAL (2002).

In the 1970s, the Brazilian government implemented programs and projects for occupation of the Amazon. This governmental enterprise eventually generated conflicts in the region, since the rural Amazonian society was fragmented and did not have a clear social and political organization, which deformed the possibility of collective interaction. CALEGARE (2014).

Organized groups such as the Land Pastoral Commission (CPT) and the Indigenous Missionary Council (CIM) struggle to change the isolation of families in the Amazon, organizing them so that they can ensure their survival through the use of natural resources. Over time, this process becomes a political struggle, which seeks to defend the rights that have been usurped from these peoples, CALEGARE (2014).

In fact, the communities began to react because of the expropriation and use of their territory without any discrimination, as happened with the Movement of Tappers and Extractivists of Vale Rio do Acre, which resisted against the works of the agricultural industries and the colonization projects stimulated by the government, CALEGARE (2014).

In this context, government programs have become catalysts for solidarity bonds between social groups, since they have become "mobilization units". It should be noted that collective interests prevailed so that programs involving the removal or even maintenance of the status quo according to the will of the

government were not implemented, since it disregarded the interests of the community, which meant substantial political changes in the mobilization of social groups from the perspective of he state power.

The mobilization of these social groups implied the creation of governmental programs, such as the "Our Nature" program, decree nº 96944/88, and IBAMA, Law 7735/89. Due to international pressure, the federal government was obliged to adopt policies that addressed indigenous environmental issues, such as the National Environment Program (1941) and the Pilot Program for Protection of Rainforests in Brazil. In addition, the Brazilian government, under political pressures from the organization of social groups linked to traditional communities, legally recognizes traditional populations, including the creation of the National Commission for the Sustainable Development of Traditional Communities, CALEGARE (2014).

Decree No. 6,040/07 indicates that sustainable development in traditional peoples and communities, as defined, should be part of a social mapping that is the result of an effort of the new social cartography of the Amazon, with the purpose of identifying and giving visibility to the collective identities of social groups that are legally recognized. Such a legal mechanism, despite the discrepancy of its application, which emerges when hydroelectric buildings, such as Belo Monte, for example, recognize that Brazil is a multicultural and multiethnic country, which must ensure to guarantee the legal shelter of the members of these peoples, CALEGARE (2014).

However, it can not be denied that advances in legislation have affected the right of traditional peoples and communities to remain in their territories, with the possibility of discussing the use of natural resources and participation in regional management. Though, the discussion on political ideological issues that transcend interests relevant to the natives of traditional peoples and communities is significant, especially due to the different motivations that mobilize agents operating in these communities, CALEGARE (2014).

Geopolitical interests, as the background to various propositions, mark the immeasurable progress that the unity between traditional peoples and communities has achieved, with obvious international assistance among national groups that make current efforts to ensure the protection of natural resources and the rights of these People. Nevertheless, it is important not to miss the point to the fact that there are some shadowy interests in territorial domination and the appropriation of the natural resources that are in these territories, CALEGARE (2014).

Thus, the presence of Universities, NGOs, Government sectors, and others that surpass the particular interests of traditional peoples and communities emerges, since the discussion is not only within the scope of Conservation Units, as they enter into all social groups that discuss the cultural and plural ethnic diversity of Brazil, with the clear objective of guaranteeing rights. In spite of not losing sight of that, it is only due to biodiversity conservation that the political struggle became visible, CALEGARE (2014).

4. Brazilian constitutional protection of Communities and Traditional Peoples

The organization of the contemporary State presupposes a legislative framework that gives shelter to the rights and duties of the dominant and non-dominant social groups that constitute it. The Constitution as the first state rule must include in its content, sayings that matter in equal treatment to all its citizens, in the manner recommended by the Constitutional Democratic State.

To that end, it urges to appreciate how the rights of minorities were enshrined in the 1988 Republican Charter, aiming to safeguard Communities and Traditional Peoples. To do so, it is necessary to glimpse some international norms and treaties, in the context in which they were promulgated that deal with the matter and were accepted by the national legal order.

In this vein, the UNO provides comprehensive protection to minorities through covenants, conventions and treaties, as well as other international acts, as seen in article 27 of the Covenant on Civil and Political Rights, *in verbis*:

> In states where there are ethnic, religious or linguistic minorities, persons belonging to such minorities shall not be deprived of the right to have, together with other members of their group, their own cultural life, to profess and practice their own religion and to use their own language.

The relevance of the legal shelter to the minorities has had its point of greatest interest in the year of 1919, with the concern of the winners before new frontiers and the emergence of possible political instabilities in Europe, that is, the protection was due to much more political reasons than humanitarian motivations. Countries such as Poland, Yugoslavia, Czechoslovakia, Romania and Greece, had their borders changed, MAIA (2009).

It is noted that in 1950 the Subcommittee on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities lists the clauses that define the minority as a form of identification of these peoples. In this document the definition of non-dominant groups appears. However, the criticism made on the UNO Subcommittee is mainly about not recognizing non-nationals, leaving aside the right of secession, MAIA (2009).

In 1979, CAPORTORTI apud MAIA (2009), defines that the minority within a State is that which has stable ethnic, religious or linguistic characteristics, that differ strongly from those of the rest of the population; they must in principle be numerically inferior to the rest of the population; in a position of non-dominance.

Jules Deschênes apud MAIA (2009), in 1985, formulates a new definition of minority for the Subcommittee, this time includes the political elements nationality and citizenship. Wagley and Harris apud MAIA (2009) summarize the identifying characteristics of the minority: 1) are subordinate segments of state societies; 2) minorities have special physical or cultural features that are little taken into consideration by the dominant segment of society; 3) minorities are self-conscious units linked by the special traits their members share and the constraints they produce; 4) membership of a minority is transmitted by the rule of descent which is able to affiliate successive generations even in the absence of readily apparent physical or cultural traits; 5) minority peoples, by choice or necessity, tend to marry within the group.

MOONEN apud MAIA (2009) points out that the definition of minority is not only quantitative but also qualitative, the differential treatment received by the minority group implies the existence of a domination/subordination relationship. The said relation does not specify the size of the dominating group, so may the smallest group dominate the larger.

The UNO Human Rights Committee, commenting on art. 27 above, states that minority groups do not have to contain nationals, so that the State can not limit the rights described in art. 27 as for those groups that are in the territory of the State, as a fact. The question of identification of minority groups rests with the State, observing objective and subjective criteria, that is, it is the State that will determine if this or that group is a minority. Thus, such recognition will imply being national or not, which increases the relevance in the case of migratory movements, MAIA (2009).

In the analysis of art. 27, the current criticism is about a limited number of minority groups, since it only speaks about ethnic, religious or linguistic minorities. However, other relevant and minority groups such as homosexuals, the elderly, people without fixed addresses are excluded from this expression, MAIA (2009). Other groups may emerge immigrations, as we see in Brazil with Haitians, who flee from the misery in their country; Bolivians who provide services to garment factories in Sao Paulo, clandestinely, according to what is reported in the media.

Regarding the protection of the right of minorities in comparative legislation, it is necessary to observe two cases that mirror the confrontation between the individual right and the collective right. The first, in Canada involving

an Indian, Sandra Lovelace, and her community. Sandra marries a non-Indian and leaves the reserve. After a few years he separates and wants to return to live with his tribe. The Tribal Council denies the plea and receives support from the Canadian government. The UNO Human Rights Committee appreciates the case the other way around on the grounds that Sandra Lovelace's return to the reserve posed no risk to her ethnic identity, especially for the group continued existence, MAIA (2009).

Another one-off case occurred in Sweden. Kitok belonged to the minority Sami, whose main activity is the reindeer breeding. That one decided, due to economic difficulties to leave the community and for several years lived in the city. However, she decided to go back and raise reindeer by using pastures belonging to the Sami minority. The Tribal Council refused, as Kitok had already hired a nearby area and there was not enough room for everyone. The decision was upheld by the Swedish government. In the species, the UNO Human Rights Committee sided with the minority Sami. It is noted that by canceling Kitok's membership the group relied on strong arguments, whether the usufruct of the pastures did not contemplate the coming of another without compromising the economic survival of that minority. So, the right of the group prevails over the right of the individual, MAIA (2009).

The heading of Article 27 is on the principles of equality and non-discrimination. These principles clearly state that members of the minority can not be treated in an inferior position in law and in facts. Legally it excludes any type of discrimination and in the facts imposes the balance that must exist between the diverse social and political situations in the State, MAIA (2009).

Having the principles of equality and non-discrimination as guides, one can conclude the existence of some basic rights pertaining to the minority, without excluding others that may arise due to social dynamics, they are: the right to existence; right to identity; right to positive measures, MAIA (2009).

Legal protection for the minority group is accompanied by the total disgust of human rights for genocide, enshrining respect for the right to life. The right to protection of collective life and the protection of the group against physical decimation are objects of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948). *Verbis*:

> Art. I ...
>
> Art. II – Presently in this Convention, genocide means any of the following acts committed with the intent to destroy, wholly or in part, a national, ethnic, racial or religious group, such as:
>
> (A) murder of group members;
>
> (B) serious harm to the physical or mental integrity of members of the group;
>
> (C) intentional submission of the group to conditions of existence resulting in total or partial physical destruction;
>
> (D) measures to prevent births within the group;
>
> (E) forced transfer of minors from the group to another group.

The right to identity is primarily aimed at preserving the characteristics of the individual and the group in which he is inserted. Protecting the identity of the individual and of the group means allowing the cultural, linguistic, religious and social survival and continuity therein intrinsic, so as not to prohibit its associative manifestations that aim at the enjoyment of these rights, even without there being state intervention for the existence of such enjoyment .

Regarding positive and affirmative measures for the enjoyment of rights, the State should adopt a legislative stance to ensure the linguistic, cultural and religious rights of these minority groups. Such actions are necessary to legitimize the difference between groups and correct past distortions to avoid direct or indirect discrimination.

In Brazil, the 1988 Political Charter enshrines legislative protection for

minority groups, especially when in its preamble it says that Brazil is a pluralistic and unprejudiced society, verbis:

> We, representatives of the Brazilian people, gathered in a National Constituent Assembly to establish a Democratic State, designed to ensure the exercise of social and individual rights, freedom, security, well-being, development, equality and justice as supreme values of a fraternal, **pluralist and unprejudiced** society founded on social harmony and committed, in the domestic and international order, with the peaceful solution of controversies, we enact, under the protection of God, the following CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL. (**I pointed out**)

The constitutional text is considered a system, its norms do not overlap one another, so that in the possibility of conflict between them the scope of one to the detriment of the other is diminished. Thus, the individual and collectives rights must be interpreted. Therefore, the Major Charter for the preservation of cultural aspects, among others, is orientated, as seen in articles 215 and 216:

> Art. 215. The State shall guarantee to all the full exercise of cultural rights and access to the sources of the national culture, and shall support and encourage the promotion and dissemination of cultural expressions.
>
> Paragraph 1 - The State shall protect the manifestations of popular, indigenous and Afro-Brazilian cultures, and those of other groups participating in the national civilizing process.
>
> Paragraph 2. The law shall provide for the establishment of commemorative dates of high significance for the different national ethnic segments.
>
> Paragraph 3. The law shall establish the National Plan of Culture, of a multi-year duration, aiming at the cultural development of the Country and the integration of the actions of the public power that lead to: (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> I - defense and valorization of the Brazilian cultural patrimony; (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> II - production, promotion and dissemination of cultural goods; (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> III - training of qualified personnel for the management of culture in its multiple dimensions; (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> IV - democratization of access to cultural goods; (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> V - appreciation of ethnic and regional diversity. (Included by Constitutional Amendment nº 48, of 2005)
>
> Art. 216. Constitute Brazilian cultural patrimony the assets of a material and immaterial nature, whether individually or jointly, bear a reference to the identity, action, and memory of the different formative groups of Brazilian society, which include:
>
> I - the forms of expression;
>
> II - the ways of creating, doing and living;
>
> III - scientific, artistic and technological creations;
>
> IV - works, objects, documents, buildings and other spaces destined to the artistic-cultural manifestations;
>
> V - urban complexes and sites of historical, scenic, artistic, archaeological, paleontological, ecological and scientific value.
>
> Paragraph 1 - The Public Power, with the collaboration of the community, shall promote and protect the Brazilian cultural patrimony through inventories, records, surveillance, registration and expropriation, and other forms of precaution and preservation.
>
> Paragraph 2 - The public administration, in accordance with the law, is responsible for the management of governmental documentation and the arrangements for franking its consultation to those who need it. (See Law No. 12,527, of 2011)
>
> Paragraph 3. The law shall establish incentives for the production and knowledge of cultural assets and values.

> Paragraph 4 - Damages and threats to cultural patrimony will be punished, according to the law.
> Paragraph 5 - All documents and sites reminiscent of historical remnants of the former quilombos are registered.

Expressed in the Constitution of Brazil integrate the so-called cultural rights, not enshrining the State no cultural model that preponderates over another, let alone adopts as a model of culture a particular one. This is the current pluriculturalism in Brazil. It is true that cultural rights are on the same level as other rights, including topographically, they are on the side of education because of the importance they have within the programmatic norms, that is, those that are priority goals to be achieved by the State.

The exegesis of the expression "national culture" needs to be carried out systematically, obeying the prism of multiculturalism that is the constitutional tonic. Thus, "national culture", in the species, means the same as national patrimony seen this as the cultural diversity existing in the homeland. It is Patrimony that brings together all the cultural forms that are manifested in the country. All these values, ideals and behaviors merge to form our cultural patrimony, MAIA (2009).

The 1988 Constitution mentions for the first time the contribution of the different ethnic segments to culture, placing them in equality with the surrounding society. Constitutional protection guarantees the manifestations of indigenous and Afro-Brazilian popular cultures, as well as the other groups that participated in our civilization. It greatly values minorities when it authorizes the setting of commemorative dates for the significant events of each ethnic group, MAIA (2009).

For a brief passage in article 216 of the CF, it is observed that it shelters the maintenance of each group, and their memory and their actions are protected and sponsored. It emphasizes the sense of identity of the groups, since it is clear that each one has the right to be different and to have identity with each other, without there being unequal treatment by the State. In fact, what the Charter seeks is to welcome each one as it is culturally identified, respecting multiculturalism, which happens to be a measure of inclusion, MAIA (2009).

Social dynamism imposes the passage through a dialectical process. It should be noted that in making a diagnosis of society it is reasonable to revisit Brazilian history, under penalty of allowing to be hidden the portraits where the racial and cultural interactions are imprinted, between minority and dominant groups, such attitude aims to contextualize actions and thoughts, especially if the objective is to eradicate the inequalities born in colonization, MAIA (2009). From this point of view, article 68 of the transitional constitutional provisions was drawn up, which delivers the lands to the quilombolas, as long as they remain in those communities, *verbis*:

> Art. 68. To the remnants of the communities of the quilombos that are occupying their lands, the definitive property is recognized, and the State must issue the respective titles to them.

The insertion of the material and immaterial assets constituting the patrimony of the homeland is the motto of items I and II, of art. 216, of the Constitution. They are, in fact, the forms of expression as to create, to make and to live, by this constitutional mechanism pass the scientific and technological works, the artistic ones, the buildings, the spaces of cultural manifestations, besides the archaeological sites.

Lastly, it urged the Court to examine what constitutional protection was given to linguistic rights. In fact, discussion about what the language for a group means is fundamental. However, the identity of the group is umbilically linked to the language that provides the communication between them, defining the boundaries between the groups due to the essentiality of communication, MAIA (2009).

In Brazil there are over a hundred ethnic groups, with more than one hundred dialects and different languages. It is known that a minority group should be analyzed from a context, avoiding the unitary analysis, since it transcends the

present moment as its historical origin will join in a social and ideological context, MAIA (2009).

Article 210, § 2, of the Constitution, guarantees to the Indians the fundamental education in Portuguese language, however there is no prohibition in the use of the mother tongue in private or public environment. It is verified that, according to the principle of constitutionally enshrining isonomy, indigenous communities can use their language in a specific process of learning without any state intervention, see the provisions in the Political Charter:

> Art. 210. Minimum contents will be established for basic education, in order to ensure basic common education and respect for cultural and artistic, national and regional values.
>
> Paragraph 1 - The religious education, of optional enrollment, will constitute discipline of the normal hours of the public elementary schools.
>
> § 2º - The regular basic education will be taught in Portuguese language, ensuring to the indigenous communities also the use of their mother tongues and own processes of learning.

It is inferred that the language used by indigenous peoples must be preserved as an element of integration of the group, its evolution must be supported in the group itself without overlapping the dominant culture. The Constitutional Charter safeguards linguistic manifestations without repressing them to the environment of minority peoples.

Conclusion

The legislative recognition of the cultural importance of minority groups, although incipient, is already a reality. In this regard, we have a number of UNO resolutions, with repercussions in the home-country legislation, which, for example, recognize the right of people and traditional communities to remain in the territories in which they live. Some Brazilian legal acts recognize the Communities and Traditional Peoples creating a National Commission of Sustainable Development aiming the interests of these Communities.

However, despite the recognition of legislation, it is necessary to note that several legislative achievements are still in the field of potentiality, not reaching the full realization of what the law allows. There is still much to conquer.

Also, it should not be forgotten that, on an opposite way, there are strong groups that militate in an organized way for the territorial domination and appropriation of natural riches that are in the Amazonian territory, putting in danger the advances already conquered. Some of these groups, by virtue of their strength, dominate the state machine and act on the sly, appropriating such valuable concepts for the protection of the environment, traversing themselves as protectors of the most fragile groups, when in fact their first pretension is precisely the contrary.

In this regard, the intervention of international bodies, notably the UNO, through the Rights Commission, must act more incisively when it defines that minorities are covered by universal rights.

The art. 27 of the Covenant on Civil and Political Rights gives legal status to minorities, having its point of greatest interest in 1919, with the concern of the winners due to new frontiers and the emergence of possible political instability in Europe. In this Diploma emerges the definition of non-dominant groups demanding a differential treatment to the minority group, recognizing a relation of domination/subordination that certainly generates exclusion.

For the purposes of this work, a criticism of the UNO diploma refers to the limitation of the concept of minority, since when describing who fits as a minority (ethnicity, religion and language) it seems to limit the concept, excluding other minority categories, as it is the case of the riversides.

However, in the Magna Charter of 1988 there is an advance, when it enshrines legislative protection for minority groups, especially when in its preamble it says that Brazil is a pluralistic and unprejudiced society. In this context, the possibility of expanding concepts to encompass a greater diversity of communities

emerges, as is the case of those described in Constitution, art. 216, which describes the "Brazilian cultural patrimony" referring to the diversity of groups that make up Brazilian society.

In any case, what is already done opens space for the scientific community to advance in studies to safeguard the existing knowledge and rescue others who are almost lost.

In the moment in which mankind met at a crossroads where it was glimpsed the possibility of irrational development lead to the extinction of life on the planet, "sustainable development" emerged as an alternative for global society to perpetuate itself in a dignified, without giving up the positive innovations of development.

In this respect, the study on the culture of minority groups may present viable alternatives, since usually they have not experienced the context that has brought us to the edge of the abyss. The traditional communities of the Amazon Region, for example, have their production their subsistence goods and, often, they still use barter as a means of commercial relations, mainly because of the ties of kinship between them, since the surplus, the accumulation system and profit, proper to capitalism, are not explored as the way of integration.

A great effort must be made to ensure that progress in the area of sustainability does not suffer a setback, especially after what has recently occurred in the choice of the North American people, which has taken a step backwards in a speech that forget the whole alarming situation in which the planet and, as a consequence, mankind finds itself.

Bibliographic references

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco.* São Paulo. Nova Cultural: 1996.

CABRAL, Josélia Fontenele Batista. **Olhares sobre a realidade do ribeirinho: uma contribuição ao tema**. Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente, mai – n. 24,v.VI,2002.Disponível:

http://www.revistapresenca.unir.br/artigos_presenca/24joseliafontenele_olharessobrearealidadedoribeirinho.pdf> Acesso em: 20 de janeiro de 2015.

CALEGARE, Marcelo Aguilar; HIGUCHI, Maria Inês Gasparetto; BRUNO, Ana Carla dos Santos. POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS: **Das Áreas Protegidas à Visibilidade de política de grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva**. Ambiente & Sociedade. São Paulo, v. XVII, n. 3, Julho. 2014. Disponível: <http://www.redalyc.org/articulo.oaid=31732525008>. Acesso em: 26 de janeiro de 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE DIVERSIDADE CULTURAL DE 2001. Unesco – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

FRAXE, Therezinha de Jesus Pinto; WITKOSKI, Antônio Carlos; MIGUEZ, Samia Feitosa. **O ser da Amazônia: identidade e invisibilidade**. Cienc. Cult., São Paulo, v. 61, n. 3, 2009. Disponível:<http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S000967252009000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 janeiro de. 2015.

KYMLICKA, Will. Multicultural citizenship: a liberal theory of Minority rights. Oxford-UK. Clarendon Press Oxford. 2003.

LEITE, Rodrigo Gomes. **WILL KYMLICKA: Possibilidades e Limites de uma Abordagem Multicultural da Sociedade Civil**. Em: VI CONFERÊNCIA DA REDE REGIONAL AMÉRICA LATINA E CARIBE DA INTERNATIONAL SOCIETY

FOR THIRD SECTOR RESEARCH . 2007. Salvador de Bahía, Brasil. Organização: ISTR e CIAGS/UFBA. Disponível em <http://lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/070.pdf>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

MAIA, Luciano Mariz. **O Direito das Minorias Étnicas**. 2009. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2015.

NEVES, José Gomes. **Ribeirinhos, desenvolvimento e a sustentabilidade possível**. Revista Partes. São Paulo, março 2005. Disponível em <http://www.partes.com.br/socioambiental/ribeirinhos.asp>. Data de acesso: 10 de fevereiro de 2015.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo. Ática. 1993.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

TAYLOR, Charles. Multiculturalismo. Trad. Marta Machado. Lisboa. Instituto Piaget. 1994.

VITA, Álvaro de. **Liberalismo Igualitário e Multiculturalismo**. São Paulo. Lua Nova, n. Vol. 55-56. 2002.Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a01n5556.pdf>. Acesso em 12 de fevereiro de 2015.

VITA. Álvaro de. **A tarefa prática da filosofia política em John Rawls**. Lua Nova, São Paulo, n. 25, Apr. 1992 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451992000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 de fevereiro de 2015. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451992000100002.

WILLINSKY, John. The Educational Politics of Identity an Category. Trad. Maria Lúcia Mendes Gomes e Vera L. Visockis Macedo. Interchange. V29/4, p.383-402. Vancouver-CA. 1998. Disponível: http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15551.pdf. Acesso em 02 de abril de 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 231-242
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Interpretação dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional brasileira: caminhos para uma atuação fundada nos preceitos do estado democrático de direito

Interpretation of fundamental rights and brazilian constitutional jurisdiction: ways to a practice founded in precepts of the democratic state

Patrícia Spagnolo Parise Costa[1]
Universidade de Rio Verde (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. A interpretação constitucional: dos elementos tradicionais aos novos paradigmas. 3. A Interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional brasileira: um diálogo entre Alexy e Dworkin. 4. Possíveis causas do ativismo judicial e limites a uma leitura abusiva da interpretação das normas constitucionais. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: As ideias neopositivistas consolidadas na segunda metade do século XX inspiraram a construção de novos paradigmas de interpretação constitucional. Neste cenário, a chamada Nova Hermenêutica tem permeado as decisões da corte constitucional brasileira. O Supremo Tribunal Federal tem atuado, especialmente, com fulcro na teoria discursiva de Robert Alexy, cuja visão se apoia na noção de textura aberta da Constituição, na discricionariedade judicial e na proporcionalidade para dirimir a ponderação das tensões entre direitos fundamentais naqueles casos em que a norma não estabelece uma solução clara. Contudo, esta postura parece convergir para o ativismo, prática fortemente repudiada por Ronald Dworkin, que acredita que as decisões judiciais não podem estar fundadas em critérios subjetivos e sim em uma racionalidade jurídica. Desta forma, o presente artigo, que se valeu da pesquisa bibliográfica, teve por objetivo estabelecer um paralelo entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, no sentido de se apontar caminhos para uma interpretação constitucional que esteja condizente com a democracia e a separação dos poderes e que possa garantir a efetivação real dos direitos fundamentais, evitando as práticas abusivas decorrentes de uma expansão desmedida da atuação judiciária no Brasil.

Palavras-chave: Nova hermenêutica. Jurisdição constitucional. Concretização dos direitos fundamentais. Limites ao ativismo.

Abstract: The neopositivists ideas, which were consolidated in the second half of the twentieth century, inspired the construction of new paradigms of constitutional interpretation. In this scenario, the New Hermeneutics has permeated the decisions of the Brazilian constitutional court. The Supreme Court has acted, especially guided on the discursive theory of Robert Alexy, whose vision takes into account the notion of open texture of the Constitution, judicial discretion and proportionality to settle the balance of tensions between fundamental rights in cases where the law does not provide a clear solution. However, this position seems to converge to activism, a practice strongly repudiated by Ronald Dworkin, who believes that judicial decisions cannot be based on subjective criteria but on a legal rationality. The present article, which used the bibliographical research, aimed to establish a parallel between the theories of Robert Alexy and Ronald Dworkin, to point out ways for a constitutional interpretation that is

[1] Professora de Direito Constitucional; editora da Revista Jurídica da Universidade de Rio Verde; Advogada, especialista em direito tributário e mestre em Direito.

consistent with democracy, separation of powers and to ensure the proper enforcement of fundamental rights, preventing abusive practices resulting from an excessive expansion of judicial action in Brazil.

Keywords: New hermeneutics. Constitutional jurisdiction. Implementation of fundamental rights. Limits to activism.

1 Introdução

Na medida em que as sociedades se tornam mais pluralistas e os fatos da vida cada vez mais complexos, o movimento de interpretação tem mostrado que a Hermenêutica tradicional, fundada no positivismo, já não oferece instrumentos suficientes de orientação à prática interpretativa, em virtude da abertura e da indeterminação estrutural do Direito. Eis que emerge, então, a nova Hermenêutica Constitucional, inserida em um cenário neopositivista, na busca de uma interpretação que possa trazer soluções para as tensões entre normas constitucionais advindas de casos concretos de difícil solução, ou seja, aquelas situações que não têm previsão na norma.

Um dos legados da teoria neopositivista, além da visão de centralidade da Constituição e do fortalecimento da jurisdição constitucional, é a crescente valorização dos direitos fundamentais. Isso leva à necessidade de uma interpretação criteriosa, já que tais direitos exigem decisões de prioridade, dado seu papel de primazia nas constituições. Há de se enfatizar que não são raras as situações em que, no caso concreto, se observam tensões entre normas definidoras de direitos fundamentais. Pois bem, o novo paradigma interpretativo vem influenciando e se incorporando de forma cada vez mais preponderante na atuação dos julgadores brasileiros, em especial, no âmbito da jurisdição constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade.

No Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de acirradas discussões no que tange à prática interpretativa fundada nos novos paradigmas hermenêuticos, na medida em que sua atuação vem sendo pautada nos parâmetros da discricionariedade judicial, com utilização do princípio da proporcionalidade no uso da técnica da ponderação. Esta visão coloca o julgador como coparticipe na criação das normas. Esta postura, no intuito de dirimir conflitos não somente entre normas gerais, mas, também, entre aquelas definidoras de direitos fundamentais, gera a dúvida se, de fato, a Corte tem conseguido concretizar tais direitos ou se a prática foi ativista, lesiva à democracia e à separação dos poderes. É neste particular que emergem os seguintes questionamentos: as decisões da Corte Constitucional brasileira, fundadas nos novos paradigmas de interpretação, têm obtido êxito na concretização dos direitos fundamentais, com preservação dos princípios da democracia e da separação dos poderes? Existem limites precisos para orientar o trabalho interpretativo do julgador em âmbito de jurisdição constitucional, de forma a legitimar suas decisões e evitar leituras abusivas sobre os casos que lhe são submetidos? Quais os fatores capazes de levar a eventuais práticas ativistas pelo STF?

O objetivo da pesquisa é o de analisar as contraposições entre as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, no sentido de se apontar caminhos para uma interpretação constitucional que esteja condizente com a democracia e a separação dos poderes e que possa levar, de fato, à efetivação dos direitos fundamentais, em distanciamento das práticas abusivas/ativistas decorrentes de uma expansão desmedida da atuação da corte constitucional brasileira.

Para tanto, é utilizada a pesquisa bibliográfica, baseada em obras de filósofos e autores renomados, como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Lenio Luiz Streck, Menelick de Carvalho Netto, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Paulo Bonavides, além de artigos de revistas especializadas, em meio impresso e eletrônico.

Vale ressaltar que a pesquisa reveste-se de essencial importância no cenário jurídico, político e social do Brasil, primeiramente, porque o tema é persistente, visto que não há um consenso sobre a legitimidade da corte constitucional brasileira em termos de interpretação de diversos casos que envolvam direitos fundamentais. Ademais, as

decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito brasileiro.

2 A interpretação constitucional: dos elementos tradicionais aos novos paradigmas

A chamada nova interpretação constitucional emerge em um cenário de profundas transformações nos ideários de cunho teórico, filosófico e ideológico do Direito, decorrentes do fracasso e insuficiência dos preceitos do positivismo e a consequente ascensão do neopositivismo.

Neopositivismo ou pós-positivismo é a designação de um ideário difuso que abarca ideias de justiça além da lei, igualdade material mínima, elementos estes inseridos em uma teoria crítica desenvolvida ao lado da teoria dos direitos fundamentais e, também, da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, inerentes à nova hermenêutica. Essa nova teoria jurídica se apresenta, de certa forma, como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas. Com a visão neopositivista vem à tona a razão prática, a justiça e a legitimação democrática, indo além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto[2].

O pensamento neopositivista influenciou, também, uma mudança de paradigma no Direito Constitucional, a partir de uma ruptura do conhecimento tradicional. Neste cenário, Barroso[3] aponta três aspectos essenciais que levaram à redefinição do Direito Constitucional contemporâneo: o reconhecimento de força normativa à Constituição, ou seja, a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica (na Europa, até a metade do séc. XX, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos e, no Brasil, coube à Constituição de 1988 romper tal paradigma); o fortalecimento e expansão da jurisdição constitucional, lembrando que antes de 1945, na maior parte da Europa vigorava um modelo de supremacia do Poder Legislativo, mas, no final dos anos 40, a onda constitucional trouxe, além de novas constituições, um modelo inspirado na prática americana, o da supremacia da Constituição (lembrando que no Brasil, foi também a Constituição de 1988 que abriu portas para esta nova visão); o surgimento de novos parâmetros dogmáticos para a interpretação constitucional.

É o cenário do chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo que, de acordo com Bulos[4], "nada mais é do que um rótulo criado para designar a evolução da cultura jurídica contemporânea". Salienta-se a preferência de Streck[5] pela terminologia Constitucionalismo Contemporâneo, denotando o movimento que deu origem às Constituições e que ainda se coloca no cenário atual. Ademais, trata-se de um processo de continuidade das novas conquistas advindas do período após a Segunda Guerra e que passam a compor a estrutura do Estado Constitucional.

Bulos[6] também aponta que, além de adquirir robustecimento pelas ideias do pós-positivismo, o neoconstitucionalismo é marcado pela jurisprudencialização do saber constitucional e por um conjunto de direitos fundamentais que refletem as concordâncias, as angústias e as expectativas de uma sociedade mais justa e igualitária, consagrando, inclusive, mecanismos de proteção das liberdades públicas, somados aos instrumentos de defesa da própria Constituição.

Para que se possa propiciar melhor compreensão do alcance das mudanças de paradigmas na interpretação constitucional, em especial, no que diz respeito aos direitos fundamentais, faz-se necessária uma breve incursão nos aspectos conceituais do instituto, bem como algumas noções gerais sobre o modelo de interpretação constitucional tradicional.

---

[2] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[3] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[4] LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[5] STRECK, L.L. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. rev, mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

[6] LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Interpretar determinado preceito da Constituição, nos ensinamentos de Mendes[7], é dele se extrair uma norma, que pode ser um dever, uma proibição ou uma faculdade, com vistas à solução de um problema prático. Atribuir sentido a tal preceito é atividade marcada por diversos efeitos sobre a ordem jurídica e o quotidiano dos sujeitos sociais. Esta atividade, que objetiva descobrir o sentido das normas constitucionais, proclamando valores a serem protegidos, seguidos e fomentados pelos poderes constituídos e, também, pela sociedade, assume papel fulcral para a vida social e para a definição do Direito.

A visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação[8].

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma**.**

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Houve, então, a necessidade de se pensar em novos paradigmas de hermenêutica capazes de lidar de forma adequada com as questões contemporâneas. Barroso[9] ilustra bem este cenário: "a nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural".

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste cenário, Barroso[10] leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição. Cabe uma análise sucinta de cada um deles, em razão de sua essencialidade no novo formato de interpretação da Constituição.

A superação do formalismo jurídico, ainda segundo Barroso[11] ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição. O autor aponta, também, outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento. Existem três situações que levam aos casos difíceis: a) ambiguidade da linguagem, ou seja, termos com múltiplos significados ou indeterminados, que só podem ser definidos junto ao caso concreto, como, por exemplo: servidor público, relevância e urgência; interesse social; b) desacordos morais razoáveis, típicos das sociedades plurais e complexas, nas quais se pensa de maneira diferente sobre temas moralmente

---

[7] MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

[8] PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Decimocuarta ediciòn. Madrid: Marcial Pons, 2014.

[9] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 334.

[10] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[11] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

controvertidos, como eutanásia, descriminalização das drogas leves; c) conflitos de normas constitucionais ou de direitos fundamentais, o que pode acarretar tensões.

Por fim, pode-se dizer que com as modificações dos fundamentos do movimento constitucionalista, relacionadas ao neopositivismo, os novos padrões hermenêuticos trouxeram profundas transformações na atuação do jurista e, consequentemente, na efetividade jurídica do texto constitucional. Em especial no Brasil, a questão vem tomando corpo e fomentando acirradas discussões sobre a maneira como esses novos parâmetros de interpretação devem ser praticados, de forma a se evitar leituras abusivas por parte do Poder Judiciário, o que colocaria em risco a concretização dos direitos fundamentais, o princípio democrático, o da separação dos poderes e a essência do próprio direito.

3 A Interpretação dos direitos fundamentais no âmbito da jurisdição constitucional brasileira: um diálogo entre Alexy e Dworkin

Não resta dúvida sobre o quão árdua é a tarefa do intérprete diante dos novos paradigmas de interpretação. Mais ainda, em virtude do ensejo de proteção e concretização dos direitos fundamentais. Por esta razão, abre-se tópico especialmente dedicado à interpretação de tais preceitos, fulcrais no cenário do Estado Democrático de Direito.

Dada a sua essencialidade enquanto instrumento maior de limitação ao poder do Estado, Bonavides[12] acredita no surgimento de uma teoria hermenêutica mais restrita, voltada, especialmente, à interpretação dos direitos fundamentais. É visto que a interpretação destes se reveste de características especiais decorrentes da singularidade de sua problemática. Assim como as normas constitucionais de conteúdo mais amplo, aquelas definidoras de direitos fundamentais requerem vias de interpretação que transcendem os métodos clássicos. Contudo, há de se lembrar que, entre a interpretação constitucional e a dos direitos fundamentais, existe um vínculo estreito, servindo os princípios que regem aquela ao descortinamento do significado das normas definidoras desses direitos.

Ressalta-se que não é possível mais transferir validamente os problemas de uma sociedade para os textos, vez que mudanças constitucionais profundas têm sido verificadas no decorrer da história do constitucionalismo em virtude das alterações na gramática das práticas sociais e, sendo assim, emerge a necessidade da ressignificação dos próprios direitos fundamentais[13]. Neste cenário, Dworkin[14] acrescenta que o direito humano fundamental é o de ser tratado pelas instituições que detêm a autoridade com uma postura que reflita a devida consideração e respeito pela dignidade de cada um.

Mas, para que se fale em interpretação das possíveis tensões surgidas entre direitos fundamentais nos casos concretos, há de se ter como pressuposto o conhecimento de que, se por um lado, eles promovem a inclusão social, por outro e ao mesmo tempo, levam a exclusões fundamentais. Carvalho Netto[15] coloca que “este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania”

No ensejo de se encontrar caminhos viáveis para a concretização desses direitos, Bonavides[16] referencia o publicista alemão Paul Kirchhof, que desenvolveu oito teses especificamente voltadas à interpretação dos direitos fundamentais. A primeira tese refere-se à qualidade dos direitos fundamentais: direitos que se colocam a um só tempo

---

[12] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[13] CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[14] DWORKIN, R. *Is democracy possible here?* Principles for a New Political Debate. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.

[15] CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43.

[16] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

como um reservatório da liberdade e um limite ao arbítrio do Estado e configuram o Estado negativo. A segunda tese é fundada no Estado positivo, cujo dever constitucionalmente atribuído é o de tutelar os direitos fundamentais, assumindo concretamente o dever de proteger a liberdade. A terceira remete à importância do princípio da separação de poderes, vislumbrando mais interpretação nos órgãos de soberania que aplicam os direitos (Executivo e Legislativo) do que no Judiciário, uma vez que este só se move quando provocado.

Observe-se que, em relação à terceira tese, Bonavides a considera paradoxal em um particular. É certo, sim, que o Judiciário só age mediante provocação, mas é visto que o papel interpretativo da corte constitucional brasileira tem ganhado amplitude, em decorrência do fortalecimento da jurisdição constitucional na seara do neopositivismo. Ressalte-se a adesão de Bonavides ao ideário de interpretação utilizado pela corte constitucional brasileira, conforme se discutirá adiante.

A quarta tese de Kirchhof, partindo de uma dimensão histórica acerca dos direitos fundamentais, leva à noção de uma prática interpretativa cuja finalidade é a de atualizar a Constituição, tornando-a moldável à dinâmica social. Em reconhecimento à função participativa do cidadão, é delineada a quinta tese, ou seja, ao indivíduo é outorgada uma expectativa legítima de participar das organizações estatais, na administração e nos programas públicos de financiamento. A sexta tese refere-se ao papel arbitral que é desempenhado pelo Estado, tanto pela via legislativa como judicial, nas situações em que existam colisões das liberdades. A sétima pauta-se em uma interpretação dos direitos fundamentais em que a liberdade nunca deverá conceder o direito a alguém de subjugar a liberdade dos demais sujeitos sociais. Por fim, a oitava tese baseia-se no preceito da liberdade como diretriz da interpretação dos direitos fundamentais, conforme entende Bonavides[17].

Aponta-se, neste estudo, interessante entrelaçamento que pode haver entre as teses de Paul Kirchhof com a teoria de Ronald Dworkin, em especial no que tange à interpretação voltada aos casos em que existam tensões entre direitos fundamentais.

Para Dwordin[18], vive-se hoje em uma comunidade de princípios, cujos membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais, com respeito pelas diferenças. Isso significa que os direitos fundamentais – a igualdade e a liberdade reciprocamente reconhecidas a todos em uma comunidade – são compreendidos como princípios opostos e complementares entre si, capazes, por consequência, de gerar tensões. Todas as normas, até mesmo as regras, nada mais são do que densificações desses princípios. Nesse cenário, surge sua teoria interpretativa da única resposta correta: em havendo mais de uma possiblidade juridicamente defensável, decorrente de tensões, o direito sempre tem uma resposta. Durante a interpretação, deve-se buscar uma aplicação racional da norma, a partir da análise da situação individual específica, irrepetível e única sob o ponto de vista de todos os envolvidos, com vistas à garantia da integridade do direito, ou seja, a segurança de uma decisão fundada em uma norma previamente aprovada e na justiça no caso concreto.

A partir deste entendimento, pode-se dizer que o direito, enquanto um sistema de regras e princípios não se abre a um juízo discricionário, já que tem sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indica a melhor decisão a ser tomada.

Streck[19] pondera que a discricionariedade hartiana[20] tem sido reelaborada pelas teorias argumentativas como orientadora de possíveis soluções de conflitos nos *hard*

---

[17] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[18] DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

[19] STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1,mai./2013, p. 207-222.

[20] "A herança kelsiana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica" (STRECK, 2013, p. 347). Importa lembrar, neste contexto, que Kelsen entedia que nos casos em que a norma não previa com clareza a solução, poderia o juiz valer-se do seu

cases (casos difíceis, nos quais não há uma solução clara na norma). Alexy aceita plenamente a visão de Herbert Hart acerca da textura aberta do direito, porta de entrada para elementos morais ou questões de justiça no âmbito do direito.

Nessa perspectiva, Alexy entende que os casos difíceis não podem ser resolvidos por elementos exclusivos do direito, neste caso, a moral deve prevalecer na tomada de decisão. Este aspecto, entretanto, é rechaçado por Dworkin[21], no sentido de que, para ele, o conteúdo moral do Direito não o transforma em Moral. O Direito continua a operar como tal, de forma que sua aplicação possa se dar dentro de um patamar de segurança jurídica, sem dar abertura a pretensões abusivas.

Neste mesmo sentido, pontua-se que o Direito é um conceito de interpretação emanado pelas instituições jurídicas e que, conforme explica Streck[22] "as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador".

Observe-se, portanto, que há uma repulsa por Dworkin e Streck à discricionariedade judicial, aliada à teoria da argumentação alexyana, na medida em que tal ideário levaria a uma subjetividade de julgamento incompatível com o princípio democrático e o da separação dos poderes. Seria o judiciário assumindo o papel legislativo. Na verdade, no Brasil, a prática interpretativa em âmbito da jurisdição constitucional tem demonstrado que o Supremo Tribunal Federal vem incorporando a teoria da argumentação alexyana. Os ministros do STF, como Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, em especial, traçam todo um contexto de nova interpretação constitucional, baseado na teoria de Alexy.

Para iniciar, Barroso[23] ratifica as lições de Alexy sobre a superação da separação entre Direito e Moral, alegando que quando a norma não fornece a resposta, é necessário que o Direito se aproxime da filosofia moral. Como consequência do neopositivismo, a lei não perde sua importância, mas o Direito não cabe mais integralmente na norma jurídica, o valor justiça está além dela.

Corroborando com este pensamento, Mendes[24] enfatiza que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências. Para o autor, "as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais".

Barroso[25] acredita que a nova hermenêutica jurídica incorpora todo um novo modelo, destinado justamente a lidar com casos complexos de uma sociedade cada vez mais dinâmica. Trata-se da normatividade dos princípios, do ajustamento das colisões de normas constitucionais e da ponderação e argumentação jurídica. A norma não possui normatividade suficiente até que seja integrada pelos fatos, o problema torna-se parte da norma e o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito relacionado ao caso concreto. Sua pré-compreensão, seus valores ganham importância. A norma é produzida, portanto, a partir do caso concreto.

---

convencimento/discricionariedade para resolver a questão. Este posicionamento leva à reflexão acerca da existência de critérios concretos para avaliação da legitimidade dessas decisões.

[21] DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

[22] STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1,mai./2013, p. 264.

[23] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[24] MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

[25] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ainda nas palavras de Barroso[26], assume papel de importância na prática interpretativa a ponderação ou sopesamento, que na tradição alemã, consiste em um aspecto do princípio da proporcionalidade. Para Alexy[27], a ponderação envolve a busca da solução ótima quando se depara com princípios concorrentes e o princípio da proporcionalidade é a chave para que se possa resolver a ponderação.

Tratando com mais detalhes sobre a ponderação proposta por Alexy, Barroso[28] explica que é uma técnica interpretativa para dirimir conflito de normas constitucionais, mormente sobre direitos fundamentais. Exerce-se mediante concessões recíprocas, sendo realizada em três etapas: a) identificam-se as normas relevantes aplicadas ao caso; b) identificam-se os fatos relevantes; c) testam-se as soluções possíveis para ver a que melhor se coaduna com o conjunto da Constituição.

A argumentação jurídica é outro elemento integrante dos novos paradigmas da Hermenêutica da Constituição. Tendo em vista que a regra geral que legitima a função jurisdicional é a separação de poderes – o legislativo faz as leis; o juiz não cria o direito, mas o aplica de acordo com as regras do representante que criou o direito - na hipótese de o juiz como coparticipante do processo de criação da norma, a legitimação da sua atuação não pode se fundar somente na separação dos poderes, pelo fato de ele estar criando o direito sem o batismo da representação popular. Eis a importância da argumentação jurídica. Mais do que simples motivação da decisão, consiste na demonstração da racionalidade, da justiça e da correção da decisão. O juiz precisa explicitar o itinerário que ele percorreu, por qual razão considerou aquela decisão mais adequada, tem que convencer o máximo de pessoas possível de que aquela era a solução justa para o caso concreto[29].

Streck, em explicação da visão dworkiniana, pontua para uma interpretação que venha a convergir no direito como integridade, buscando trazer elementos capazes de condicionar o processo decisório, na defesa de argumentos de princípios que sejam aplicados de maneira coerente, segundo prática jurídica, ou seja, uma aplicação condizente com a racionalidade jurídica. “Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual a diferença entre o intérprete ponderador e o interprete do positivismo, que, discricionariamente escolhe qual a melhor interpretação?”[30]. Isso significa, portanto, que a prática de interpretação brasileira, baseada na teoria da argumentação jurídica de Alexy, nada mais representa do que um retorno ao decisionismo kelsiano.

Percebe-se que a jurisdição constitucional tem se investido de uma forma mais proativa, acarretando tensões, em especial, com o Poder Legislativo, ferindo, inclusive, o princípio democrático. Veja-se, se o juiz se torna coparticipante do processo de criação da norma, precipuamente no controle de constitucionalidade das leis - sua atribuição principal conferida pela Constituição no *caput* do artigo 102 da Constituição Federal[31], este agir pode ser confundido com invasão de poder, ou seja, com ativismo, o que torna este novo paradigma de interpretação questionável quanto aos seus limites.

A título de exemplo do perfil ativista que o Supremo Tribunal Federal tem assumido, destaca-se, neste artigo, um caso particular e bastante recente: a decisão polêmica proferida em 17 de fevereiro de 2016, no Habeas Corpus n. 126292, quando o Plenário, mudando sua jurisprudência anterior, liberou a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, quando decisões de segundo grau confirmam condenações

---

[26] MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

[27] ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[28] MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

[29] BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[30] STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1,mai./2013, p. 354.

[31] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de oututbro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015.

criminais[32]. A referida decisão, que foi julgada e confirmada em Plenário no dia 02 de setembro de 2016, contrariou, frontalmente, o preceito constitucional insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"[33].

Reforçando este entendimento, Luchete[34] explica que o procurador de Justiça Rômulo de Andrade Moreira, membro do Ministério Público baiano, questionou a referida decisão na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à Organização dos Estados Americanos (OEA), alegando na petição que os membros do STF usaram a prerrogativa constitucional de intérpretes da Constituição contra o princípio democrático.

Para Grau[35], com esta decisão, o STF, além de contrariar uma cláusula pétrea da Constituição, nega, inclusive, o exercício de direitos políticos a quem tenha sido condenado não ainda na última instância. Para ele, o direito positivo brasileiro tem sido reescrito pelos juízes, que, inclusive, além de exercer o controle da constitucionalidade e da razoabilidade das leis, acaba cedendo à pressão da opinião pública, quando deveria se ater aos aspectos jurídicos que envolvem o caso concreto. Em suas palavras: "não se bastam em controlar a constitucionalidade das leis e, quando lhes parece que elas não são conformes a razoabilidade, negam-se a aplicá-las!"[36].

Percebe-se a grande importância do tema no atual cenário jurídico brasileiro. Limites precisos precisam ser estabelecidos para que a jurisdição constitucional não extrapole os poderes de intérprete conferidos a ela pela Constituição Federal e mais, não invada a esfera de competência do Poder Legislativo, preservando, desta forma, o estado democrático de direito.

4 Possíveis causas do ativismo judicial e limites a uma leitura abusiva da interpretação das normas constitucionais

É fato que a política e o direito mantêm estreita relação. Contudo, não se pode admitir que uma corte constitucional, ainda que tenha seus membros nomeados pelo Chefe do Executivo, permita que seus julgados tenham cunho político, quando, ao contrário, precisam derivar de uma conjectura jurídica. Aparentemente, os novos paradigmas interpretativos decorrentes da visão neopositivista, em conjunto com uma noção ainda política, que não se desgarrou da prática da jurisdição constitucional brasileira, são as causas primeiras que levam à distorção nas soluções de conflitos entre normas constitucionais, levando ao ativismo judicial.

Tavares[37] reforça esta ideia quando ensina que a Constituição é um documento de normas e não um texto político. Segundo ele, por mais que a Corte Constitucional seja provocada a decidir questões de conotação política, sua decisão deverá se dar por meio de critérios e métodos jurídicos.

Ademais, o simples fato de o legislador e o tribunal constitucional estarem ligados às normas processuais, não significa que exista uma equiparação concorrente entre eles. Isso porque os argumentos que legitimam as decisões judiciais devem ser extraídos da Constituição, na perspectiva da aplicação do direito, e não na do legislador. Não deve,

---

[32] *LUCHETE, F. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. Revista Consultor Jurídico, 26 de fevereiro de 2016. Boletim de notícias. Disponível em: <**http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada**>. Acessado em: 28/02/2016.*

[33] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de oututbro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015, p. 15.

[34] *LUCHETE, F. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. Revista Consultor Jurídico, 26 de fevereiro de 2016. Boletim de notícias. Disponível em: <**http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada**>. Acessado em: 28/02/2016.*

[35] GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014.

[36] GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014, p. 38.

[37] RAMOS TAVARES, A. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

portanto, no entender de Habermas, o julgador agir de forma a configurar uma legislação implícita, na medida em que tal prática torna-se ativista[38].

Aliado aos fatores já expostos, o chamado presidencialismo de coalizão, conforme explica Streck[39] emerge como mais um fator capaz de levar às práticas ativistas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que as dificuldades encontradas pelo governo em termos de governabilidade, no sentido de constituir uma maioria no Congresso Nacional, acabam por fortalecer a instabilidade política. Desta forma, questões relacionadas ao mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabam sendo levadas ao crivo do Poder Judiciário. Como consequência, em razão da inércia dos outros poderes, a atividade jurisdicional se fortalece e as decisões acabam sendo baseadas em argumentos de política.

Pois bem, tratar das possíveis causas das práticas ativistas no âmbito da jurisdição constitucional brasileira não é tão complexo como pontuar os limites para esta atuação lesiva aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ora, na medida em que a discricionariedade é regra nas decisões do STF, difícil imaginar como isso não levaria à arbitrariedade. Há de se propor uma interpretação pautada nos ensinamentos de Dworkin, no sentido de uma racionalidade jurídica, ou seja, de se proferir decisões que reconheçam os direitos efetivamente, não criá-los com base em argumentos de natureza subjetiva ou política, impondo-se como limites os princípios da democracia e da separação dos poderes. Tal pensamento entrelaça-se com o ideal procedimentalista de Habermas, no sentido de orientar a ação do juiz a fim de se resguardar a segurança jurídica das decisões.

Possivelmente, o fortalecimento da atuação legislativa no cenário de uma sociedade plural, em que se requer uma constante reflexão sobre o direito como instrumento de atendimento às demandas sociais, com vistas ao fortalecimento e concretização dos direitos fundamentais, seria um fator determinante para evitar uma judicialização excessiva das relações políticas e sociais. É fulcral que o Poder Legislativo tenha consciência do seu papel de órgão fixador das normas jurídicas, e mais, não pode mais a atuação legislativa colocar-se em uma postura inerte e desatenta às expectativas sociais, constantemente redesenhadas em virtude da complexidade da vida.

Sem pretensões de esgotar o tema, mesmo porque por mais que a filosofia reflita e aponte saídas para a atuação da jurisdição constitucional, a realidade brasileira demonstra resistência a tais ponderações, finaliza-se o presente artigo com as palavras do ex-ministro do STF, Eros Grau[40], acerca do tema: “Eis porque tenho medo dos juízes dos dias de hoje. Dos que decidem como Pilatos e dos neo e pós-positivistas, irrepreensivelmente ativistas judiciais, hermeneutas encantados consigo mesmos, portadores de certezas para mim inalcançáveis”.

5 Conclusão

Concluiu-se por meio da pesquisa em tela que a atuação judicial na esfera da jurisdição constitucional brasileira funda-se na teoria do discurso de Alexy e tem como diretrizes os novos parâmetros de interpretação constitucional, desenhados a partir da consolidação do neopositivismo.

A partir desses novos traços teóricos, filosóficos e ideológicos que permearam o direito a partir da segunda metade do século XX, Robert Alexy traçou um ideário de interpretação constitucional baseado na ideia de textura aberta da Constituição. Atrelado a isso, entendeu ele que, na existência de casos de difícil solução em virtude da inexistência de normas claras para dirimir tensões entre preceitos definidores de direitos fundamentais, haveria de se utilizar o princípio da proporcionalidade para resolver a ponderação, técnica segundo a qual o julgador deveria, por meio da discricionariedade, escolher a norma que melhor se adequasse ao caso concreto.

---

[38] HABERMAS, J. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, vol. 1, 2 ed. rev. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

[39] STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1,mai./2013, p. 207-222.

[40] GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? Confluências. *Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*. Vol. 16, n. 2, 2014, p. 38.

Ocorre que esta visão de uma atuação fundada na discricionariedade judicial e na ponderação de valores tem sido rebatida por vários estudiosos. Em especial, foi rechaçada por Ronald Dworkin, que, na seara de uma concepção de abertura e indeterminação estrutural do direito, estabeleceu uma teoria segundo a qual essas possíveis tensões de direitos deveriam ser dirimidas por meio de uma racionalidade jurídica, distante da discricionariedade, porque esta levaria, fatalmente, à arbitrariedade, à falta de concretude dos direitos e à lesão ao princípio da democracia e da separação dos poderes. Ou seja, durante a interpretação, deve-se buscar uma aplicação racional da norma, pois cada caso denota uma situação individual específica, única e que não se repete para ser analisada sob o ponto de vista de todos os envolvidos, com vistas à garantia da integridade do direito, ou seja, a segurança de uma decisão fundada em uma norma previamente aprovada e na justiça no caso concreto.

A teoria dworkiniana não tem sido valorizada na prática da jurisdição constitucional brasileira. Casos julgados pelo STF, em especial o que aqui se abordou como exemplo – o julgamento do HC n. 126292, em que o Plenário liberou a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado, quando decisões de segundo grau confirmam condenações criminais - demonstram uma discricionariedade latente nas decisões da Corte, o que se constitui em um risco aos preceitos do Estado Democrático de Direito, configurando uma postura inexoravelmente ativista.

Contudo, ainda que as ideias de Dworkin, enquanto diretrizes da interpretação constitucional, sejam mais coerentes, na prática, não são capazes de surtir o efeito desejado, pois não há como controlar, de maneira formal, a atuação judicial. Qualquer legislação que, porventura, venha a estabelecer limites à prática judicante, ou mesmo o fortalecimento das ações fiscalizatórias, configuraria invasão de poder e, talvez, um drástico retorno ao positivismo. Ou seja, a aplicabilidade prática da teoria de Dworkin está seriamente comprometida, ainda mais porque o Supremo Tribunal Federal já incorporou como correta a discricionariedade judicial e a ponderação de valores, conforme a perspectiva alexyana. Aparentemente, é uma visão já enraigada.

A possível saída para a celeuma pode repousar em uma atuação mais dinâmica dos poderes políticos – Legislativo e Executivo – com vistas a atender a evolução das demandas sociais, evitando assim, o alto grau de judicialização das relações sociais e políticas que são levadas à apreciação da Corte. Além disso, é preciso que os juristas brasileiros, em especial, os Ministros do Supremo Tribunal Federal voltem-se para si mesmos e reflitam sobre sua prática, em nome de uma certeza na concretização dos direitos fundamentais e do respeito à democracia. Só assim, o Direito poderá exercer seu papel em uma sociedade plural, que almeja a justiça social, pautada na segurança jurídica.

Referências

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L.R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 5 de oututbro de 1988. Organização do texto: Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2015.

LAMMEGO BULOS, U. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO NETTO, M., SCOTTI, G. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHUEIRI, V.K. Prefácio. In: *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DWORKIN, R. *Is democracy possible here?* Principles for a New Political Debate.Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRAU, E.R. Redistribuir pelo direito? Qual direito? *Confluências. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito.* Vol. 16, n. 2, 2014.

HABERMAS, J. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, vol. 1, 2 ed. rev. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

LUCHETE, F. Membro do MP vai a comissão da OEA contra prisão antes de trânsito em julgado. Revista Consultor Jurídico*, 26 de fevereiro de 2016. Boletim de notícias. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-26/membro-mp-corte-oea-prisao-antes-coisa-julgada>. Acessado em: 28/02/2016.*

MENDES, G., BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*. Decimocuarta ediciòn. Madrid: Marcial Pons, 2014. 882p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento Processual.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 02/09/2016.

STRECK, L.L. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. Ed. rev, mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, L.L. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. IDP. Ano 6, vol. 1,mai./2013.

STRECK, L.L. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis* – UERJ. Vol. 4, n. 7, 2013.

RAMOS TAVARES, A. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 243-257
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O papel da extrafiscalidade na construção das cidades sustentáveis

The role of extrafiscality in the construction of the sustainable cities

CAROLINA MERIDA[1]
RENATA DE ALMEIDA MONTEIRO[2]
Universidade de Rio Verde, Goiás (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Cidades, impactos ambientais e sustentabilidade urbana. 3. Diretrizes e instrumentos da política urbana brasileira focados na sustentabilidade. 4. O "ser" e o "poder ser" da extrafiscalidade na construção da cidade sustentável. 5. Conclusão.

Resumo: Atualmente, mais de 80% da população mundial vive nas cidades, fazendo com que questões econômicas, sociais e ambientais passem a influenciar a definição de políticas públicas urbanas. Nesse contexto, o próposito deste estudo é discutir a utilização de instrumentos tributários no combate às externalidades ambientais negativas resultantes do processo acelerado e desordenado de urbanização das cidades brasileiras. Desse modo, com amparo na Constituição Federal Brasileira de 1988 e a partir da análise das diretrizes e dos instrumentos de política urbana previstos na esfera infraconstitucional pátria, defende-se a inserção de parâmetros gerais no Estatuto das Cidades que sejam aplicáveis a todos os municípios brasileiros dispondo acerca da extrafiscalidade como mecanismo para a promoção do desenvolvimento sustentável das cidades.

Palavras-chave: Cidades. Extrafiscalidade. Incentivos fiscais. Política urbana. Sustentabilidade.

Abstract: Currently over than 80% of the world population lives in cities, making economic, social and environmental issues start to influence the definition of urban public policies. In this context, the purpose of this study is to discuss the use of tax instruments to combat negative environmental externalities resulting from accelerated and disorderly process of urbanization of cities. Thus, with the support of the Brazilian Federal Constitution of 1988 and based on the analysis of urban policy guidelines and instruments provided in the infraconstitutional sphere of the country, It is defended the insertion of general parameters in the Statute of Cities that are applicable to all the Brazilian municipalities disposing of extrafiscality as a mechanism for the promotion of the sustainable development of cities.

Keywords: Cities. Extrafiscality. *Tax incentives*. Urban Policy. *Sustainability.*

---

[1] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e em Direito Público pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UniRV - Universidade de Rio Verde/GO e Procuradora do Município de Rio Verde/GO.

[2] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO, bolsista como pesquisadora da UniRV – Universidade de Rio Verde/GO e Advogada.

1. INTRODUÇÃO

As cidades brasileiras apresentam enormes desafios ao poder público, resultados dos erros advindos da falta de planejamento e gestão permanentes, que as tornaram cidades desprovidas de infraestrutura, mobilidade, serviços, áreas verdes e equipamentos públicos necessários ao bem-estar e à sadia qualidade de vida da população.

A aceleração do processo de urbanização dos municípios brasileiros verificada com maior ênfase na segunda metade do século XX, a par de resultar em crescimento econômico intenso, findou por provocar distorções de natureza social e ambiental.

Diante de tal cenário, passou-se a exigir maior intervenção do Estado no processo de adequação das cidades e na organização do espaço urbano, num esforço para compreender os problemas da cidade, bem como para propiciar e utilizar instrumentos de política urbana capazes de promover o desenvolvimento urbano sustentável[3].

Desse modo, o presente estudo propõem-se a analisar a política de desenvolvimento urbano prevista na Lei Fundamental Brasileira, os instrumentos infraconstitucionais próprios desta, a exemplo do Estatuto das Cidades, do Plano Diretor e demais leis municipais atinentes à matéria, debruçando-se especificamente sobre o exame da aplicação de instrumentos tributários voltados à construção de cidades sustentáveis.

Cumpre registrar, oportunamente, que não se pretende buscar propostas de mudança no campo meramente ideológico, mas sim promover uma discussão concreta, baseada em projetos de lei com a finalidade de alterar o Estatuto das Cidades, os quais encontram-se em trâmite no Congresso Nacional, e que, uma vez aprovados, traçariam parâmetros gerais a todos os municípios brasileiros com o fulcro de utilizar-se a extrafiscalidade como mecanismo para a sustentabilidade urbana.

2. CIDADES, IMPACTOS AMBIENTAIS E SUSTENTABILIDADE URBANA

Com efeito, o palco onde se materializa a atividade urbanística e a vida social coletiva são as cidades. No Brasil, são considerados cidades os territórios que possuem sistema político-administrativo, com sede de governo municipal, sendo irrelevante o número de habitantes, conforme se depreende da lição abaixo:

Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A característica marcante da cidade no Brasil consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal[4].

As primeiras cidades se formaram com a necessidade humana de convivência e proteção, representavam a idealização de uma vida melhor. Segundo Rech e Rech[5]: "Todos querem estar dentro da cidade, sentir-se dignos e poder participar, [...]. Todos buscam sustentabilidade, cujo conceito deve ser construído a partir da origem da necessidade que o homem tem de se reunir em cidade".

A transformação do sonho de viver em comunidade em pesadelo ocorre com a urbanização, que é definida como o crescimento demográfico acelerado das cidades.

Nessa senda, conforme ensina Silva[6]:

A urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico. Modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana.

De fato, no Brasil da década de 1940, numerosa população proveniente de regiões carentes de investimentos ou do campo que se modernizava, abandonavam a

---

[3] Nesse passo, Freitas destaca a obrigação estatal de "*intervir, sem a costumeira omissão desproporcional, no sentido de promover a justiça ambiental*, protegendo, com igual seriedade, as gerações presentes e futuras, ambas titulares de direitos fundamentais". Cfr. FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao fututo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

[4] Cfr. SILVA, J. A. da. *Direito urbanístico brasileiro.* 7.ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 26.

[5] Cfr. RECH, A. U.; RECH, Ad. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural.* Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 18.

[6] Cfr. SILVA, J. A. da. *Direito urbanístico brasileiro.* 7.ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 27.

vida rural à procura por melhores condições de vida nas cidades, somando-se à população carente que já habitava os centros urbanos. Na década de 1990, os grandes centros urbanos estavam imersos no desamparo infantil, na violência, na poluição, nas enchentes, nos deslizamentos de encostas, no caos do tráfego e na marginalização[7].

Na construção das cidades sequer cogitava-se construir locais onde trabalhadores pudessem habitar ou recrear-se; esse público era marginalizado, excluído e por vezes considerado indigno das cidades.

Acerca dos projetos de cidades desenvolvidos no Brasil, é forçoso admitir que:

A construção das cidades na América Latina, e particularmente no Brasil, não prescindiu totalmente da inexistência de projeto urbanístico, mas sempre foi um projeto sem planejamento jurídico com normas cogentes de direito público, mas se trata de cópia de um modelo clássico, construído por particulares, sem a intervenção do Estado, para abrigar a classe dominante[8].

Ora, é cediço que o adensamento populacional nos grandes centros urbanos sem o devido planejamento urbanístico gerou impactos não apenas socioeconômicos, mas notadamente de ordem ambiental, aspecto que interessa examinarmos de forma mais detida para os fins aqui colimados.

A poluição da água e do ar, a falta de saneamento básico, a ausência de adequada coleta e destinação de resíduos sólidos industriais e domésticos, elevados índices de edificação em determinadas regiões urbanas a comprometer a permeabilidade do solo e o escoamento das águas das chuvas, deslizamentos de terra, desmatamento e ausência de áreas verdes são apenas algumas das externalidades negativas causadas pela ocupação das cidades sem planejamento sustentável, ou seja, sem continuidade e adaptabilidade; sem interação constante com as mudanças do ambiente. Em suma, sem qualquer compromisso com o futuro.

A sustentabilidade urbana é tema discutido globalmente por ambientalistas, urbanistas e governos que se dedicam a planejar as cidades. O Estatuto das Cidades, ao prever expressamente a diretriz da sustentabilidade[9], adequou-se aos objetivos globais para o desenvolvimento sustentável, mais especificamente o Objetivo 11 "Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis"[10].

Algumas das metas que determinam o conteúdo deste objetivo são: garantir acesso à habitação segura, com preço adequado e a serviços básicos, urbanizar favelas, permitir acesso a transportes seguros e sustentáveis, aumentar o planejamento e capacidade de gestão de cidades, proteger patrimônio cultural e natural do mundo; reduzir o significativamente número de mortes por catástrofes e as perdas econômicas com elas relacionadas; reduzir o impacto ambiental negativo das cidades.

No Brasil, as normativas ambiental e urbanística adquiriram envergadura a partir da edição da Política Nacional do Meio Ambiente[11] e da promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 225 (*caput)* estabeleceu que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado a todos.

No que atine especificamente à política urbana, faz-se mister consignar que a Lei Fundamental Brasileira reservou a esta capítulo próprio (Capítulo II do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), composto pelos artigos 182 e 183[12], atribuindo ao Poder Público Municipal a responsabilidade pelo planejamento e pela execução da política de desenvolvimento urbano no País, segundo diretrizes gerais que seriam estipuladas pela

---

[7] Cfr. SILVA, J. A. da. *Direito urbanístico brasileiro.* 7.ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

[8] Cfr. RECH, A. U.; RECH, Ad. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural.* Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 25.

[9] Artigo 2º, inciso I da Lei Federal nº 10.257/2001.

[10] ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo*: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015.

[11] Lei Federal nº 6.938/1981.

[12] Os quais devem ser interpretados à luz de princípios que norteiam a Ordem Econômica, tais como a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

União, com a finalidade de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes"[13].

Contudo, os artigos 182 e 183 da Constituição Brasileira vieram a ser regulamentados somente no ano de 2001, com o advento do Estatuto das Cidades, cujo objetivo é o estabelecimento de "normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o *equilíbrio ambiental*"[14].

Portanto, pode-se afirmar que o urbanismo também deve se preocupar com a preservação do meio ambiente, para que se assegure condições de vida sustentável nas cidades.

Nesse diapasão, conforme asseveram Medauar e Menezes de Almeida[15]:

A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se fortemente intrincadas e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como instrumento da política ambiental. A implantação de uma política urbana hoje não pode ignorar a questão ambiental, sobretudo nas cidades de grande porte, onde adquirem maior dimensão os problemas relativos ao meio ambiente, como por exemplo: a poluição do ar, da água, sonora e visual; lixo; ausência de áreas verdes.

Consoante restará evidenciado a seguir, a construção de cidades sustentáveis no atual contexto social, altamente complexo e integrado, requer a utilização criativa de instrumentos de política urbana.

3. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA BRASILEIRA FOCADOS NA SUSTENTABILIDADE

Por anos a ausência de diretrizes gerais de política urbana e a intangibilidade da propriedade privada, cuja competência é exclusiva da União, foi óbice à atuação municipal na ordenação das cidades. Nesse passo, a aprovação e publicação do Estatuto da Cidade representou inegável avanço em matéria urbanística, pois estabeleceu as diretrizes gerais e a forma como pode se dar a intervenção municipal na propriedade privada[16].

Consoante já exposto em linhas pretéritas, o artigo 182 da Constituição Federal confere aos munícipios a responsabilidade para executar a política de desenvolvimento urbano no Brasil, consagrando o Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e tornando-o obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, e também para aquelas que desejarem aplicar o disposto no artigo 182, §4º da Carta Magna[17].

O Estatuto das Cidades reúne princípios, instrumentos urbanísticos, tributários e jurídicos que visam garantir efetividade ao desenvolvimento da política urbana, bem como estabelece, em seu artigo 2º, as diretrizes gerais que devem orientar o poder público municipal na gestão dos municípios, dentre as quais destacam-se, para o propósito deste trabalho, as diretrizes da cidade sustentável, da ordenação e controle do solo e da proteção e preservação do meio ambiente natural e construído.

---

[13] Artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

[14] Artigo 1o, parágrafo único da Lei Federal nº 10.257/2001.

[15] Cfr. MEDAUAR, O.; MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo, RT, 2002, p. 16.

[16] Cfr. RECH, A. U.; RECH, Ad. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural.* Caxias do Sul: Educs, 2010.

[17] Art. 182, § 4º "É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais".

A diretriz da cidade sustentável[18] (art. 2º, I do Estatuto das Cidades) está estreitamente relacionada à diretriz da função social da cidade. Seu conteúdo implica em oferecer, com segurança para as gerações presentes e futuras, os direitos de habitação, circulação, trabalho, lazer, etc., pois a cidade sustentável desenvolve-se evitando a degradação total dos recursos e espaços que mantêm qualidade de vida[19].

Para Freitas[20], a sustentabilidade urbana, mais do que uma diretriz, é princípio constitucional de vinculação plena, mostrando-se incompatível com o descumprimento reiterado da função socioambiental da propriedade.

A diretriz da ordenação e controle do solo (artigo 2º, VI do Estatuto das Cidades), por seu turno, é uma das diretrizes que visam organizar e controlar o espaço urbano, com o intuito de impedir o respectivo uso inadequado. Para efetivação desta diretriz são necessários o estabelecimento de zoneamentos, assim como a edição de leis de parcelamento do solo que levem em consideração a vocação dos espaços urbanos e especificidades locais.

Com efeito, os instrumentos de zoneamento e parcelamento do solo urbano devem convergir ao projeto de construção de uma cidade sustentável.

Já a diretriz da proteção e preservação do meio ambiente natural e construído (artigo 2º, XII do Estatuto das Cidades) correlaciona-se com a sustentabilidade ambiental da cidade, orientando o administrador público a prever, corrigir e evitar os efeitos negativos do crescimento populacional ao meio ambiente.

No que tange aos instrumentos da política urbana brasileira, o artigo 4º do Estatuto das Cidades elenca os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território, bem como os de desenvolvimento econômico e social, sendo que as especificidades locais serão objeto do planejamento municipal. Afinal, a vida acontece nas cidades.

Milaré[21] destaca serem fundamentais para a gestão sustentável das cidades pelos municípios o Plano Diretor - que como vimos se trata do principal instrumento da politica urbana pátria; o zoneamento ambiental; o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Estudo do Impacto de Vizinhança (EIV); a participação popular e os benefícios e incentivos fiscais.

O Plano Diretor foi definido pelo artigo 182, §1º da Constituição Federal e é regido pelos artigos 39 a 42-B do Estatuto das Cidades. Na qualidade de instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbanas, a função de um plano diretor é "sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território municipal, visando ao bem-estar da comunidade local"[22], sendo certo que o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual do município devem absolver as diretrizes e prioridades do respectivo plano diretor.

De acordo com o disposto no artigo 42 do Estatuto das Cidades, compõe a estrutura jurídica mínima de um plano diretor: a delimitação de áreas urbanas, onde pode ser aplicado o parcelamento; a edificação ou a utilização compulsórios; disposições para exercer o direito de preempção; a outorga onerosa do direito de construir acima do coeficiente básico; operações urbanas consorciadas; transferências do direito de construir; e sistemas de acompanhamento e controle.

Ocorre que além do conteúdo mínimo estipulado no Estatuto das Cidades, o Plano Diretor poderá adotar ou reconhecer outros princípios e instrumentos relacionados ao

---

[18] "*Trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e immaterial, socialmente inclusive, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no future, o direito ao bem-estar*". Cfr. FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao fututo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

[19] Crf. RECH, A. U.; RECH, Ad. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural.* Caxias do Sul: Educs, 2010.

[20] Cfr. FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao fututo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[21] Cfr. MILARÉ, E. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: RT, 2011.

[22] Cfr. SILVA, J. A. da. *Direito urbanístico brasileiro.* 7.ed. São Paulo: Malheiros. 2012 p. 138.

interesse local, dentre os quais os mecanismos de tributação pautados na extrafiscalidade.

4. O "SER" E O "PODER SER" DA EXTRAFISCALIDADE NA CONSTRUÇÃO DA CIDADE SUSTENTÁVEL

O "SER" da extrafiscalidade diz respeito ao que se tem concretamente na estrutura jurídica atual que possibilite a interferência fiscal sobre o comportamento das pessoas, tendente a promover o desenvolvimento sustentável na esfera municipal. Este "SER" concretamente pauta-se, portanto, no ordenamento das cidades tratados pela Constituição Federal, pelo Estatuto das Cidades, Planos Diretores e Códigos Tributários Municipais.

Consoante exposto anteriormente, a política nacional de desenvolvimento urbano e o Estatuto das Cidades, ao regulamentar a elaboração do Plano Diretor, deixam de tratar sobre o planejamento de áreas verdes urbanas, áreas urbanas a serem reflorestadas e da tributação como instrumento voltado ao desenvolvimento sustentável na órbita municipal.

No Estatuto das Cidades verificam-se, de um lado, diretrizes gerais amoldadas à preservação, proteção e recuperação do meio ambiente natural e construído e, de outro lado, instrumentos passíveis de utilização para o alcance das diretrizes gerais, dentre os quais, o Plano Diretor, que, minimamente, deve atender ao disposto no art. 42 da Lei nº 10.257/2001.

Quanto aos instrumentos tributários e financeiros de política urbana, o art. 4º, inciso IV, da Lei nº 10.257/2001, arrola o IPTU (Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana), a contribuição de melhoria e os incentivos e benefícios fiscais e financeiros. O art. 47, por sua vez, determina que tributos e tarifas devem ser diferenciados em razão do interesse social. Nas palavras de Dallari[23]:

O que se tem aí é a indicação de dois tributos e um instrumento de política financeira. Obviamente, portanto, tal relação não é exaustiva, pois existem outros tributos municipais e outros instrumentos de política financeira. O que o legislador talvez tenha pretendido é dar destaque ao que foi referido – o que, deveras, tem uma certa razão de ser pois o IPTU é o principal instrumento de arrecadação tributária do Município, a contribuição de melhoria é um tributo que precisa ser mais acionado e os incentivos e benefícios fiscais são os mais óbvios instrumentos de política tributária.

Quanto ao IPTU, a fixação de sua alíquota sempre repercutirá significativamente no montante da arrecadação tributária e sempre, também, será um instrumento de política tributária ligada ao desenvolvimento urbano, pois sempre servirá como instrumento de promoção do adequado nível de ocupação do solo e adensamento populacional.

Assim, se o Estatuto das Cidades, como regramento geral a ser seguido pelos Municípios, não ordena que áreas verdes sejam mantidas, preservadas ou recuperadas, nem impele que a tributação seja utilizada como instrumento voltado ao desenvolvimento sustentável, tais preceitos passam a ser facultativos e incluídos no âmbito dos "interesses locais".

Fica, portanto, a critério de cada Município estabelecer a forma como irá utilizar de sua competência legislativa em matéria tributária através da extrafiscalidade para incentivar os proprietários de imóveis a adotarem comportamentos sociais que se afinem com os objetivos de sua política urbana[24].

---

[23] Cfr. DALLARI, A. A. *Instrumentos da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014, p. 81 e 82.

[24] Cfr. COSTA, R. H. *Instrumentos Tributários para a Implantação da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

Para o cumprimento de suas funções, o Estado tem a seu dispor o poder constitucional de instituir tributos, porém, a tributação não deve ser considerada como um fim em si, mas um instrumento para o atingimento de certos objetivos[25].

A tributação possui grande influência sobre a economia do país, de modo que, se não estiver em sintonia com os princípios constitucionais, poderá se tornar obstáculo ao crescimento econômico. Ademais, o Sistema Constitucional Tributário deve estar em harmonia com o ordenamento econômico e financeiro e suas respectivas metas de desenvolvimento nacional ao visar a satisfação das necessidades da população e o desenvolvimento econômico e social de maneira sustentável[26].

Por meio desta intervenção; o Estado procura persuadir os agentes econômicos a assumirem comportamentos que não se mostrariam sem os estímulos por ela impelidos[27].

No âmbito de atuação dos Municípios, a Constituição Federal previu o uso da extrafiscalidade como mecanismo voltado ao cumprimento da função social da propriedade urbana através do art. 182, §4º, II, que autoriza a instituição do IPTU progressivo no tempo, como meio de punir o proprietário que não promova o adequado cumprimento da função social da propriedade. Para Costa[28]:

Tal dispositivo constitucional faculta ao Poder Público Municipal, "mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos de lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de" parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e, se tais expedientes não forem suficientes para compelir o proprietário à realização daquele fim, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Para Faria[29]:

A progressividade temporal é uma "penalização" ao proprietário/contribuinte quenão dá a sua propriedade a devida função social. A utilização do IPTU progressivo no tempoocorrerá, somente, quando já tiver sido imposta a obrigatoriedade de parcelamento ou edificação compulsória do solo urbano.

Apesar da possibilidade de uso da progressividade do IPTU no tempo como mecanismo para coibir o não cumprimento da função social da propriedade urbana, não há previsão, seja na ordem constitucional, seja no regramento geral das cidades, que determine o cumprimento da função ambiental da propriedade urbana.

Então, quando a Lei nº 10.257/2001 destaca os instrumentos tributários e financeiros, isto deve ser enxergado como um contraponto à progressividade do IPTU, podendo o município munir-se do aumento ou da diminuição tributária como um instrumento de atuação urbanística[30].

Ante essa realidade, o "SER" da extrafiscalidade tem-se revelado através do "IPTU Verde", que consiste no incentivo tributário através da redução de alíquotas ou pela concessão de isenções, desde que atendidas práticas sustentáveis na ocupação

---

[25] Cfr. LUKIC, M. R. *Instrumentos Jurídicos para a Implementação do Desenvolvimento Sustentável.* Fundação Getúlio Vargas, 2012.

[26] Cfr. RIBEIRO, M. de F.; MAIDANA, A. P. D. F. *A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social***.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011.

[27] Cfr. RIBAS, L. M. L. R. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental.* São Paulo: Malheiros. 2005.

[28] Cfr. COSTA, R. H. *Instrumentos Tributários para a Implantação da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014, p. 113.

[29] Cfr. FARIA, A. L. S. *IPTU Sustentável*. 2016, p. 17.

[30] Cfr. DALLARI, A. A. *Instrumentos da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

urbana das cidades pelos munícipes. Nesse sentido, Dantas, Ferrúa, Freitas, Schmitt e Souza[31] destacam que:

Um ótimo exemplo dessa política é o chamado IPTU Verde, ou IPTU Ecológico, quevem sendo implantado em diversos Municípios do país. Essa política se traduz em uma medidaque concede descontos no imposto aos projetos que contemplem construções queadotem técnicas ou materiais mais sustentáveis ou até mesmo aos particulares que de algumamaneira contribuam para a redução dos impactos ambientais.

O "IPTU Verde" é atualmente referenciado por 23 (vinte e três) Municípios Brasileiros, quais sejam: São Bernardo do Campo - SP; Ubatuba - SP; Tietê – SP; Guarulhos - SP; São Carlos – SP; Barretos - SP; Campos do Jordão - SP; Americana - SP; Araraquara - SP; Sorocaba - SP; São Vicente - SP; Valinhos- SP; Rio de Janeiro - RJ; Seropédica - RJ; Ipatinga - MG; Araxá - RJ; Salvador - BA; Goiânia - GO; Curitiba - PR; Campo Largo - PR; Lajeado - RS; Florianópolis - SC; e Camboriú - SC[32].

De maneira geral, essas leis preveem a possibilidade de concessão de benefícios fiscais aos proprietários que mantenham algum tipo de vegetação em seu imóvel; que adotem tecnologias sustentáveis na edificação; ou que pratiquem ações tendentes a reduzir rejeitos sólidos.

Quanto aos benefícios fiscais concedidos pela manutenção de área verde imóvel, tem-se que a Lei nº 6.091/2010 de São Bernardo do Campo - SP, em seu art. 2º, concede desconto de até 80% para as propriedades recobertas por vegetação, sendo que o abatimento é proporcional à área verde do imóvel.

O Município de Tietê - SP concede reduções que variam entre 22 e 100% do IPTU aos proprietários de imóveis que possuam cobertura florestal no terreno (Anexo I da Lei nº 3.087/2009). Com semelhante sistemática, Valinhos determina descontos que variam entre 20, 30 ou 45% no valor do IPTU para os imóveis que possuam certa porcentagem de área de seus terrenos contendo arborização natural ou reflorestada (art. 131, §3º, Lei nº 3.915/2005).

A cidade de Americana - SP aplica redução de até 20% do IPTU aos imóveis urbanos edificados, de uso residencial, dotados de áreas verdes descobertas e com solos permeáveis no pavimento térreo (art. 2º, Lei nº 4.448/2007).

Em São Carlos - SP, descontos de até 2% (dois por cento) no IPTU são concedidos para proprietários que plantarem árvores em frente aos imóveis horizontais ou construírem área permeável no perímetro de seu terreno (arts. 44 e 45, Lei nº 13.692/2005).

Campos do Jordão - SP, prevê desconto no IPTU de até 50% as propriedades com terreno superior a cinco mil metros quadrados, dotadas de florestas naturais perfeitamente tratadas e conservadas, ou que sejam reflorestadas, ou ainda, aos imóveis que mantenham pomares e jardins igualmente tratados e conservados(art. 1º, Lei nº 3.157/2008).

O Município de Araraquara - SP oferecedesconto de até 40% no IPTU para propriedades urbanas acima de 2 mil metros quadrados de área total e que conservem no mínimo 30% de área verde com vegetação arbórea nativa ou declarada de preservação permanente (art. 3º, Lei 7.152/2009).

Curitiba - PR, estabeleceu benefícios fiscais que podem variar entre 10 e 50% no IPTU por araucárias plantadas ou até mesmo de 100% no caso de bosque(Anexo II, Lei nº 9.806/2000)

Os Municípios de Campo Largo - PR (Lei Municipal nº 1.814/2005, arts. 43 e 44) e de Lajeado - RS (Lei nº 5.840/1996, art. 65), também estabelecem critérios para a concessão de redução no IPTU através da manutenção de áreas verdes nos imóveis.

---

[31] Cfr. DANTAS, M. B.; FERRÚA, L.; FREITAS, M. D. G. de; SCHMITT, G. B.; SOUZA, G. B. *Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável*. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015, p. 33.

[32] Cfr. DANTAS, M. B.; FERRÚA, L.; FREITAS, M. D. G. de; SCHMITT, G. B.; SOUZA, G. B. *Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável*. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015.

Por fim, destaca-se a Lei nº 691/1984, que trata do Código Tributário Municipal do Rio de Janeiro - RJ, que através de seu art. 61[33], concede isenção do IPTU para imóveis que atendam a algumas condições de preservação ambiental, conforme segue:

Art. 61. Estão isentos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana:

I - os imóveis de interesse histórico, cultural ou ecológico, ou de preservação paisagística e ambiental, assim reconhecidos pelo órgão municipal competente, com observância da legislação específica, respeitadas as características do prédio;

(...)

V - as áreas que constituam reserva florestal, definidas pelo poder público, e as áreas com mais de 10.000 m² (dez mil metros quadrados) efetivamente ocupadas por florestas;

Em todas as normas trazidas, destaca-se a materialização da extrafiscalidade do IPTU como mecanismo para o cumprimento da função ambiental da propriedade urbana, contudo, chama a atenção a restrita aplicabilidade da norma em alguns dos casos citados, já que uma propriedade urbana, grande o suficiente para abrigar um bosque ou que alcancemetragem que perfaça 2.000 (dois mil), 5.000 (cinco mil) ou mesmo 10.000 m² (dez mil metros quadrados) afeta parcela mínima da população; a de alta renda.

O Relatório sobre a Distribuição da Renda e da Riqueza da População Brasileira divulgado em setembro de 2016 pela Secretaria de Política Econômica, baseado nas declarações do imposto de renda das pessoas físicas no período de 2007 a 2013,concluiu que a apropriação da riqueza, assim definida como a posse de bens e direitos subtraída dos valores declarados com ônus e dívidas, apenas 8,4% dos declarantes possuem 59,4% do total de bens e direitos líquidos[34]. Deste modo, somente os 8,4% da população de alta renda seria afetada pela redução no IPTU.

Quanto à adoção de tecnologias sustentáveis, os Municípios de Ubatuba – SP (Lei nº 3.501/2012, art. 1º e 2º) e Ipatinga – MG (Lei nº 2.646/2009, art. 5º) autorizam redução do IPTU para contribuintes que utilizam tecnologias sustentáveis no edifício e/ou que mantenham área permeável no lote, dentre outras ações.

Em Guarulhos - SP, a Lei nº 6.793/2011 (arts. 60 a 63) utilizou como critérios para redução do IPTU metodologia que inclui, dentre outros: critérios de acessibilidade nas calçadas; arborização; construção de áreas permeáveis; sistemas de captação e reutilização de água; uso de sistema de aquecimento hidráulico solar; edificação com materiais sustentáveis; utilização de mecanismos alternativos de produção de energia; adoção de vegetação em cima de telhados (telhado vivo ou ecotelhado); e, para condomínios horizontais e verticais, estabelece critérios de benefício na separação de resíduos sólidos e manutenção de áreas verdes.

Cada medida implementada garante ao proprietário descontos do IPTU que variam entre 2 e 20%.

Com os mesmos traços característicos, Goiânia - GO, adotou a dinâmica do benefício amparado por medidas sustentáveis por meio da Lei Complementar nº 235/2012. Seu art. 2º, traça os percentuais e critérios para a concessão do benefício[35]:

Art. 2º Os benefícios tributários serão concedidos em forma de descontos no Imposto Predial e Territorial Urbano/IPTU, nos seguintes percentuais e de acordo com as respectivas ações:

I - captação e reutilização de águas pluviais ou oriundas de outras fontes – 3,0% (três por cento);

II - sistema de aquecimento hidráulico solar – 2,0% (dois por cento);

III - sistema de aquecimento elétrico solar – 2,0% (dois por cento);

IV - construção de calçadas ecológicas – 3,0% (três por cento);

---

[33] RIO DE JANEIRO. *Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984.* Aprova o Código Tributário do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências.

[34] BRASIL. Secretaria de Política Econômica. *Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira.* 2016.

[35] GOIÂNIA. *Lei Complementar nº 235, de 28 de dezembro de 2012*. Institui o Programa IPTU Verde no Município de Goiânia.

V - arborização no calçamento – 3,0% (três por cento);

VI - permeabilidade do solo com cobertura vegetal – 2,0% (dois por cento);

VII - participação da coleta seletiva de resíduos sólidos em condomínios – 3,0% (três por cento);

VIII - construções com material sustentável – 3,0% (três por cento);

IX - instalação de telhado verde, em todos os telhados disponíveis no imóvel para esse tipo de cobertura - 3,0% (três por cento);

X - sistema de utilização de energia eólica – 3,0% (três por cento).

A concessão do benefício é condicionada ao cumprimento de ao menos duas das ações elencadas pelo artigo 2º e tem como limite máximo de desconto o valor equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o IPTU lançado anualmente, pelo período máximo de 5 (cinco) anos (art. 5º).

Os Municípios de Florianópolis – SC (Lei Complementar nº 07/1997, art. 244, §1º) e Camboriú - SC (Lei nº 2.544/2013, art. 4º) oferecem redução de até 5 e 6%, respectivamente, para os proprietários que adotarem critérios de uso sustentável do imóvel, como a captação de águas pluviais e sistemas para a reutilização de água, dentre outras ações.

Já as Leis Municipais de São Vicente – SP (LC nº 634/2010, art. 2º, parágrafo único), Seropédica – RJ (Lei nº 634/2010, art. 186, parágrafo único), Araxá – MG (Lei nº 6.554/2013, art. 1º) e Salvador – BA (Lei nº 8.474/2013, arts. 5º e 6º), adotaram critérios para redução do IPTU que incluem a diminuição no consumo de água, a redução do consumo de energia elétrica, o aumento de área permeável, o aproveitamento energético solar, a instalação de sistema de reuso de água, dentre outros. Os descontos variam de acordo com cada lei.

Quanto a implementação de mecanismos voltados a redução e tratamento de resíduos sólidos, Barretos, pela a Lei Complementar nº 122/2009 em seu art. 2º, concededesconto de até 10% no IPTU, desde que os contribuintes dos imóveis beneficiários participem da coleta seletiva de materiais recicláveis por meio do programa “Lixo que não é lixo”, em empreendimentos residenciais/comerciais e naqueles prestadores de serviços industriais ou de uso misto do município. Além disso, ainda prevê a manutenção de horta que ocupe, no mínimo, 60%da área total do terreno não edificado, bem como o plantio de, ao menos uma árvore na calçada, devendo o terreno ser mantido sempre limpo e roçado.

A concessão de reduções no IPTU nos Municípios citados, contribuipara uma melhor qualidade de vida nas áreas urbanas através do mecanismo da extrafiscalidade tributária. Contudo, sem tentar desmerecer as iniciativas, somadas as leis que regulamentam o “IPTU Verde”, tem-se um total de 23 (vinte e três); somatória tímida ante os5.561 (cinco mil quinhentos e sessenta e um) municípios existentes no Brasil, segundo dados do IBGE[36].

Mesmo considerando queesta somatória de municípios é passível de ampliação a cada ano, devido a dinâmica legislativa municipal, longe ainda de ser este acanhadouniverso passível de destaque como umverdadeiro avanço no campo do desenvolvimento sustentável na órbita municipal.

O ideal, então, seria a previsão por regramento geral que vinculasse todos os 5.561 (cinco mil quinhentos e sessenta e um) municípios existentes no país e que determinasse como critério para a tributação municipal, o efetivo cumprimento da função ambiental dos imóveis, ademais a função social já prevista no Estatuto das Cidades.

O “PODER SER”, então, mostra-se como tudo aquilo que nos desperta para a inovação legislativa de forma mais impositiva voltada para o desenvolvimento sustentável, mas não isoladamente, por um ou outro município, mas de forma geral e para o Brasil como um todo. Para isto, contudo, avanços constitucionais e no Estatuto das Cidades mostram-se necessários, já que quando se trata de tributação, quem dita os caminhos para o exercício da competência tributária é a Constituição Federal e, quando se trata da gestão das cidades, é o Estatuto das Cidades quem determina o modo como operar.

---

[36] IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Indicadores Sociais Municipais.* 2000.

O ponto mais sensível para o impulsionamento da tratativa das cidades sustentáveis através de instrumentos tributários encontra-se na temática relacionada ao ordenamento das cidades.

Ratifica-se, então, que no âmbito do ordenamento das cidades (Lei nº 10.257/2001), o art. 42 elenca os requisitos mínimos que devem ser trazidos pelos Planos Diretores dos Municípios. Já o art. 47, determina que os tributos e as tarifas devem ser diferenciados em razão do interesse social.

Diante disso, longe de buscar propostas de mudança no campo meramente ideológico, optou-se aqui por arrolar os projetos de lei já propostos e em andamento, que traçariam parâmetros gerais a todos os municípios brasileiros a utilizarem-se da extrafiscalidade como mecanismo para o desenvolvimento sustentável nas cidades.

O primeiro Projeto a ganhar destaque no presente estudo é o de nº 4.095/2012, de origem na Câmara dos Deputados, que busca alterar o Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, para acrescentar como diretriz geral da política urbana, os incentivostributários; tarifas relativas a serviços públicos urbanos; e concessão de créditos para os imóveis urbanos que contribuírem para a promoção do equilíbrio ambiental nas cidades.

Referido projeto[37] alteraria os artigos 42 e 47 da Lei nº 10.257/2001. O primeiro, que estabelece o conteúdo mínimo do plano diretor e que atualmente conta com 3 (três) incisos, que tratam da ocupação do solo urbano sem qualquer critério ambiental, passaria a ser acrescido de outros 4 (quatro) incisos, com a seguinte redação:

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

(...)

VII – normas gerais e critérios básicos para a promoção da conservação e do uso racional da água, por meio da captação de águas da chuva e do reuso da água nas edificações, de acordo com o volume de consumo da unidade habitacional;

VIII – normas gerais e critérios básicos para a promoção da conservação e do uso racional de energia nas edificações;

IX – normas gerais e critérios básicos de permeabilização do solo nos terrenos urbanos e nas áreas resultantes do parcelamento do solo urbano;

X – normas gerais e critérios básicos para a promoção de sistemas racionais e sustentáveis de circulação e de mobilidade urbana".

Parágrafo único. Os Municípios adequarão o plano diretor às disposições dos incisos IV, V, VI e VII, por ocasião de sua revisão, as quais podem, no entanto, ser estabelecidas anteriormente por Lei Municipal.

A título de esclarecimento, muito embora constem no projeto originário a inclusão dos incisos VII, VIII, IX e X, na verdade seriam incisos IV, V, VI e VII, conforme fazem menção o parágrafo único do projeto transcrito.

A ampliação dos requisitos mínimos trazidos no projeto de lei citado para a elaboração do plano diretor, com inclusão de sistemas racionais e sustentáveis de mobilidade urbana refletiria ainda na elaboração dos planos de transporte urbano sustentáveis, já que em grandes municípios, este deve ser compatível com o plano diretor, como esclarece Câmara[38]:"(...) para o caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes – à necessidade de elaboração de um plano de transporte urbano integrado, que há de ser compatível com o plano diretor ou estar inserido nele próprio (art. 41, §2º)".

Por consequência, a alteração do art. 42, com a ampliação citada, além de exigir critérios sustentáveis na edificação, ainda imputaria aos Municípios a obrigação de adotarem critérios sustentáveis no ordenamento e construção dos meios de transporte.

A segunda alteração trazida pelo projeto refere-se ao art. 47 da Lei nº 10.257/2001. Atualmente, este artigo prevê que os tributos sobre os imóveis urbanos e

---

[37] *Projeto de Lei nº 4095/2012.* Altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, no sentido da promoção do equilíbrio ambiental e das cidades sustentáveis.

[38] CÂMARA, J. A. *Plano Diretor*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014, p. 341.

as tarifas sobre serviços públicos serão diferenciados em função do interesse social. Com a nova proposta, o art. 47 passaria a prever que além do interesse social que diferencia os tributos e as tarifas, a contribuição do imóvel na promoção para o equilíbrio ambiental também alteraria os tributos e tarifas, desde que houvesse impacto na conservação e produção de energia, na conservação e reuso da água ou na permeabilização do solo, com critérios a serem definidos em regulamento. Segue a proposta[39]:

Art. 47. Os tributos sobre imóveis urbanos, as tarifas relativas a serviços públicos urbanos e a concessão de crédito nos bancos estatais serão diferenciados em função do interesse social e da contribuição do imóvel para a promoção do equilíbrio ambiental e da cidade sustentável.

Parágrafo único. A contribuição do imóvel para a promoção do equilíbrio ambiental e da cidade sustentável a que se refere o *caput* deverá se dar nos âmbitos de conservação e produção de energia, de conservação e reuso da água e de permeabilização do solo, devendo ser, os critérios de tal contribuição, estabelecidos em regulamento.

Paralelamente a este projeto de lei, tramita também o de nº 396/2014, no Senado Federal, que também visa alterar a Lei nº 10.257/2001, acrescentando ao art. 42 a necessidade de que os Planos Diretores façam prever a delimitação de áreas verdes urbanas e das áreas urbanas a serem reflorestadas.

As áreas verdes urbanas foram conceituadas pelo art. 3º, XX do Código Florestal[40]:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por(...)

XX - área verde urbana: espaços, públicos ou privados, com predomínio de vegetação, preferencialmente nativa, natural ou recuperada, previstos no Plano Diretor, nas Leis de Zoneamento Urbano e Uso do Solo do Município, indisponíveis para construção de moradias, destinados aos propósitos de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais;

Tem-se com isso que, muito embora exista a previsão legal trazida pelo Código Florestal quanto ao que seria uma área verde urbana, não existe, no campo do ordenamento das cidades, a regulamentação de sua obrigatoriedade.

Embora o "SER" da extrafiscalidade mostre-se por meio de exemplos de municípios que superaram os critérios mínimos elencados pelos arts. 42 e 47 do atual Estatuto das Cidades através do IPTU Verde, sem a existência de uma normativa geral, não se pode impelir qualquer outro município a esta ação.

A ampliação dos requisitos mínimos a integrarem os Planos Diretores mostra-se aqui como um "PODER SER" na transformação de municípios simplesmente ordenados em verdadeiras cidades sustentáveis.

5. CONCLUSÃO

Uma das funções do Estatuto das Cidades é orientar a atividade dos gestores municipais no planejamento das cidades e na elaboração dos respectivos Planos Diretores, a fim de promover o bem-estar da população e a sustentabilidade urbana, por meio de cooperação entre a sociedade e o Poder Público, bem como promover o planejamento integrado, uma das principais respostas aos problemas urbanos.

O presente estudo permite que se conclua que a aprovação dos projetos de lei nº 396/2014, originário do Senado Federal, e nº 4.095/2012, com origem na Câmara dos Deputados, tendo por objeto a alteração do Estatuto das Cidades, implicaria na ampliação do conteúdo obrigatório dos Planos Diretores, haja vista que passaria a haver uma normativa geral aplicável e exigível de todos os municípios para que os respectivos Planos Diretores passassem a definir instrumentos de incentivo fiscal na tributação incidente sobre os imóveis urbanos que levem em conta critérios ambientais.

---

[39] *Projeto de Lei nº 4095/2012.* Altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, no sentido da promoção do equilíbrio ambiental e das cidades sustentáveis.

[40] Lei Federal nº 12.651/2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.

Desta forma, não apenas grandes imóveis urbanos seriam beneficiados com redução do IPTU por serem passíveis de abrigar enormes áreas verdes, mas haveria critérios mais democráticos para o atingimento de metas tendentes a reduzir o imposto municipal e, ainda, haveria uma responsabilidade compartilhada entre municípios e munícipes na construção de cidades sustentáveis.

REFERÊNCIAS

AMERICANA. *Lei nº 4.448 de 05 de janeiro de 2007*. Autoriza o poder executivo a conceder redução de IPTU a imóveis dotados de áreas verdes descobertas com solo permeável, na forma que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/jfaec>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

ARARAQUARA. *Lei nº 7.152, de 8 de dezembro de 2009*. Concede isenção de Imposto Predial e Territorial Urbano para propriedades que conservarem área arborizada - IPTU Verde. Disponível em: <http://www.camara-arq.sp.gov.br/antigo/camverweb/leimun/07152.html>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

ARAXÁ. *Lei nº 6.554, de 19 de dezembro de 2013*. Institui o IPTU ecológico. Disponível em: <http://200.233.141.124:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/7286_texto_integral>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

BARRETOS. *Lei Complementar nº 122, de 18 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre o desconto de 10% no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, ao contribuinte que fizer adesão ao programa "Município Verde". Disponível em: <http://leismunicipa.is/aigdm>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.* Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outra providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Secretaria de Política Econômica. *Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira.* 2016. Disponível em: <http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>. Acesso em: 06/11/2016.

CÂMARA, J. A. *Plano Diretor*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4095/2012.* Altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, no sentido da promoção do equilíbrio ambiental e das cidades sustentáveis. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548629>Acesso em 09 de outubro de 2016.

CAMBORIÚ. *Lei nº 2544, de 03 de junho de 2013.* Institui o Programa de Incentivo e Desconto, denominado IPTU VERDE no âmbito do Município de Camboriú e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/nbdim>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

CAMPO LARGO. *Lei nº 1.814, de 08 de março de 2005*. Dispõe sobre a Política de Proteção, Conservação e Recuperação do Meio Ambiente. Disponível em: <http://leismunicipa.is/kihao>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

CAMPOS DO JORDÃO. *Lei nº 3.157 de 12 de junho de 2008*. Dispõe sobre desconto no IPTU referente a imóveis com área verde preservada. Disponível em: < http://leismunicipa.is/jokci>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

COSTA, R. H. *Instrumentos Tributários para a Implantação da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

CURITIBA. *Lei nº 9806 de 03 de janeiro de 2000*. Institui o Código Florestal do Município de Curitiba, revoga as Leis nº 8.353/93 e 8.436/94, e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/dcnep>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

DALLARI, A. A. *Instrumentos da Política Urbana*. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

DANTAS, M. B.; FERRÚA, L.; FREITAS, M. D. G. de; SCHMITT, G. B.; SOUZA, G. B. *Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável*. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015. Disponível em: http://cbic.org.br/print/22467. Acesso em: 09/10/2016.

FARIA, A. L. S. *IPTU Sustentável*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b0169350cd35566c>. Acesso em: 09/10/2016.

FLORIANÓPOLIS. *Lei Complementar nº 7, de 06 de janeiro de 1997*. Consolidação das Leis Tributárias e suas alterações. Disponível em: <http://leismunicipa.is/jnopl>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao fututo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GOIÂNIA. *Lei Complementar nº 235, de 28 de dezembro de 2012*. Institui o Programa IPTU Verde no Município de Goiânia. Disponível em: <http://leismunicipa.is/jmacq>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

GUARULHOS. *Lei nº 6.793, de 28 de dezembro de 2010*. Dispõe sobre o lançamento, arrecadação e fiscalização do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU e dá outras providências. Disponível em: <http://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/06793lei.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indicadores Sociais Municipais.* 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm>. Acesso em: 30/10/2016.

IPATINGA. *Lei nº 2.646, de 21 de dezembro de 2009*. Cria o Programa IPTU Verde e Autoriza a Concessão de Desconto no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU como Incentivo ao Uso de Tecnologias Ambientais Sustentáveis. Disponível em: <http://leismunicipa.is/fqabp>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

LAJEADO. *Lei nº 5.840, de 17 de dezembro de 1996*. Institui o Código de Posturas. Disponível em: <http://leismunicipa.is/irnfe>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

LUKIC, M. R. *Instrumentos Jurídicos para a Implementação do Desenvolvimento Sustentável.* Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/Miolo%20Revisado%20e%20Diagramado_Com%20marcas_0.pdf>Acesso em 22 de outubro 2013.

MEDAUAR, O.; MENEZES DE ALMEIDA, F. D. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo, RT, 2002, p. 16.

MILARÉ, E. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7. ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: RT, 2011.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo*: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015

RECH, A. U.; RECH, Ad. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural.* Caxias do Sul: Educs, 2010.

RIBAS, L. M. L. R. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Direito Tributário Ambiental.* São Paulo: Malheiros. 2005.

RIBEIRO, M. de F.; MAIDANA, A. P. D. F. *A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social***.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10523&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

RIO DE JANEIRO. *Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984.* Aprova o Código Tributário do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: http://leismunicipa.is/pmsia. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SÃO BERNARDO DO CAMPO. *Lei nº 6.091de 9 de dezembro de 2010*. Disciplina a concessão de benefício fiscal aos imóveis com área de cobertura vegetal ou destinados à produção hortifrutigranjeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/cqpes>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SALVADOR. *Lei nº 8474, de 02 de outubro de 2013*. Altera dispositivos da Lei nº 7.186 de 27 de dezembro de 2006, relativos ao pagamento, à isenção do IPTU, concede incentivos fiscais e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/mktgd>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SÃO CARLOS. *Lei nº 13.692 de 25 de novembro de 2005*. Institui a Planta Genérica de Valores do Município, define critérios para lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.saocarlos.sp.gov.br/images/stories/pdf/lei13692%20com%20alteracao.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SÃO VICENTE. *Lei Complementar nº 634, de 05 de novembro de 2010.* Dispõe sobre a autorização para redução de alíquota de Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU aos proprietários de imóveis residenciais, não-residenciais e não-edificados que adotem medidas visando à preservação e recuperação do meio ambiente, estimulando sua proteção e dá outras providências. Disponível em: <http://www.saovicente.sp.gov.br/pdf-outros/legislacao%20ambiental/Lei%20Complementar%20n%C2%BA%20634%20-%20IPTU%20Verde.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 396/2014.* Altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade), para dispor acerca da delimitação das áreas verdes urbanas e áreas urbanas passíveis de reflorestamento como conteúdo mínimo do plano diretor. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119369>. Acesso em: 09 de outubro de 2016.

SEROPÉDICA. *Lei Complementar nº 1 de 30 de dezembro de 2005.* Institui o Código Tributário do Município de Seropédica e dá outras providências. Disponível em: <http://leismunicipa.is/ifota>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

SILVA, J. A. da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TIETÊ. *Lei nº 3087 de 28 de agosto de 2009.* Autoriza o poder executivo a instituir o projeto de preservação ambiental no município de Tietê "IPTU VERDE", conceder redução do IPTU na forma que especifica e dá outras providências. Disponível em: < http://leismunicipa.is/tpdik>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

UBATUBA. *Lei nº 3.501, de 19 de março de 2012*. Autoriza o Executivo a estabelecer critérios para a implantação do IPTU Verde no Município de Ubatuba. Disponível em: <http://www.camaraubatuba.sp.gov.br/documentos/leis/2012/l_3501_2012.pdf> . Acesso em: 06 de novembro de 2016.

VALINHOS. *Lei nº 3.915, de 29 de setembro de 2005.* Institui o Código Tributário do Município de Valinhos, dispõe sobre o sistema tributário do Município e dá outras providências. Disponível em: <file:///C:/Users/Renata/Downloads/lei3915_-_CTM.COMPILADO.jun.15.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 259-275
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

The audience of custody and restorative justice: the third way of the punitive system

ARLEN JOSÉ SILVA DE SOUZA[1]
RENATA SIQUEIRA XAVIER DE SOUZA[2]
Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

SUMARY: INTRODUCTION; 1. CONTEMPORARY CRIMINOLOGY AND THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM - A VISION; 2. CUSTODY COURT-HEARING; 3. RESTORATIVE JUSTICE; 4. APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE AT THE AUDIT OF CUSTODY; CONCLUSION

ABSTRACT: The custody hearing had its practice begun in Brazil through an incentive of the National Justice Council - CNJ in partnership with the Ministry of Justice and Courts of Justice which, in creating the Custody Hearing Project in 2015, Of the American Convention on Human Rights, which guarantees the presentation of the prisoner to the judicial authority as soon as possible. Restorative Justice consists of a method used in the ADR as an alternative to traditional criminal proceedings, in order to ensure the restoration of social peace through dialogue between the parties, empowering them and ensuring that the Overcome traumas, and the offender, accountability for their actions and subsequent reintegration into society. This procedure is followed by a way of guaranteeing respect for the human rights of the prisoner, since his raison d'être is the verification of possible illegality of the prison, due to ill-treatment, for example, and the possibility of applying alternative measures To imprisonment by presenting the prisoner to the judicial authority within 24 hours after his arrest.

KEYWORDS: Restorative justice, custody hearing, adequate resolution of disputes

INTRODUCTION

Considering that the Brazilian prison situation is chaotic and needs urgent practices for its improvement, and that among the possibilities of result of the custody court-hearing is the application of several precautionary measures of imprisonment, it is understood that there is, at this point, the possibility of implementation of the practice of restorative justice methods when presenting the prisoner at the custody court-hearing, thus guaranteeing a way of humanizing the conflict and seeking social pacification in order to avoid recidivism.

According to data from the Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brazil has the 4th largest prison population in the world, behind only the United States, China and Russia, and provisional prisoners, who should be an exception due to the constitutional principle of innocence, have become the rule in the country prison system.

Data from the Ministério da Justiça from 2014 show that the number of people

[1] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor da Universidade Europea de Madrid - UEM; Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON e Membro do Comitê Cientifico da Revista Cadernos de Dereito Actual de Santiago de Compostela/Espanha. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Com atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária.

[2] Advogada; Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP; Pós-Graduando em Direito para Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura de Rondônia – EMERON; Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia – FARO.

arrested in Brazil has increased more than 400% in 20 years. According to the International Center for Penitentiary Studies, linked to the University of Essex in the United Kingdom, the global average of incarceration is 144 prisoners per 100 inhabitants. In Brazil, the number of prisoners rises to 300. Thus, prison, which should be the *ultima ratio* of the penal system, has become the rule, so that because of the prison population, the prison system has a deficit of about 200 thousand vacancies.

The model of incarceration practiced, above all due to the degrading conditions in which the prisoners are subjected because of the lack of prison structure, feeds a cycle of violence that is projected for the whole of society. The dignified and respectful treatment of prisoners is an indication of the civilization of a society and the first step in the attempt to regenerate the lives of those who will one day be among us.

In this context restorative justice appears as a way of giving greater respect and dignity not only to the prisoner, but above all to the victim and all those who, in some way, have been offended by the crime committed. The practice is to promote dialogue and understanding between the parties and the community, promoting social harmony and restorative results.

There is a strong tendency to encourage the spread and dissemination of restorative practices for conflict resolution, especially in the criminal arena, since such practices involve greater participation of the parties, such as the victim, the offender and the community, when they deem it necessary.

Through Resolution 125, the Conselho Nacional de Justiça -CNJ initiated the dissemination of the culture of social pacification, with provisions on the appropriate treatment of conflicts, using alternative methods of conflict resolution.

Subsequently, through Resolution 225, the CNJ ruled on Restorative Justice, taking into account the constitutional right of access to justice, as well as recommendations from the United Nations, which see in practice an effective way of dealing with conflicts of a penal nature without necessarily applied to the prison in the traditional molds.

The advantages of the use of restorative practices in the criminal area still present some resistance in Brazil, due to the traditional culture of incarceration present in the culture of the country, including by the law operators. However, with the incentives promoted by the Conselho Nacional Justiça - CNJ, it is possible to verify a change of behavior.

What is sought is the dissemination of restorative practices and the institutionalization of its practice in the Judiciary, which may occur at different moments in the process, even during the so-called Custody Court-hearing.

Among the objectives of the project is the establishment of centers of penal alternatives, criminal mediation chambers, among other places where restorative practices can be developed with victims and offenders when crimes occur.

1. Contemporary Criminology and the Brazilian Penitentiary System - A Vision

The rapid growth of the seventeenth-century prison population, which led to the construction of new prisons in Europe at that time, where thousands of people were arrested in a few years, is repeated at the beginning of this century in Brazil. When a democratic state opts for the use of intimidation and force, it reveals behind its acts a fragility in the authority that is pertinent to it.

Public security has been one of the most discussed state infrastructure issues in these times. The use of criminal control as an instrument of public policy, distorting the use of criminal law and emphasizing that control must be effective with the use of jail, which undoubtedly translates into authoritarianism that departs from the premises that guide the Constitutional State. However, it is not denied that the more incarceration increases the more popular support of the rulers who draw upon it. The management of public security is *conceived and executed not so much by itself, but for the express purpose of being exhibited and seen, examined and spied: the absolute priority is to make it a spectacle in the proper sense of the term* (WACQUANT, 2007, P.9).

The liberal state set in the late 1970s, in the last century, reconfigures the

democratic state and accelerates changes that imply large-scale privatization in the second and third sectors of the economy, social security reforms, opening of markets, reduction of state protectionism, loosening of labor laws, wage flexibility, mitigation of social policies. Liberal governments thus cease to be concerned with the causes of the problems and attack their consequences, revealing authoritarian bias against the emergency policies they propose and carry out, which is evident through the penal policies of incarceration, which are accompanied by penitentiary policies anchored in the absolute theory of punishment, which only aims at retribution of evil by punishment, which is also evil.

Nowadays the workers have been anxious to know how their security life will be from now on, or, it is not incorrect to say that the unregulated operation of the liberal market implies in the true lack of predictability of the future, since the state presence is of decisive actions of a police and penitentiary kind, but inexpressive in the economic and social field. In the words of (WACQUANT, 2007: 40):

> ...the uncontested hegemony of neoliberal security thinking on both sides of the Atlantic" has associated the "'invisible hand' of the disqualified labor market with its ideological extension and its institutional complement in the 'iron fist' of the penal State. (WACQUANT, 2001, p.7) also discusses the neoliberal paradox that seeks to remedy with a 'more police' and penitentiary State the 'less state' economic and social which is itself the cause of the widespread escalation of objective and subjective insecurity in all the countries.

In this way, the role of the State is diminished for interventions of criminal nature, especially in the areas of exclusion, where those who stay away from social policies are oppressed. The nascent lump movement of the criminal State and the reduction of the social State indicates that social inequalities are increasing in a global scale. Teaches (BAUMAN, 1999, p. 128):

> In the world of global finance, governments hold little more than the role of oversized police districts; the quantity and quality of police officers on duty, sweeping the beggars, troublemakers and street thieves, and the hardness of the prison walls arise among the main factors of "investor confidence" and thus among the considered key data when decisions are made to investing or withdrawing an investment. Making the best possible police officer is the best (perhaps the only) thing the State can do to attract nomadic capital to invest in the well-being of its subjects; and thus the shortest route to the nation's economic prosperity and, supposedly, to the feeling of "well-being" of the voters, is the public display of police competence and State dexterity.

The liberal States reinforce their police instruments, in an authoritarian way, to maximize their penal and penitentiary policies, in order to guarantee the security of the fiefs of the 21st century, while in the surroundings of these pockets of misery and social exclusion build up. However, the aim is to ensure that the affluent do not submit to the yoke of violence that affects the vast majority of the population. Interesting is what they claim (Passion and Blessed, 1997, p. 2) *on the essential function of the bourgeois State: the assurance of the quiet sleep of the owner of Adam Smith and the reduction of the risk of the violent death that terrified Thomas Hobbes.*

In our country, the use of Criminal Law as a public policy accommodates itself as the panacea of Brazilian problems, especially in the reinforcement of aphorisms that include expressions such as *more police in the streets* and *a good perpetrator* is *a dead one*. The state symbolic response, aimed at immediacy and media repercussions, does not meet the demands of security that must be preceded by structural policies composed of, at least, the adoption of measures pertinent to public health, quality education and free access, guarantee of opportunity of employment and income, so in the end have a state-based equipment aimed at security and the prison system. Obviously, it must be the public security policy subsidiary to the others, becoming its intervention at the

moment the others fail.

It matters arguing that at the end of the second world war, the criminal policy that the national States adhered allowed that there was the control of the crime rate, since the scope was the reconstruction of nations and in the criminal sphere the personalized treatment to the perpetrator, with emphasis on re-socialization of this and support for family members for social inclusion. Criminal Law was not used as the main tool of the public policy manager. (GARLAND, 2008, p.59):

> In the postwar welfare system, imprisonment was seen as a problematic institution, necessary as a last resort, but counterproductive and disoriented in relation to corrective purposes. A great deal of government effort was expended in creating alternatives to incarceration and in encouraging the sentences to enforce them. Throughout most of the twentieth century, there seems to have been a secular movement of detachment from prison for pecuniary punishment, conditional release, and many other forms of community supervision.

The view of Criminology mirrored Benthan's thinking in the Panopticon, for what was expected of man with deviant behavior as confined was to be disciplined to return to society adapted to the values it preserves, namely, order, progress, and job. Therefore, Criminal Law had as its immediate objective the re-adaptation of the inmate to meet the social requirements that were imposed on citizens who did not break the law, (Foucault, 1987).

The Illuminism with its contractual concepts uses utilitarian logic to justify the purpose of punishment. It is not to be forgotten that the purpose of imprisonment, by this utilitarian logic, should be the improvement of man through the jail, which is compared to other social institutions that aims at the integration of the individual into the community. (FOUCAULT 1995: p. 131): "since its origin, linked to a project of transformation of individuals. [...] From the beginning the prison should be as well-equipped as the school, the barracks, or the hospital."

The conception of social control implies in "taming" those who do not submit to the rule of the contemporary state, resulting in restraining the less favored and discipline them for the projects of progress of the liberal State. So that this restraint, through discipline, subjugates the otherness of the majority by subjecting it to the desires of the dominant minority. Well, it is a permanent exercise of the destruction of free will, with the clear purpose of standardizing such deviant behaviors. (ZAFFARONI and PIERANGELI, 2002, p.279):

> The ideology of the penalty was that of training, through strict control of the conduct of the convicted, without the latter having a single moment of privacy. This ideology will be expanded and formulated by the various creators of "progressive" regimes and systems, but in the end it will remain the same: vigilance, repentance, learning, "moralization" (working for happiness). In general, it corresponds to the form of industrial work, as it was conceived and practiced at the time: the strict supervision of the worker in the factory, permanent control by the foreman, the impossibility of having free time during work, etc.

Indeed, man having his freedom and autonomy limited will rebel at any moment. The speech of the lowest State intervention in private life by the liberal model, in practice is fallacious, since inequality imposes rigid control on those who do not have capital as an instrument of dialogue. The limitation determined by the positive law used to guarantee law and order has proved fragile and incapable of meeting what it has proposed, freedom and security.

Discussing bio-politics (FOUCAULT, 2005b) reveals that State security instruments are technologies of liberal government power. The population is the object of these technologies. The thought of the renowned French thinker indicates that there is a logic in the liberal society regarding the intervention of the State in the criminal and penitentiary area, this, the logic of ruling, is of limited interference in the face of its

managerial function. However, this does not leave out the control, which is exercised through subjective normativity. This normatization acts through the normal and the abnormal, depending on the positive description, the law. Thus, the existence of the social phenomenon of aggression is not impeded as described in the law, but it manages to keep them at tolerable levels, since they act by statistical predictability that seek the balance of social security.

The bio-political regulation system, in short, creates risk groups and adopts security policies according to the variations of occurrences, observing the quantification of events and the calculations of risk. From this extract is withdrawn the degree of danger and the need for prevention. Thus, those who transgress the norms are punished, according to the positive social rule.

From self-defense to the current system of punishment there was a painful course. The understanding that, initially, the jail was used for the atonement of sins by the Church of the Middle Ages and only in the XIX it is transformed into place of fulfillment of punishment, indicates that the prison model is new for humanity, but without discussing the dignity of the fulfillment of the penalty, little or nothing will be achieved in the pursuit of social equality.

Brazil has been unsuccessful in penitentiary politics, since the current model has done little or nothing to contribute to the social insertion of inmates in the system. It is not without reason that the expression *faculty of crime*, in reference to Brazilian prisons, must be taken as a metaphor without fail. The lack of care with the prison system shows that Brazilian society as a whole does not care about what happens in its prisons, despite having the fourth prison population on the planet. In that it is observed that the isolation of the man, by itself, satisfies the yearning of a community, since this one has so many deficiencies of infrastructure that does not have serious concerns with the rehabilitation of the one who has broken the law. This assertion is accommodated in the concern with prisoner escapes, which for the prison administrator is much more important than enabling inmates to rejoin society (TEIXEIRA, 2008).

Countries such as the United States, Russia and Brazil, incorporated in their model of punishing and recovering the offender citizen deprivation of liberty. Time has shown that the path traveled was not very effective. The country legislation with fulcrum in the 1940 Criminal Code and, later, in 1984, with the Law of Penal Execution, makes possible the so-called regime progression. It is understood by prison regime the closed, semi-open and open regime. Finally, conditional release. These forms enable the convicted person to leave, through time and favorable personal conditions, from a burdensome to a less burdensome regime. According to the penalty enforcement regime that is the criminal establishment that intended the punished. They may be Penitentiaries or House of Detention for the convicted or provisional prisoners, respectively; Industrial or Agricultural Penal Colonies for prisoners in semi-open regime; And Hostels for the prisoners in open regime. The legislation requires that there be patronage to welcome the released ones from the prison system, including those who are in the probation period in the conditional release.

Law 7.210 / 84, Law on Criminal Enforcement, establishes that there be a penal establishment for women and those over 60, as well as special penal establishments for those subject to the security measure. Although not contained in the LCE, maximum security prisons also form part of the penitentiary system.

The state members are responsible for the custody of the majority Brazilian prisoners, although in 1998 the Federal Penitentiary System was implemented. Prior to this event, prisoners who committed federal crimes were kept in state prisons. The Federal Penitentiary System is of maximum security, receiving provisional prisoners or convicted of high dangerousness. So, the member states still have the burden of guarding the prisoners involved in crimes of federal jurisdiction that have medium or low risk. Teaches (TEIXEIRA, 2008, pp. 95-96):

> In spite of the form of organization used by the member state, there is almost unanimous feeling that in all Brazilian states the prison situation is distressing, desperate, apart from some encouraging experiences, further explored, such as the Res-

> socialization Centers in São Paulo (CR's) , the APAC's in Minas Gerais and the privatized prisons, or, in other words, outsourced ones, such as Puraquequara, in Manaus, Amazonas.
>
> One of the most common criticisms of the prison system is that Brazil follows a worldwide trend, notably in Europe and in the United States of America, for an exaggerated option for custodial sentences as a mechanism of combatting crime and protection of society, with a consequent increase in prison populations, combined with an increase in crime rates, upsurge in the criminal policies and hardening of sentences.

Brazilian legislation points towards the respect for the dignity of the human person as a basic principle for the recovery of the convicted. However, such an expression is limited to the field of legal fiction. In most penal establishments prisoners are not separated according to their dangerousness or previous life. This scramble of convicts generates a spreading of criminal doctrine, perverting human beings who need to adjust to the rules that are imposed by criminal organizations operating inside and outside criminal establishments to survive. These organizations recruit their personnel within the penitentiary system, as the Red Command does in the State of Rio de Janeiro; the First Command of the Capital, in the State of São Paulo and the Northern Family, in the State of Amazonas.

According to the Conselho Nacional de Justiça, between 1990 and 2013 the growth of the prison population in Brazil was 507%, the second highest rate of prison growth in the world, with a deficit of 206.307 vacancies in the prison system.

In turn, in the year 1980 the homicide rate was 11.7 per 100 thousand inhabitants. In 2003 this rate reached 28.9 homicides per 100 thousand inhabitants, which shows that crime did not decrease with the increase in the number of people arrested.

Minister Luiz Fux pointed out in the Direct Action of Unconstitutionality - ADI 5240 that the proposal of court-hearing custody led by the Conselho Nacional de Justiça is extremely relevant and has had satisfactory results so far, mentioning as an example the reduction of 50% of the custody prisons in the Court of Justice of the State of Espírito Santo and 40% reduction of custody prisons in the Court of Justice of the State of São Paulo, and in the first month of court-hearing custody, it is estimated that the penitentiary system of the State of Paraná there saved 75 million reais per year with expenditures and Amazonas saved 27 million reais per year.

At the ADI trial, Minister Ricardo Lewandowski, then president of the Conselho Nacional de Justiça, called the attention of the Court for the fact that today there is an index of about 50% of custodians who are released or whose arrest is considered illegal, and therefore subject to a decision to relaxation of this imprisonment, under the terms of arts. 310, I, of the CPP, or, then, the granting of provisional liberty. In most cases, said the Minister, the custodians committed or are accused of committing a crime of trifling, or a crime of little offensive potential, and therefore do not present the least danger to society and occupy for months, sometimes, even years, the vacancies destined to violent prisoners, those that put at risk the social harmony.

What can be observed, therefore, is the urgent need for measures to be taken to reduce the number of arrests, especially when there is a possibility that alternative measures to prison be enforced, such as precautionary measures, and, in the proposed study, the use of restorative justice alone or in conjunction with the application of the precautionary measure.

What is proposed in this study is that, when its viability is verified during the court-hearing custody, the judge, when deciding on provisional release or not, directs the accused to a penal alternative center, so that the appropriate restorative process be utilized accordingly to the characteristics of the offense.

2. CUSTODY COURT-HEARING

The Custody Court-Hearing or Court-Hearing Presentation, a nomenclature suggested by Minister Luiz Fux in the Direct Action of Unconstitutionality - ADI 5240, has

supralegal provision in article 7, item 5 of the American Convention on Man's Rights, ratified by Brazil in 1992, which states that "any person arrested, detained or restrained shall be brought without delay to the presence of a judge".

Although there is a bill in the National Congress (PLS nº 554/2011), the court-hearing custody has not yet been regulated by law in Brazil. This means that there is no law establishing the procedure to be adopted for this court-hearing (CAVALCANTE, 2016).

Faced with this scenario, and in order to give concrete substance to the ACMR projection, recently, some Courts of Justice, encouraged by the CNJ, began to regulate the custody court-hearing through internal acts issued by the Courts themselves, such as provisions and resolutions.

In compliance with the provisions of the Convention, in 2015, the Conselho Nacional de Justiça, in partnership with the Ministry of Justice and the Court of Justice of the State of São Paulo, initiated the Court-Hearing Custody Project, which is to guarantee the prompt presentation to a judge in cases of arrests in the act.

The Code of Criminal Procedure in conjunction with the 1988 Constitution affirms the assignment of the chief police officer to draw up the caught in the act arrest warrant, which takes the people involved to transform their reports into a document that leads to criminal prosecution. Can measure bail in cases allowed by law. However, the chief police officer can not pronounce the granting of provisional release or precautionary measures other than the precautionary prison.

The accused must be presented and interviewed by the judge at a hearing in which the public prosecutor, the public defender or the prisoner's lawyer will also be heard. Because it is a judicial act, the presiding authority has competence to assess the legality of the prison, its maintenance or relaxation. The Public Prosecution and defense participate in this hearing.

During the hearing, the judge shall analyze the imprisonment in terms of legality, necessity and adequacy of continuation of imprisonment or possible release, with or without the imposition of other precautionary measures. The judge may also assess possible incidents of torture or maltreatment, among other irregularities by means of an interview of the perpetrator during which questions will be raised about his qualification, personal conditions, objective circumstances of his arrest, without being asked questions that anticipate proper instruction of eventual knowledge process.

Among the possible results of the court-hearing custody are those listed in clauses of article 310 of the Code of Criminal Procedure, which are the relaxation of possible illegal imprisonment; the granting of provisional release, with or without bail; the replacement of the caught in the act prison by several precautionary measures (article 310, final part II and 319, all of the Code of Criminal Procedure) and the conversion of the act imprisonment into custody imprisonment.

The Court-Hearing Custody Project, therefore, has the objective of avoiding illegal arrests, carried out through violence or violation of human rights, as well as being a way of helping to improve the Brazilian prison system, offering alternatives to imprisonment in order to reduce prison population, since the precautionary prisons, which should be the exception in a Democratic State that effectively values the principle of presumption of innocence, has become the rule, leading to the so-called "mass incarceration."

Law No. 11.719 / 2008 established rules regarding criminal instruction procedures, which requires the magistrate to question the defendant at the end of the hearings of the prosecution and defense witnesses, guaranteeing a greater breadth of defense, in the manner of art. 5th, LV, CF. In these terms, the contact of the judge with the prisoner is postponed until the end of the instruction, which can take months, perhaps years, increasing the imprisonment without being such reasonability. However, the court-hearing custody seeks to remedy this procedural misconception by means of a more accurate analysis of art. 312, CPP, verbis:

> Art. 312. Pre-trial detention may be ordered as a guarantee of public order, economic order, for the convenience of criminal instruction, or to ensure the enforcement of criminal law, when

> there is proof of the existence of the crime and sufficient indication of authorship. (Wording given by Law No. 12,403, of 2011).
>
> Single paragraph. Pre-trial detention may also be ordered in case of non-compliance with any of the obligations imposed by other precautionary measures (article 282, § 4o). (Included by Law No. 12,403, of 2011).

The primary analysis is essential for two requirements, the proof of the existence of the crime and the sufficient indication of authorship. As for the former, it is understood that the penal norm is subsumed in fact, and that fact must be punishable. Such base should come in the initial evidence set arising from the pre-trial investigation and/or the criminal action already stablished. In the same vein, as an essential condition, it is to have the exegesis of the concrete case examining the evidence, which are indicative, that the criminal act, with a high probability, was committed by the accused. Although such indications are called semi-full proof and may be de-constituted during the criminal action, these in summary cognition must be consistent to result in the precautionary arrest inscribed in article 312 of the code of rites.

In this act prior to the criminal action, court-hearing custody, there will be no questioning about merit, since the core of the hearing is the instrumentality of the prison, the safety and personal security of the defendant caught in the act, with emphasis on the existence of evidences of mistreatment or risks of life on the person arrested, as well as the presence of the prisoner one before the judgment allows a better analysis as to the prison decree or not. Teaches (PAIVA, 2015, p.56):

> The accomplishment of the court-hearing custody will contribute to the overcoming of the "paper boundary" of the purely notarial system, which is practiced by the Brazilian criminal procedural system, as it requires the member of the Public Prosecutor Office and the judge to see and talk to the prisoner, which will contribute to the humanization of criminal jurisdiction.

Therefore, it is evident that there is no damage to the content to be determined in the criminal instruction, the contact between the judge and the accused during the court-hearing custody. Thus, what is taken care of is the importance of only being enforced the preventive detention in an exceptional manner and the one who is accused of an unlawful act be able to answer by the accusation against him at liberty. It should be noted that alternative measures to jail can be imposed on the nominee, verbis:

> Art. 319. They are precautionary measures different from imprisonment:
>
> I - periodic attendance at court, within the period and under the conditions set by the judge, to inform and justify activities;
>
> II - prohibition of attendance or going to certain places when, due to circumstances related to the fact, the accused or defendant should stay away from these places to avoid the risk of new infractions;
>
> III - prohibition of maintaining contact with determined person when, due to circumstances related to the fact, the defendant or accused must keep distant;
>
> IV - prohibition to leave the Shire when the stay is convenient or necessary for the investigation or instruction;
>
> V – getting home at night and on days off when the investigated or accused person has fixed residence and work;
>
> VI - suspension of the exercise of public function or activity of an economic or financial nature when there is a fair fear of its use for the practice of criminal offenses;
>
> VII - temporary admission of the accused in cases of crimes committed with violence or serious threat, when the experts conclude that they are unimputable or semi-imputable (article 26 of the Penal Code) and there is a risk of repetition;
>
> VIII - bail, in the infractions that admit it, to assure the

> attendance to acts of the process, to avoid the obstruction of its progress or in case of unjustified resistance to the judicial order;
>
> IX - electronic monitoring.
>
> § 1o
>
> § 2o
>
> § 3o
>
> Paragraph 4. The bail shall be applied in accordance with the provisions of Chapter VI of this Title and may be cumulated with other precautionary measures.

Despite the uncontested technological advances, it is not possible for the custody court-hearing to be held by videoconference, since the digital means used would prevent direct contact between the defendant and the judge, creating an obstacle regarding the physical eye contact that should have the magistrate of the accused, in particular as regards the observation of the state of health and possible mistreatment resulting from abuse of authority perpetrated at the time of arrest.

Thus, being the accused having any injuries or affirming that it was victim of torture will be the demand that the fact is elucidated to penalize those responsible for the abusive acts. Even the media already knows that in several police actions cameras are used to accompany all diligences and allow the lawfulness of the arrest not be put in doubt. Therefore, the use of technology would be an additional tool that would ensure the perpetrators physical and moral safety and the legality of the act.

It evinces that the court-hearing custody does not deliver itself to collecting evidence. Ensuring the principle of orality, as the basic principle of the act, however, there is no specific interrogation of the accused, because what is narrated by him is restricted to how he was arrested and whether subjected to abuse of some kind or even torture, where violence is used for a specific purpose. The adversarial is installed in the presence of the Public Prosecution and Defense, which may be constituted by the defendant or dative. These are acts of the court-hearing custody, LOPES JR & ROSA (2015):

> 1) Is the arrest legal, that is, was a caught up in the act hypothesis (CPP, article 302, 303)?
>
> 2) If not, relax; 2.1.) When released the imprisonment, the Public Prosecutor Office may request the preventive detention or the application of precautionary measures;
>
> 3) Sustaining the reasons of the caught up in the act; 3.1) The Public Prosecutor Office manifests by the request for preventive detention or application of precautionary measures or accepts the reasons eventually formulated by the police authority; 3.2) The defense expresses on the requests made by the Public Prosecutor. If there has not been a request from the Public Prosecutor Office, the judge can not decree it ex officio, since there is no process (CPP, article 311, it is worth checking the wording).
>
> 4) The magistrate decides – underpinnedly - on the application of several precautionary measures or, if they are insufficient and inadequate, for the exceptional decrees of pre-trial detention.

It is not possible to gather documents at the court-hearing custody, except those that already come in the box of the caught in the act arrest warrant. In the same case, it is not possible to hear witnesses, but it is possible that the hearing will continue, in cases of domestic violence and those that require the initiative of the victim, in a public criminal action conditioned to representation or in private criminal action, LOPES JR & ROSA (2015).

There are no doubts about the advantages of establishing court-hearing custody, among them, the adequacy of the Brazilian criminal procedure to international human rights treaties, especially regarding the use of violence at the time of arrest; reduction of the mass incarceration, due to the obligation of the Judge to have physical contact with

the accused, so that it removes the legal fiction of acts celebrated only by sending the caught in the act arrest warrant to the judge, in the mold of art. 306, paragraph 1, of the CPP.

3. RESTORATIVE JUSTICE

In the United States and Canada, criminal mediation was confused with Restorative Justice, originally. So the similarities between institutes and their practices are explained. However, in other countries Restorative Justice has distanced itself from the Criminal Mediation, since it is not restricted to the victim-offender binomial.

Criminal Mediation differs from Restorative Justice because the former deals with interpersonal conflicts and uses dialogue as a tool between the parties involved; there is a mediator or facilitator of dialogue; individual accountability; the result is in the power of the process parties and the objective is in the satisfaction of these parties and in the reestablishment of relations through the construction of an agreement; it presents as a voluntary and cooperative act. While in Restorative Justice there is a focus on learning to deal with conflict with the involvement of the parties directly and indirectly involved in the conflict; accountability is collective; the relationships are horizontal, and there is no subordination among those involved; there is the inclusion of everyone and everyone has a voice; the positive connotation of the conflict is sought, with a focus on repairing the damage to meet the need of all, through the construction of an action plan.

So, the Restorative Justice is concerned with understanding and assisting the injured party, the offender and the community that received the consequences of the harmful action. Such practices are directed so that everyone can contribute to the prevention of similar future acts and in obtaining suitable methods to repair the damages caused.

The Adequate Dispute Resolution - RADs appears as an extrajudicial way to achieve social pacification through the use of alternative methods to imprisonment able to solve conflicts. Among the existing methods will be chosen one that best suits the characteristics and peculiarities of the conflict presented, in order to reach a consensus, an interim understanding, peace or just an agreement.

The institutionalization (GOLDBERG et al., Apud AZEVEDO, 2015 p.187) of these instruments began in 1979, with the proposal of Professor Frank Sander, later called the "Multiple Doors Forum". In this model of organization, the Judiciary is presented as a center of dispute resolution and social harmonization, presenting different types of processes to be used to solve the conflict, always aiming the greater satisfaction of the jurisdictioned, since one of the outstanding characteristics in the methods used is the active participation of the victim.

Unlike the traditional Retributive Justice whose structure is formal and the perspective of justice derives from the axiological analysis of representatives of the State, and that, in addition, the needs of the victim are not considered, Restorative Justice arises before the need to promote "Access To Justice ", seeking to adopt the perception of the jurisdictioned itself on what it understands as fair.

Thus, moral and material reparation of harm will be sought through communication between victim, offender and community representatives, aimed at encouraging accountability for injurious acts, material and moral assistance of victims, inclusion of offenders in the community, empowerment of solidarity, mutual respect between victim and offender, humanization of procedural relations in criminal cases, maintenance or restoration of the underlying social relationships that may exist before the conflict (GOMMA AZEVEDO, 2015).

Although it is understood that the new dispute resolution mechanisms appear as an evolution of the merely punitive function of the criminal legal system, seeking not only the punitive or retributive function, this does not mean that the Restorative Justice aims to replace the traditional penal model of retribution. It is an initiative aimed at complementing the criminal procedural order to, in specific circumstances, provide more efficient results from the perspective of the jurisdictioned. Its use does not imply in the fulfillment of the traditional penalty nor in the reduction of the sentence. Both can be enforced, even if concomitantly. What is in restorative justice is a reparation agreement.

(GOMMA AZEVEDO, 2015)

That said, the restorative agreement resulting from the process will have to be approved, or not, by the Public Prosecutor Office and by the Public Defender Office or by the lawyer, as well as having to be ratified or not by the Judge. None of this repeals the principle of non-detachment of the jurisdiction, that is to say, both the victim and the offender - through lawyers - as the Public Prosecution Service, on its own initiative or at the request of the interested party, may question the restorative agreement in court. (GOMES PINTO, 2015 p.28).

Likewise, when the restorative process is not indicated or when the restorative process is not possible, the case should be referred to the common judicial system, without withdrawing the duty to encourage the offender to take responsibility for his actions towards the victim and the community by promoting the reintegration of both.

Resolution 2002/12 from UNO, which deals with the basic principles for the use of restorative justice programs in criminal matters, points to restorative justice "as a response to crime that respects the dignity and equality of persons, builds the understanding and promotes social harmony through the restoration of victims, offenders and communities."

According to the Resolution, in this approach the victim has the opportunity to be repaired in order to overcome the problem. As for the offenders, they come to understand the causes and consequences of their behavior and are held accountable. Restorative justice seeks community well-being and crime prevention.

The Restorative Justice has as characteristic to be a voluntary and relatively informal process to take place preferentially in communitarian spaces. The dialogue between the victim, the offender and, when necessary, any other individuals or members of the community affected by a crime, will be facilitated by a third party, generally called a mediator or facilitator, and mediation, conciliation and transaction techniques may be used to achieve the restorative outcome. (GOMES PINTO, 2005)

Although in Brazilian criminal procedural law it takes effect the principle of unavailability and mandatory public prosecution, it is understood that it is possible to reconcile the restorative model to this reality.

The principle of compulsory public prosecution has been relaxed with innovations brought in the Federal Constitution of 1988 and with the advent of Law 9.099 / 95, which allows for the conditional suspension of the process and the criminal transaction. In spite of this, it is not possible to attribute a restorative characteristic to the mentioned practices, because in them it is not possible to identify the restoration of the social relations underlying the dispute, since there is no use of adequate self compositional technique. However, this does not prevent Courts of Justice from establishing Restorative Justice programs based on the law of Special Courts. (GOMMA AZEVEDO, 2015 p.190).

Practices used in restorative processes may include mediation, conciliation, family or community gathering, also called conferencing and decision-making circles.

Criminal mediation, considered by some as the main instrument of Restorative Justice, consists of an informal and flexible process where a third party, generally called a mediator or facilitator, will act in a neutral and impartial manner, in order to facilitate dialogue between the parties and thus promote their approximation so that they can, themselves, achieve a restorative result, which may consist of responses and programs such as reparation, restitution and community service, intended to grant individual and collective needs and promoting the reintegration of the victim and the aggressor.

The existence of a third party, generally called a mediator, although it means that the parties have relinquished part of the control over the conduct of the resolution of the dispute, does not mean that the method loses its self compositional characteristic, since the autonomy of the parties will always be prioritized, so that, whatever the final decision is, it will be up to the parties involved only, and the conciliator and the mediator will not be subject to any imposition.

The norms implicit in mediation contradict those of conventional law. Mediation revolves around key words that define it: negotiation, confidentiality, consensus, future relationships, while the process has fundamental terms such as norms, sanctions, and past relationships. (PAZ, 2015 p.131)

A common feature to all self compositional processes and not differently in mediation is the possibility that the parties may continue, suspend, abandon or resume negotiations without suffering further loss, since the mediation process is not binding, that is, the parties concerned do not have the burden of participating in procedural acts and their withdrawal from participation in the proceedings does not result in any procedural loss as would be the case with the ordinary judicial process in which certain facts alleged by one of the parties are presumed to be true when the party chooses to not participate in the procedure, which, as a consequence may increase the chances of his conviction.

In the light of the foregoing, the offender's participation in restorative processes shall not be used as evidence of admission of guilt in court proceedings. Likewise, failure to implement the agreement made in the restorative process can not be used as a justification for a more severe penalty in subsequent criminal proceedings.

In turn, victim-offender mediation, considered a kind of the gender mediation, consists in placing the parties in the same environment, protected by legal and physical security, in order to seek an agreement that entails the resolution of other dimensions of the problem other than only the punishment, such as the repair of emotional damage.

Victim-offender mediation is a process that gives victims of property crimes and minor assaults the opportunity to find perpetrators (offenders) in a safe and structured environment with scope of stablishing direct liability of offenders while providing relevant assistance and compensation to the victim. Assisted by a trained mediator, the victim is able to demonstrate to the offender how the crime has affected her, receiving an answer to him or her questions, and be directly involved in developing a restitution plan for the offender to be held liable for the damage done. (UMBREIT apud GOMMA AZEVEDO, 2015 p.191)

While some other self compositional forms are clearly directed to agreement, victim-offender mediation is directed to establishing effective dialogue between victim and offender, with emphasis on victim restoration, accountability of the offender and recovery of moral, patrimonial and affective losses.

Although its application was initially restricted to some crimes with less offensive potential and crimes against property, GOMMA AZEVEDO (2015) it indicates a worldwide tendency, portrayed in Resolution No. 2002/12 of the Economic and Social Council of the United Nations, in the sense of establishing studies in public policies regarding the application of the principles of Restorative Justice in crimes of medium and strong offensive potential.

Therefore, public policies to mitigate the use of violence as a tool for conflict resolution have been weak in Brazil. It is noted that the punitive approaches to this confrontation suffer from effectiveness, since they do not tend to improve people and society, acting with imprisonment punitive will and not understanding the social phenomenon that generates violence.

The Restorative Justice establishes divergent points from the punitive approach. This understands to be the search for the culprit at the center of the conflict; focus on the past; needs are secondary; emphasis on differences; imposition of pain considered normative; focus on the offender, ignoring the victim; the response to conflict is institutional. In another direction, the Restorative Justice affirms to be the conflict the central point; has a forward-looking view; needs are primary; importance is at the points of convergence; repair and restoration are normative; the victim's need is the north of the job; the roles of each actor, victim, offender and society are identified, MEIRELLES (2011).

The culture of punishment as a rule does not induce the offender to reflect properly on the offense he committed, let alone on the true causes that led to the commission of the offense. Submitted to the light of Restorative Justice, the transgressor begins to commit himself to the cause and effect of his conduct, by virtue of being involved in the dialogic process that is the tool of the restorative encounters. This interaction allows everyone to have a voice without judgments or to establish right and wrong, because the main objective is that people feel responsible for the restorative solution, in order to satisfy the content of the conflict.

4. APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE AT THE AUDIT OF CUSTODY

Resolution 125 of the Conselho Nacional de Justiça (CNJ), approved on November 29, 2010, tells about mediation and conciliation and aims to disseminate the culture of social pacification, stimulate self compositional services quality, encourage the courts to organize and plan breadth self compositional programs and to reaffirm the role of supportive agent in the implementation of the CNJ public policies.

In this regard, the Court-Hearing Custody Project of the Conselho Nacional de Justiça foresees the creation of multidisciplinary structures in the Courts of Justice, such as alternatives penal centers, electronic monitoring centers, service and social assistance centers and criminal mediation chambers which will be responsible for presenting the judge options other than provisional incarceration.

States may adhere to the proposed practices through a cooperation agreement. Among the actions contemplated in the project, the CNJ proposes the training of judges and civil servants of the Judiciary, in addition to the other actors of the justice system, as well as the daily monitoring of results, aiming to follow the local criminal movement and the use of experience.

In turn, UNO Resolution 2002/12 establishes basic principles for restorative programs, and searches to promote the encouragement of the expansion and effectiveness of restorative procedures and results by exploring ways to incorporate their practices into criminal justice action.

In this sense, considering that the Court-Hearing Custody Project seeks not only to verify the legality of prisons, but also the use of alternative measures other than imprisonment and that one of its objectives is to create nuclei for restorative justice practice, it is observed that everything walks towards the procedure to take place.

Thus, if in a given case the conditions for admissibility of the restorative process from a legal point of view (objective and subjective requirements to be defined in accordance with the criminal law) are present, the accused would be referred to the Restorative Justice Center, for multidisciplinary evaluation and, converging on its technical feasibility, would advance in the preparatory actions for the restorative encounter. (GOMES PINTO, 2005)

Restorative justice programs may be used at any step or stage of criminal proceedings and will only be used when there is sufficient proof of authorship and the consent of the victim and the offender, which may be revoked when the parties so wish. Therefore, considering that because of the voluntary nature of the alternative method that, as stated in previous topic, does not cause any burden to the offender in the sense of being found guilty or aggravate the situation in case of withdrawal, there are no greater obstacles as to its application , especially when placed before the advantages that a good restorative result may cause, such as the recovery of the dignity of the victim and the reintegration of the offender to the society.

The justice must identify the needs and obligations arising from the crime and the trauma caused and that must be restored. It should also give the means and encourage those involved to dialogue and come to terms, as central subjects of the process, being the Justice, evaluated by its ability to ensure that the responsibilities for the commission of the crime be taken, the needs arising from the offense are satisfactorily served and the cure, that is, an individually and socially therapeutic outcome is achieved. (GOMES PINTO, 2005 p.21)

In the State of Pernambuco, some important initiatives regarding Restorative Justice were implemented as the Community Mediation Centers Program, a non-governmental project. It aims to stimulate communicative skills, establishing empathy to achieve the paradigm break, transforming the community into the protagonist of actions that satisfy their structural interests, without depending exclusively on the state entity to decide on their desires. The results were significant until early 2007. There were 28 nuclei implanted and 719 mediations were performed, serving more than 2,500 people, with increasing participation of the communities served, (PELIZZOLI, 2014).

In the 1st Special Criminal Court of Jaboatão dos Guararapes/PE, a nucleus of community mediation with restorative practices was installed, but this nucleus did not

thrive due to the bureaucracy of the Judiciary, which indicates that it is necessary to break paradigms and believe the benefits that the Restorative Justice is able to bring to those involved, (VASCONCELOS, 2014).

Other initiatives have been valued as the implementation of three pilot projects of Restorative Justice, in the cities of Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP and Brasília/DF. The experience in São Paulo is in schools, in the capital of the state of Rio Grande do Sul, the model answers the questions that deal with Childhood and Youth. In Brasilia it serves the delinquent adults with crimes of minor offensive potential in the satellite city Núcleo Bandeirantes.

CONCLUSION

The use of restorative justice in the scope of court-hearings custody is fully possible, and the Judiciary, in partnership with the Executive, should adopt measures to address the problems of the country prison system, especially with regard to the excess of precautionary prisons, which represent a large part of the contingent of penal establishments.

It is therefore necessary and urgent that the measures implemented by the Conselho Nacional de Justiça and the Ministry of Justice, which, inspired by international resolutions and based on guaranteeing the preservation of human rights, represent an important tool for judicial control.

According to the proposal of the Multiple Doors Forum that emerged in the 1970s, it is understood to be necessary that the State should offer other types of responses to crimes, not only the traditional application of punishment, according to the traditional model of punitive and retributive justice.

The restorative model, if well applied, can be an important instrument for the construction of a participatory justice that operates in real transformation, paving the way for a new way of promoting human rights and citizenship, inclusion and social peace with dignity.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Protocolo de Cooperação para Difusão da Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.amb.com.br/jr/docs/protocolo.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

Bauman, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge

Zahar Editor. 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.2001.

_____. **Comunidade: a** busca **por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 22 de novembro de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941.** Diário Oficial da União, DF, 13 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 22 de novembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº. 9.099 de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, DF, 27 de set. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm#art96>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados STF e STJ comentados 2015. Manaus: Dizer o Direito, 2016. 1629 p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiência de Custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 11 de novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cidadania nos Presídios. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios. Acesso em: 22 de novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça Restaurativa: o que é e como funciona. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 18 de setembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125 de janeiro de 2013. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127> Acesso em: 15 de novembro de 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: JusPodivm, 2016. V. II.

FARIA, Ana Paula. Justiça restaurativa e mediação penal – um novo caminho na Justiça criminal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12013>. Acesso em set 2016.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Lígia Vassallo.

Petrópolis: Vozes, 12.ª ed. 1987.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Ed. Graal Ltda. 1995.

_____. As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. Em defesa da sociedade. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. História da sexualidade I: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003. v.1.

_____. O sujeito e poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Forense Universitária, 1995.

_____. Nascita della biopolitica. Curso al Collège de France (1978-1979). Traduzione di Mauro Bertani e Valeria Zini. Milano: Giangiacomo Fertrinelli Editore, 2005a.

_____. Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978). Traduzione dal francese di Pólo Napoli. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2005b.

GARLAND, David, "As contradições da 'sociedade punitiva': o caso britânico", Revista de Sociologia e Política, 13, 59-80. 1999.

GARLAND, David, A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2008.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? **In: Justiça Restaurativa**, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

GOMMA DE AZEVEDO, André. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. **In: Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à**

justiça / coordenadora: Luciane Moessa de Souza – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

http://emporiododireito.com.br/?s=o+dif%C3%ADcil+caminho+da+audi%C3%AAncia+de+cust%C3%B3dia. Acesso em 28 abr. 2017.

LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal no Limite. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. O difícil caminho da audiência de custódia. Disponível em: Disponível em http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos. Acesso em 28 abr. 2017.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Revista Liberdades, N° 17, dez/2014, IBCCRIM

MEIRELLES, Cristina T. Assumpção et all. Justiça Restaurativa como um método de Resolução de Conflitos. In: 1º Encontro de Mediação Escolar e Comunitária. São Paulo: Mediativa, 2011. Disponível em http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/JusticaRestaurativa.pdf. Acesso em 28 abr 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Resolução 2002/12.** Dispõe sobre os Princípios Básicos Para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&#.WCTB7S0rLIU>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.

Paixão, Antonio Luiz; Beato, Claudio C. (1997), "Crimes, vítimas e policiais", Revista de Sociologia da USP, 9(1), 223-248.

PASTANA, Debora Regina. *Estado punitivo e pós-modernidade: um estudo metateórico da* contemporaneidade. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n.98, p. 25-44. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

PAZ, Silvana Sandra e PAZ, Silvina Marcela. Mediação Penal - Verdade - Justiça Restaurativa. In: Justiça Restaurativa, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

PELUZO, Min. Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PELIZZOLI, Marcelo L. (Org.) "Justiça Participativa – práticas restaurativas em Pernambuco: Varas da Infância e Juventude". Projeto-Piloto. Recife: 2014. Disponível em: www.ufpe.br/edr. Acesso em 25 abr 2017.

_____. e Sayão, S. (Org.) Diálogo, mediação e práticas restaurativas: cultura de Paz. Recife: Ed. da UFPE, 2012.

_____. A importância da Justiça Restaurativa. In: Cardoso; Luna; Galdino (orgs.). Cultura de Paz: Gênero, sexualidade e diversidade. Recife: EDUFPE, 2014.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf Acesso em: 28 abr. 2017.

POLLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. Justiça Restaurativa e mediação penal: afinal, qual a relação entre elas?. In: **Canal Ciências Criminais**, 20 de maio de 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/justica-restaurativa-e-mediacao-penal-afinal-qual-a-relacao-entre-elas-2/>. Acesso em: 9 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 5240. Relatoria Ministro Luiz Fux. Julgamento em 20 de agosto de 2015. Data de Publicação do Diário de Justiça Eletrônico 01 de fevereiro de 2016 – ATA nº 1/2016. Diário de Justiça Eletrônico n.º 18, divulgado em 29 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5240&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 de novembro de 2016.

TEIXEIRA, Sérgio W. Domingues. Estudo sobre a evolução da pena, dos sistemas prisionais e da realidade brasileira em execução penal – Propostas para melhoria do desempenho de uma Vara de Execução Penal. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 3ª ed.. São Paulo: Método, 2014.

TRENTIN, Fernanda. Métodos alternativos de resolução de conflito: um enfoque pluralista do direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11252&revista_caderno=24>. Acesso em nov 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4.ª ed. 2002.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 277-298
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A acessibilidade das pessoas com deficiência e a influência nacional e internacional no processo concretivo de uma sociedade inclusiva

The accessibility of people with disabilities and national and international influence on concrete process of an inclusive society

IASMIN DA SILVA OLIVEIRA
Universidade do Estado do Amazonas (Brasil)

Sumário: Considerações iniciais; 1.1 Breve histórico; 1.2 Declaração universal dos direitos humanos - DUDH; 1.3 Carta para o terceiro milênio; 1.4 Declaração e programa de ação de Viena; 2. Definições 2.1 Declaração dos direitos das pessoas deficientes; 2.2 Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência; 2.3 Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência – CIEDPD; 2.4 Inclusão de pessoas com deficiência - IPD; 3. Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência - CDPD; 4. Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência - CEDIPOD; 4.1 Marginalização; 4.2 Declaração de Sapporo ; 4.3 Grupos especiais; 4.3.1 mulheres; 4.3.2 crianças; 4.3.3 idosos; 4.3.4 vítimas de crimes e da violência; 4.3.5 vítimas de tortura ; 4.4 Linhas de atuação: prevenção, reabilitação, igualdade de oportunidades; 4.4.1 prevenção; 4.4.2 reabilitação; 4.4.3 igualdade de oportunidades; 5. Integração da pessoa com deficiência; 5.2 Formação profissional e trabalho; 6. Assistência social; 6.1 Benefício da prestação continuada; 7 Educação especial; 8 Acessibilidade; Considerações finais.

Resumo: No Brasil, aproximadamente 14,5 % da população brasileira apresentam algum tipo de deficiência. Além do mais, estudos apontam que a pobreza e a deficiência estão diretamente ligadas por múltiplas razões, de modo que o desenvolvimento de um país deve ser, além de sustentável, necessariamente inclusivo em suas inúmeras facetas. Ocorre que não há como se falar em inclusão sem que ocorra a efetiva promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência, para que sejam superadas as inúmeras barreiras físicas e sociais a que estão rotineiramente impostas. Em linhas gerais, garantir a acessibilidade é verdadeiramente primar pela dignidade da pessoa humana e isonomia material.

Palavras-chave: Acessibilidade; Estatuto das pessoas com deficiência; Inclusão social; Pessoas com deficiência; Tratados de direitos humanos.

Abstract: In Brazil, approximately 14.5% of the population have some kind of disability. Moreover, studies show that poverty and disability are directly linked for many reasons, so that the development of a country should be in addition to sustainable, inclusive in its many facets. It turns out that there is no way to talk about inclusion without the occurrence of the effective promotion of accessibility for people with disabilities, so that the many physical and social barriers that are routinely imposed are overcome. In general, the accessibility is truly strive for human dignity and equality material.
Keywords: Accessibility; Status of persons with disabilities; Social inclusion; People with disabilities; Human rights treaties.

Considerações Iniciais

O conceito de cidadão ao longo do tempo foi se adequando às transformações da sociedade, de modo que o papel do homem e cidadão também foi evoluindo no decorrer da história.

Após inúmeros crimes hediondos contra a humanidade, fez-se necessário a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos para ratificar a expectativa de uma sociedade construída com liberdade, justiça e paz, a qual foi promulgada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, com o fim de que a sociedade possa usufruir dos direitos historicamente conquistados e paradoxalmente obstaculizados pelo próprio homem.

Dessa forma, diante dos inúmeros grupos fragilizados, surgiu de modo mais acentuado a preocupação da proteção e até mesmo a construção dos direitos das pessoas com deficiência, em razão das inúmeras barreiras permanentemente impostas em relação à sua participação e inclusão na sociedade como membros iguais.

Sendo assim, diversos tratados de direitos humanos versaram acerca dessa temática, dentre eles o de maior destaque é a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência assinada em 30 de março de 2007 e aprovada pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, sendo ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, bem como seu protocolo facultativo — pelo qual se reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações por violação desta.

Não alheia a essa realidade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe em seu bojo inúmeros direitos e garantias baseados não somente na igualdade perante todos, mas também na equidade e na disponibilização de condições para que a igualdade seja efetiva.

Segundo o Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, aproximadamente 25 milhões de brasileiros declararam possuir alguma deficiência, o que significou um salto de 1,41% em 1991 para 14,5% da população. A alteração dos instrumentos de coleta de informações, inclusive do modelo social, foi a principal razão para o grande aumento no número de pessoas com deficiência.

Não obstante essa realidade, a população com deficiência no Brasil tem crescido em decorrência do aumento na expectativa de vida da população e da violência urbana (assaltos, violência no trânsito, entre outros motivos), fato que é um constante alterador do perfil dessa parcela da população, na qual, anteriormente, as deficiências eram predominantemente geradas por doenças.

Embora o Brasil figure entre os 50 países do mundo que dispõe de legislação específica, inclusive recentemente foi promulgada a Lei 13.146/2015 - Estatuto das Pessoas com Deficiência, com o intuito de atenuar as elevadas estatísticas de exclusão social vivenciadas pelas pessoas com deficiência, o índice de marginalização dessa expressiva parcela da população ainda é muito significativo.

A deficiência é tanto uma causa como uma consequência da pobreza, alguns cálculos indicam que uma em cada cinco pessoas pobres apresentam alguma deficiência conforme mencionado no preâmbulo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada[1]. Pode-se então dizer que todas as famílias de uma comunidade pobre são diretamente afetadas pelos efeitos socioeconômicos dela decorrentes.

Salienta-se, ainda, o frisado pela Convenção que mulheres e meninas com deficiência[2] estão frequentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração.

O presente artigo foi desenvolvido com o objetivo de examinar a legislação pertinente no âmbito nacional e internacional, no campo propício à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, para sustentar a capacidade de intervir e propor soluções efetivas de inclusão nas inúmeras esferas da realização da cidadania desta

---

[1] BRASIL. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital .* _ Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008, p. 24

[2] Ibidem, p.113.

expressiva parcela da sociedade brasileira, a qual visa a caminhar para uma sociedade inclusiva.

1.1 BREVE HISTÓRICO

Esse diálogo terá início a partir da seguinte célebre frase pertencente aos grandes civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:[3] "*O direito é uma técnica a serviço de uma ética.* ".

Eis que surge o questionamento do ordenamento jurídico como um mecanismo dinâmico, que anseia por atender as vicissitudes da sociedade e com isto alcançar a justiça, mas não por meio do direito força, mas, sim, pela força do direito.

Isto é, assim como as relações entre os homens mudam, a relação com o ambiente também é reformulada com o decorrer do tempo; nesse aspecto nasce a necessidade de que o próprio direito prime por acompanhar tais evoluções, para que as normas não se tornem vazias e a própria ciência do direito não se torne inócua diante do seu fim – a promoção da justiça.

1.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - DUDH

É possível apontar a De,claração dos Direitos Humanos de 1948 como a propulsora em reafirmar os direitos fundamentais, solidificados na dignidade e no valor da pessoa humana, assim como na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, entre os povos das Nações Unidas e, com isto dar impulso ao progresso social, melhores condições de vida e até mesmo a liberdade em seu sentido mais amplo.

Desse modo, os objetivos almejados somente poderão ser efetivados com a cooperação entre os Estados-Membros, para que seja respeitado universalmente os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Conforme dispõe o próprio texto da DUDH:[4]

> "A presente Declaração Universal dos Diretos Humanos com o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição."

1.3 CARTA PARA O TERCEIRO MILÊNIO

Outro grande instrumento internacional da garantia dos direitos humanos é a Carta para o Terceiro Milênio, de 9 de setembro de 1999, a qual salienta que os direitos inerentes a cada pessoa independentemente do seu país, do seu governo, da sua crença religiosa ou qualquer outro tipo de influência, deverão ser reconhecidos e respeitados, uma vez que, apesar de serem prerrogativas básicas, são constantemente negadas até mesmo a segmentos inteiros da população mundial, onde os mais afetados são as crianças, mulheres e homens que têm deficiência.

Assim, essa carta manifesta-se na defesa de *"um mundo onde as oportunidades iguais para pessoas com deficiência se tornem uma consequência natural de políticas e leis sábias que apoiem o acesso, e a plena inclusão, em todos os aspectos da sociedade ".*[5]

Assim, o terceiro milênio visa muito mais do que a aceitação da deficiência, visto que é uma realidade da condição humana em que estatisticamente no ano de 1999 era

---

[3] FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Parte Geral e LINDB.* 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 55.

[4] ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.* 1948.

[5] ____ – Organização das Nações Unidas. *Carta para o Terceiro Milênio*. Londres – Grã-Bretanha. Assembléia Governativa da REHABILITATION INTERNATIONAL.1999.

assinalado que ao menos 10% de qualquer sociedade nasce com ou adquire alguma deficiência.

De maneira expressa a referida Carta salienta que é preciso a criação de políticas, cuja finalidade seja o respeitem à dignidade de todos e atenção aos benefícios resultantes da diversidade existente entre os indivíduos.

Portanto, evidencia-se que tanto a pessoa com deficiência como a sua família devem receber os serviços de reabilitação, os quais não estão restritos ao nível nacional – alcançando também o internacional, para que se promova entre aqueles uma vida com independência, otimizando seu bem-estar mental, físico e funcional.

1.4 DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA

A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25 de junho de 1993, assenta que deverá ser garantida a igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência através da eliminação de todas as formas de barreiras, que possam excluir ou limitar a plena vida em sociedade, independentemente da forma que se manifestem, podem ser barreiras físicas, financeiras, sociais ou psicológicas.

2. DEFINIÇÕES

2.1 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIENTES

A resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75 trouxe o termo "pessoas deficientes" aludindo a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida tanto social quanto individual devido a uma deficiência, que pode ser congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

O conceito supracitado há muito foi suplantado, tendo em vista que não atendia fielmente a realidade dessa parcela da sociedade.

2.2 PROGRAMA DE AÇÃO MUNDIAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 03 de dezembro de 1982 a resolução 37/52 do Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência trouxe outras definições, que são adotadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), diferenciando deficiência, incapacidade e invalidez.

Nestes termos:[6]

> "Deficiência: Toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica.
> Incapacidade: Toda restrição ou ausência (devido a uma deficiência), para realizar uma atividade de forma ou dentro dos parâmetros considerados normais para um ser humano.
> Invalidez: Uma situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade que limita ou impede o desempenho de uma função normal no seu caso (levando-se em conta a idade, o sexo e fatores sociais e culturais). "

Fica evidente que as pessoas com deficiência estão longe de comporem um grupo homogêneo, já que barreiras diferentes são enfrentadas por grupos distintos, como as pessoas com enfermidades, bem como deficiências intelectuais, auditivas ou da fala; conta-se também com as pessoas que tem mobilidade restrita ou deficiências orgânicas.

2.3 CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA – CIEDPD

Aprovado pelo Conselho Permanente na sessão realizada em 26 de maio de 1999 e promulgada pelo Decreto N.º 3.956/2001, entrando em vigor no Brasil em 14 de

---

[6] ____ – Organização das Nações Unidas. *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência - CEDIPOD* Resolução 37/52, Nova York: A/37/51, 1982.

setembro de 2001, ratificou em seu artigo primeiro[7], item 1, a definição de deficiência apartada do significado de incapacidade e invalidez, conforme o já elucidado na resolução 37/52.

> "Para os efeitos desta Convenção, entende-se por: [...] O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. [...] "

Pode-se destacar que a inovação desse entendimento está voltada à inclusão das pessoas com deficiência, o qual pode ter sua origem ou agravamento pelo ambiente econômico e social em que convive.

2.4 INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - IPD

No âmbito nacional a legislação pátria teve a cautela de não vincular incapacidade à deficiência como limitação genérica, pois ser partidária desse entendimento - seria desconsiderar que nem toda deficiência resulta em limitação de capacidade ou problemas de desempenho, assim como, desconsideraria o comprometimento unicamente em funções específicas, o que não necessariamente prejudicará a realização de outras.

Assim, o conceito de deficiência passou a ser compreendido como:[8]

> "Toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade ou capacidade parcial (aqui entendida como a impossibilidade ou a possibilidade parcial) para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano, levando-se em conta que a incapacidade é restrita a determinada atividade (andar, ver, ouvir, falar, desempenho intelectual), o que não significa incapacidade genérica."

Apesar de parecer conflitante a terminologia adotada na aludida legislação e o que consta no art. 5º, § 1º, I, do Decreto n. 5.296/2004, *a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas categorias de deficiências física, auditiva, visual, mental e múltipla*. A incapacidade registrada no dispositivo legal retro mencionado não é genérica, mas parcial.

Portanto, engana-se quem acopla esse conceito exclusivamente à doença, pois, esta pode ser uma das suas causadoras, mas não é o que a caracteriza, visto que, não deve ser confundida uma das causas que a podem provocar com o que a constitui de fato.

3. CONVENÇÃO SOBRE O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - CDPD

As atrocidades cometidas no holocausto engendraram uma corrida pela defesa dos direitos humanos, na qual se buscou partilhar valores básicos do bem comum e principalmente a garantia da dignidade humana.

Não basta estabelecer metas, definir um conceito e programar a implementação de medidas para conseguir os seus objetivos, é necessário que se estabeleça uma política de estatísticas de coleta de dados para ser instrumento de informações fidedignas, como bem é tratado no artigo 31 da Convenção ora em comento.

Assim sendo, o conteúdo art. 31 da convenção mencionada também é trabalhado pelo Decreto 5.296/04 em seu artigo 47, no qual assegura a utilização da internet pelas pessoas com deficiência, o que necessita de investimentos na parte técnica e financeira, possibilitando transferência de conhecimentos, tecnologias e muito mais.

Em virtude da importância da cooperação internacional, o artigo 32 do CDPD versou acerca desse auxílio, *verbis*:[9]

---

[7] ____ – Organização das Nações Unidas. *Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência – CIEDPD. Guatemala*, 1999.

[8] _____. *Inclusão de pessoas com deficiência / Grupo de Trabalho Inclusão para Pessoas com Deficiência – MPF – PFDC.* – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006, p. 11.

[9] _____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada.* Op. cit.,p. 153.

> "1. Os Estados Partes reconhecem a importância da cooperação internacional e de sua promoção, em apoio aos esforços nacionais para a consecução do propósito e dos objetivos da presente Convenção e, sob este aspecto, adotarão medidas apropriadas e efetivas entre os Estados e, de maneira adequada, em parceria com organizações internacionais e regionais relevantes e com a sociedade civil e, em particular, com organizações de pessoas com deficiência [...]. "

O desenvolvimento só é inclusivo quando promove a liberdade, a igualdade de oportunidades e direitos para todas as pessoas, sem discriminação de qualquer espécie, quer dizer, quando potencializa os direitos e capacidades da diversidade humana.

4. PROGRAMA DE AÇÃO MUNDIAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - CEDIPOD

4.1 MARGINALIZAÇÃO

A Resolução 37/52 oriunda do Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, debateu acerca da multiplicidade de causas e consequências da deficiência, isto é, as variações são o resultado das diferentes condições socioeconômicas, apesar do bem-estar ser assegurado a toda a sociedade.

Inúmeros são os fatores que influenciam para a marginalização social, e esses foram elencados no Cedipod/1982, quais sejam:[10]

> a) As guerras e suas consequências e outras formas de violência e destruição: a fome, a pobreza, as epidemias e os grandes movimentos migratórios.
> b) A elevada proporção de famílias carentes e com muitos filhos, as habitações superpovoadas e insalubres, a falta de condições de higiene.
> c) As populações com elevada porcentagem de analfabetismo e falta de informação em matéria de serviços sociais, bem como de medidas sanitárias e educacionais.
> d) A falta de conhecimentos exatos sobre a deficiência, suas causas, prevenção e tratamento; isso inclui a estigmatização, a discriminação e ideias errôneas sobre a deficiência.
> e) Programas inadequados de assistência e serviços de atendimento básico de saúde.
> f) Obstáculos, como a falta de recursos, as distâncias geográficas e as barreiras sociais, que impedem que muitos interessados se beneficiem dos serviços disponíveis.
> g) A canalização de recursos para serviços altamente especializados, que são irrelevantes para as necessidades da maioria das pessoas que necessitam desse tipo de ajuda.
> h) Falta absoluta, ou situação precária, da infraestrutura de serviços ligados à assistência social, saneamento, educação, formação e colocação profissionais.
> i) O baixo nível de prioridade concedido, no contexto do desenvolvimento social e econômico, às atividades relacionadas com a igualdade de oportunidades, a prevenção de deficiências e a sua reabilitação.
> j) Os acidentes na indústria, na agricultura e no trânsito.
> k) Os terremotos e outras catástrofes naturais.
> l) A poluição do meio ambiente.
> m) O estado de tensão e outros problemas psicossociais decorrentes da passagem de uma sociedade tradicional para uma sociedade moderna.

[10] ____ – Organização das Nações Unidas. *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência.* Op. Cit., parágrafo 40.

> n) O uso indevido de medicamentos, o emprego indevido de certas substâncias terapêuticas e o uso ilícito de drogas e estimulantes.
> o) O tratamento incorreto dos feridos em momentos de catástrofe, o que pode ser causa de deficiências evitáveis.
> p) A urbanização, o crescimento demográfico e outros fatores indiretos.

Evidencia-se que inúmeras são as causas das deficiências, algumas a acompanham desde o seu nascimento, enquanto outras são adquiridas ao longo da vida; no entanto, essas não têm a sua deflagração apenas em doenças, mas também são influenciadas pela estreita relação entre deficiência e pobreza.

É fato, também, que o analfabetismo e consequentemente a falta de informação a respeito das medidas sanitárias e educacionais influenciam nesse cenário, bem como as acepções errôneas que são formadas em relação à deficiência.

Além disso, o próprio desenvolvimento econômico por vezes contribui com essa situação, como quando o investimento é nenhum ou irrisório no que tange às atividades que visam à igualdade de oportunidades, à prevenção e reabilitação, não se pode deixar de mencionar que os acidentes nos mais diversos setores, dentre eles a indústria, a agricultura e o trânsito são fatores reflexos da urbanização que se inserem nas causas da deficiência.

É possível ainda mencionar nesse cenário as causas decorrentes de elementos naturais, como terremotos, tsunamis, furações e todas as outras formas de catástrofes da natureza.

Além do mais, é provável que uma das maiores e por que não dizer a sua mais proeminente colaboradora é a gerada pela ambição do homem - as guerras e todas as outras formas de violência e destruição.

4.2 DECLARAÇÃO DE SAPPORO

Em 18 de outubro de 2002 a Declaração de Sapporo trouxe como um dos seus apelos a oposição às guerras, violência e todas as formas de opressão, uma vez que, por causa de artefatos de guerra a exemplo das minas terrestres, diariamente não só soldados, mas também mulheres e crianças passam a somar os grupos de pessoas com deficiência.

4.3 GRUPOS ESPECIAIS

O Cedipod e o relatam que há grupos que são ainda mais frágeis dentre os frágeis e nesses grupos ditos especiais estão mulheres, crianças, idosos, vítimas de crimes e da violência, vítimas da tortura, refugiados e trabalhadores migrantes.

4.3.1 Mulheres

Nesse sentido o art. 6 do CDPD:[11]

> "Mulheres com deficiência
> 1. Os Estados Partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.
> 2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na presente Convenção. "

Apesar das mulheres gradativamente conquistarem visibilidade e notoriedade na sociedade, em oposição ao estado de submissão a que era relegada, inúmeros ainda são os países que insistem em colocar a mulher em patamar de inferioridade, culminando em desvantagens sociais, econômicas e culturais, criando, assim, obstáculos ao acesso

[11] _____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada.* Op. cit.,p. 137-138.

básico à saúde, à educação e colocação profissional. Logo, é patente que, nascer ou adquirir uma deficiência nesse grupo especial é reduzir a grandezas mínimas a sua participação e espaço na vida da comunidade.

4.3.2 Crianças

Nos termos do art. 7º da CDPD:[12]

> " Crianças com deficiência
> 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
> 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.
> 3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito. "

Além dos obstáculos físicos enfrentados por todos quando se é criança, indivíduos ainda em formação, deparam-se com a atmosfera de rejeição e exclusão vivenciada muitas vezes no interior de sua própria família.

4.3.3 Idosos

Cada vez mais os países estão enquadrando-se dentre aqueles que apresentam a pirâmide de crescimento demográfico invertido ou com a base alargada, já que a população idosa está vivendo mais e melhor, fenômeno encontrado nos países desenvolvidos, e que aos poucos está se disseminando aos demais.

O Cedipod ilustra que cerca de dois terços da população de deficientes é constituída por pessoas idosas, de forma que, essa camada necessita de tratamento, reabilitação e apoio diferenciado, pois as suas carências, em sua maioria, são diferentes das que acometem os mais jovens.

4.3.4 Vítimas de crimes e da violência

Segundo art. 16 da CDPD:[13]

> "Prevenção contra a exploração, à violência e o abuso
> 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras, para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero.
> 2. Os Estados Partes também tomarão todas as medidas apropriadas para prevenir todas as formas de exploração, violência e abuso, assegurando, entre outras coisas, formas apropriadas de atendimento e apoio que levem em conta o gênero e a idade das pessoas com deficiência e de seus familiares e atendentes, inclusive mediante a provisão de informação e educação sobre a maneira de evitar, reconhecer e denunciar casos de exploração, violência e abuso. Os Estados Partes assegurarão que os serviços de proteção levem em conta a idade, o gênero e a deficiência das pessoas.
> 3. A fim de prevenir a ocorrência de quaisquer formas de exploração, violência e abuso, os Estados Partes assegurarão que

[12] Idem
[13] Ibidem, p. 142.

> todos os programas e instalações destinados a atender pessoas com deficiência sejam efetivamente monitorados por autoridades independentes.
> 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, a dignidade e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.
> 5. Os Estados Partes adotarão leis e políticas efetivas, inclusive legislação e políticas voltadas para mulheres e crianças, a fim de assegurar que os casos de exploração, violência e abuso contra pessoas com deficiência sejam identificados, investigados e, caso necessário, levados à justiça. ”

Um dos ramos da criminologia é a vitimologia, foi a partir desta que teve início a importância do papel de aferir as lesões sofridas pelas vítimas de crimes e da violência. Essas podem causar deficiência temporária ou permanente.

Diante disso, é imprescindível a proteção dentro e fora do lar contra todas as formas de exploração e abuso. Todavia, não basta proteger, é preciso também recuperar e reinserir as vítimas da violência, por isso se busca a promoção à saúde, ao bem-estar, ao auto-respeito, à dignidade e à autonomia sem esquecer as particularidades de cada um.

4.3.5 Vítimas de tortura

De acordo com o art. 15 da CDPD:[14]

> “ Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.
> 1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.
> 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra, para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. ”

Assim como as vítimas de crimes e da violência, as vítimas de tortura também compõem o grupo especial, na qual esse estado não é atribuído a uma atividade normal ou a um acidente de trabalho, nem a um problema congênito, mas apresenta como causa a barbárie do homem.

4.4 LINHAS DE ATUAÇÃO: PREVENÇÃO, REABILITAÇÃO, IGUALDADE DE OPORTUNIDADES.

4.4.1 Prevenção

O progresso, principalmente o econômico, é acompanhado de uma série de transformações, não apenas nesse setor, mas em toda a sociedade. É inegável o surgimento de novas oportunidades, novos perigos e problemas sociais.

Desse modo, cada vez se torna mais expressiva a importância de políticas que possam atender programas de nutrição, saúde, propagação da educação básica, de sorte que, para acompanhar a evolução industrial e tecnológica, seja propagado o conhecimento para prevenção de acidentes tanto na área urbana como na área rural.

---

[14] Ibidem, p. 141-142.

O Cedipod elucida que a prevenção não se faz de forma única, mas, sim de maneira contínua, ou seja, não basta melhorar as condições de higiene, vigilância sanitária e cuidados básicos de saúde, é preciso proporcionar meios para que o conhecimento seja difundido, além de aconselhar os pais em matéria de genética e pré-natal, vacinação e combate às doenças e infecções, além de ser igualmente necessário a melhoria na alimentação e qualidade do meio ambiente.

O Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência – Cedipod pautou medidas concretas que objetivam evitar tais condições:[15]

> "(...) 3. As deficiências causadas pela desnutrição, pelas infecções e pela negligência poderiam ser evitadas, graças a uma melhoria de baixo custo, dos cuidados básicos de saúde.
>
> 4. Muitas incapacidades que surgem mais tarde na vida das pessoas poderiam ser retardadas ou evitadas. Existem atualmente pesquisas prometedoras sobre o combate a doenças degenerativas e hereditárias.
>
> 5. A incapacidade não deve necessariamente constituir uma deficiência. Frequentemente, ela é agravada pela ausência de soluções simples e as atitudes e as estruturas da sociedade aumentam os riscos de que um indivíduo seja colocado numa situação de desvantagem devido a uma deficiência. É urgente que se faça uma informação permanente do público em geral e dos profissionais.
>
> 6. Os casos de deficiência que poderiam ser evitados são uma das principais causas de desperdício econômico e de carências do ser humano em todos os países, tanto industrializados quanto em desenvolvimento. Essa perda pode ser reduzida rapidamente.
>
> As técnicas que possibilitarão a prevenção e o controle da maior parte das deficiências já existem e estão se aprimorando, mas é necessário que a sociedade esteja decidida a resolver esses problemas. É necessário dar uma nova orientação aos programas sanitários existentes, tanto nacionais quanto internacionais, de forma a garantir a difusão dos conhecimentos e de tecnologia.
>
> 7. Embora já exista tecnologia adequada para garantir o tratamento preventivo e curativo da maioria das deficiências, os progressos espetaculares havidos recentemente no campo da pesquisa biomédica prometem novos instrumentos revolucionários que reforçarão grandemente todas as intervenções. Tanto a pesquisa de base quanto a aplicada merecem receber apoio nos anos vindouros. "

É fundamental adotar postura que possibilite detectar o mais cedo possível os sintomas e sinais da deficiência, bem como buscar mecanismos curativos ou corretores necessários que evitem a incapacidade ou reduzam significativamente sua gravidade, evitando que se converta, em certos casos, em uma condição permanente.

4.4.2 reabilitação

Estudos feitos pela Cedipod esclarecem que o modelo antigo de reabilitação pautado em serviços especializados realizados em estabelecimentos específicos, paulatinamente, são substituídos por programas que verdadeiramente integram os serviços médicos, sociais e pedagógicos com a participação da comunidade e das famílias.

Assim sendo, ratifica-se que pessoas com deficiência podem, sim, viver de forma independente, tão somente é preciso o fornecimento dos serviços necessários à potencialização das aptidões dessa parcela da sociedade.

---

[15] ____ – Organização das Nações Unidas. *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência.* Op. Cit., parágrafo 54.

É sabido que vasto número de pessoas com deficiência necessitam de equipamentos técnicos de apoio, no entanto, não são todos os países que gozam de recursos suficientes para desenvolver a tecnologia necessária à fabricação de equipamentos que auxiliam na locomoção, comunicação e até mesmo em situações simples do cotidiano.

Não se pode aceitar que a alegação quando não devidamente comprovada da inviabilidade econômica, seja entrave intransponível à reabilitação, não se pode negar que ainda hoje se faz necessário a criação de dispositivo mais simples e a preços mais acessíveis, mas sem perder a sua eficácia, para que atenda a contento a relação custo-benefício.

4.4.3 igualdade de oportunidades

As medidas políticas e sociais são alguns dos estágios para assegurar a participação das pessoas com deficiência na vida em sociedade, mas somente será alcançada por meio da superação da discriminação.

> "Muitos países estão adotando medidas importantes para eliminar ou reduzir os obstáculos à participação plena. Em muitos casos, houve promulgação de leis destinadas a garantir, de direito e de fato, o acesso das pessoas deficientes ao ensino, ao trabalho e aos serviços e instalações da comunidade, à eliminação das barreiras culturais e materiais e à proibição de toda e qualquer discriminação contra as pessoas deficientes. Observa-se uma tendência para sair da vida em instituições especializadas, para ascender a uma vida na comunidade. [...] A conscientização quanto à necessidade de tais medidas vem aumentando de forma significativa. Em muitos casos, foram lançadas campanhas de sensibilização e educação do público, a fim de promover uma modificação das atitudes e do comportamento para com as pessoas deficientes. "[16]

Devem ser observados inúmeros setores, como o acesso aos sistemas de transporte coletivo, o acesso à informação, educação inclusiva e outras. Com efeito, por intermédio de documentos de amplitude internacional ou até mesmo nacionais - as próprias pessoas com deficiência tomaram a iniciativa de fazer com que sejam melhor compreendidas nos processos de igualdade e oportunidades, almejando a integração na coletividade.

Assim sendo, para que essa igualdade seja deveras alcançada, faz-se necessária a eliminação de todas as formas de discriminação. Não alheia a essa realidade, a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência de 1999, trouxe no bojo do art. 1º, item 2, alíneas *"a"* e *"b",* essa importância, *verbis.*[17]

> "2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.
> a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.
> b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à

[16] Ibidem, parágrafo 61.
[17] ____ – Organização das Nações Unidas. *Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.* Op. cit., item 2.

> igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação. ”

O artigo terceiro da supracitada Convenção apresenta as medidas a serem adotadas no âmbito legislativo, social, educacional, trabalhista que proporcionem a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração.

Por fim, o programa de ação mundial para as pessoas com deficiência em seu art. 109 ambiciona que os Estados Membros assumam a responsabilidade da efetividade de oportunidades iguais a toda a população, para que ninguém seja tolhido do exercício dos seus direitos e liberdade.

5. INTEGRAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A legislação brasileira, desde 1989 com a Lei 7.853, se preocupou com a integração social, instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos, bem como com a atuação do Ministério Público, inclusive, asseverando a dissociação de toda forma de discriminação e assegurando a igualdade tanto de tratamento como de oportunidades, conforme já tratado em dispositivos internacionais para garantir o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

A integração se dará por meio de medidas positivas do poder público, a qual visará diversos setores da sociedade como educação, saúde, trabalho, lazer, previdência social e amparo à infância e à maternidade, sendo tal rol exemplificativo, visto que poderá ser estendido para atender à fiel execução desse objetivo.

Foi na década de 90 que teve início as discussões acerca do que seria a dita Inclusão Social.

Segundo Werneck:[18]

> “Uma sociedade inclusiva é aquela capaz de contemplar, sempre, todas as condições humanas, encontrando meios para que cada cidadão, do mais privilegiado ao mais comprometido, exerça o direito de contribuir com seu melhor talento para o bem comum.”

Dessa feita, a sociedade deve conscientizar-se que ela cria problemas e barreiras às pessoas com deficiência, circunstância que acaba por culminar em incapacidades ou desvantagens, na acepção referida no item 2.2, no desempenho das suas atividades sociais.

Assim, conforme preleciona Melissa Bahia – *o princípio da inclusão se baseia na aceitação das diferenças individuais e na valorização do indivíduo, sabendo aceitar a diversidade, num processo de cooperação e conhecimento.* [19]

Na esfera internacional temos o dispositivo da Cedipod, em seu parágrafo 122, assalta a implantação dos serviços educacionais para crianças e/ou adultos com deficiência, na qual a educação deverá ser individualizada, acessível e universal, a seguir detalhados:

Individualizados - são os baseados nas necessidades que são avaliadas e reconhecidas pelas autoridades, pelos administradores, pelos pais e pelos próprios alunos portadores de deficiência e devem levar em consideração as metas educacionais e os objetivos de curto prazo.

Acessíveis - quanto ao local, ou seja, não suscitar um esforço desmedido no deslocamento entre a residência do aluno e o local de ensino.

---

[18] WERNECK, C. *Você é gente? O direito de nunca ser questionada sobre o seu valor humano.* Rio de Janeiro: WVA, 2003, p. 200.

[19] BAHIA, M. S., *Responsabilidade social e diversidade nas organizações: contratando pessoas com deficiência.* Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006, p. 03.

Universais – atender a todas as pessoas que tenham necessidades especiais, independentemente de idade ou grau de deficiência, de modo que nenhuma criança em idade escolar seja excluída do acesso à educação em virtude da gravidade da sua deficiência, nem receba serviços educacionais consideravelmente inferiores àqueles de que desfrutam os demais estudantes.

5.1 SAÚDE

No comentário do art. 25, da CDPD comentada, ao tratar do tema saúde, as autoras Marineia Crosara de Resende e Sueli Aparecida Freire, de maneira esclarecedora, trouxeram o questionamento da difícil definição do que pode ser conceituado como saúde, uma vez que o seu sentido pode ser caracterizado como um fenômeno multifacetado e relacionado a capacidade de adaptação.

Assim sendo, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 assegura a todos os cidadãos o direito à saúde, no sentido de mirar o bem-estar físico, mental e social, no qual deve ser garantido às pessoas com deficiência, tratamentos, terapias, próteses.

Vale salientar que, cabe ao Estado a responsabilidade de garantir a todo e qualquer cidadão o direito integral à saúde, de forma igualitária e gratuita. Isto ocorre atualmente através do Sistema Único de Saúde- SUS que é universal e igualitário, proporciona o ingresso de todos, sem distinção e, principalmente, independentemente de qualquer contribuição, apesar de ser insuficiente para atender de modo satisfativo ao enorme número de usuários, consoante dispõe o art. 7º, da Lei 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde.

Segundo o manual A Pessoa com Deficiência e o Sistema Único de Saúde do Ministério da Saúde, fica a cargo das secretarias estaduais e municipais de saúde a informação acerca dos locais onde são realizadas as ações de prevenção como: acompanhamento pré-natal e pós-natal (incluindo teste do pezinho, teste da orelhinha e triagem visual); bem como o acompanhamento do crescimento e desenvolvimento da criança; prevenção de hanseníase; programas de vacinação contra poliomielite, sarampo e rubéola; aconselhamento genético.[20]

Além de promover o acesso aos exames mais específicos para detecção de doenças genéticas que possam determinar o aparecimento de alguma deficiência, com destaque para o exame de cariótipo e outros erros inatos do metabolismo em geral, tais como: fenilcetonúria, hemolobinopatias, hipertiroidismo congênito.

5.2 FORMAÇÃO PROFISSIONAL E TRABALHO

A Convenção 111, convocada em Genebra, no dia 4 de junho de 1958, apresenta, em seu artigo 2º o comprometimento dos seus membros na formulação e aplicação de uma política nacional que tenha a finalidade de promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa seara.

Em 1º de junho de 1983, foi a vez da Convenção 159 ratificar em seu artigo 4º o princípio da igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral, assim como medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores com deficiência e trabalhadores sem deficiência, que não devem ser vistos de maneira discriminatória.

Em 20 de dezembro de 1993, na Assembléia Geral das Nações Unidas, o documento das Normas para equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência da ONU aborda os Estados na qualidade de empregadores com o dever de criar condições favoráveis para o emprego de pessoas com deficiências no setor público. E para as pessoas com deficiências, cujas necessidades não possam ser atendidas dessa forma, existe a alternativa de criar pequenas unidades de emprego protegido ou apoiado.

Sendo assim, a convenção dos direitos das pessoas com deficiência de trouxe em seu artigo 27 a liberdade de escolha de trabalho, adaptação física e atitudinal dos locais de trabalho, formação profissional, justo salário em condição de igualdade com qualquer

---

[20] _____. *A pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.* – 2. ed. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 11.

outro cidadão, além disso, sustentou a importância de condições seguras e saudáveis no trabalho, por meio da preservação do emprego e a proteção contra o trabalho forçado e escravo. [21]

No Brasil, foi no governo de Getúlio Vargas que teve início o pensamento da participação das pessoas com deficiência na sociedade, e, com a implementação da CLT, surgiram as primeiras políticas assistencialistas, conforme elucida Melissa Santos Bahia, foram concedidos direitos, como: serviços de reabilitação, educação e trabalho, no entanto, em ambientes especiais e separados da rotina da sociedade. [22]

Dentre as normas infraconstitucionais brasileiras, pode-se citar a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT em seus artigos: 461 da CLT, que trata da igual remuneração para trabalho de igual valor e 373-A, que cuida de vedar práticas discriminatórias em relação ao trabalho da mulher e dos critérios utilizados para impedir o acesso a cargos, promoções, remuneração, formação profissional e outros.

O Código Penal brasileiro, manifesta-se pela vedação do trabalho forçado e das situações degradantes de trabalho, de qualquer pessoa, inclusive da pessoa com deficiência, como aquela análoga ao de escravo, que se configura em infração penal nos artigos 149, 203 e 207 e na Lei 7853/89.

A Lei 8.112/90 cumulada com o art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal certifica o direito à pessoa com deficiência de se inscrever em concurso público para o provimento de cargo da administração pública direta, sendo-lhe reservadas até 20% das vagas oferecidas nesse concurso.

As pessoas com deficiência são afiançadas requerer tratamento diferenciado para a realização das provas e exames, indicando as condições diferenciadas para a sua realização como intérpretes de Libras, ledor, escribas e adaptações, segundo prazo fixado no Edital. Não podendo, portanto, conter diferenciações entre o conteúdo da prova desses e dos demais candidatos, nem diferenças nos critérios de aferição e avaliação, conforme o artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei 8.112/90.

No que tange às empresas com 100 ou mais empregados, manifesta-se a Lei 8.213/91 referente à reserva de cargos, obrigados ao preenchimento de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência e beneficiários reabilitados.

O paradigma da inclusão social significa que tanto os sistemas sociais como os comuns necessitam de modificações, para que qualquer pessoa com deficiência ou não, consiga exercer em plenitude os seus direitos e deveres em sociedade.

Logo, admitir profissionais com deficiência importa na promoção da valorização da diversidade humana, bem como no reconhecimento da sua utilidade às empresas e a sociedade.

6. ASSISTÊNCIA SOCIAL

Um dos pontos abordados pelo programa de ação mundial para as pessoas com deficiência foi a manutenção da receita e da seguridade social, no qual os Estados Membros deveriam envidar esforços com o escopo de assegurar a igualdade de oportunidades na obtenção de todas as formas de receitas econômicas, manutenção desta e seguridade social. Vale frisar que essa distribuição deve ocorrer de forma ajustada ao sistema econômico e ao grau de desenvolvimento de cada Estado Membro.

No âmbito nacional, a Constituição Federal em seu art. 203, inciso V, ao tratar da liberdade como autonomia apreciada por políticas de assistência social, obriga o sistema de seguridade social a remunerar com o benefício de um salário mínimo a pessoa com deficiência, desde que impossibilitada de ter provida sua manutenção por si, ou pela família, bem como preencha os critérios de miserabilidade aferida pelo judiciário diante do caso concreto, balizado pelo entendimento consolidado na jurisprudência.

De forma mais específica a Lei 8.742, de dezembro de 1993, dispõe sobre a organização da assistência social e em seu art. 2º, elenca os seus objetivos, dentre eles destaca a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

---

[21] _____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada.* Op. cit., p. 27.
[22] BAHIA, M. S., Op. cit., p. 21.

6.1 BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA

É benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da CF, como uma vertente da seguridade social [23]. E regulamentado nos artigos 20 e 21 da Lei 8.742, de dezembro de 1993, *in verbis:*

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com sessenta e cinco anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.
> [...]
> § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo.
> § 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.
> [...]
> Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.
> [...]
> § 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento.

De forma breve, em razão da gama de conteúdos que podem ser abordados no BPC-LOAS, como também é conhecido o Benefício da Prestação continuada, é importante registrar que o Superior Tribunal de Justiça reiterou o posicionamento anteriormente manifestado, no sentido de que a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui recursos suficientes para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, quer dizer - a condição socioeconômica hipossuficiente pode ser obtida por outros meios de prova que não a renda *per capita*, pois, entender que o fato desta ser superior ao valor estabelecido em lei seria suficiente para negar a concessão do benefício requerido, é o mesmo que esvaziar o direito trazido pela própria lei instituidora. [24]

Assim sendo, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais em sua Súmula nº 11 pacificou a interpretação capitaneada pelo STJ e declarou que "a renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante".

Por fim, o Supremo Tribunal Federal em 2013 ao julgar os Recursos Extraordinários 567985/MT e 580963/PR, bem como a Reclamação Constitucional 4374/PE, decidiu que o critério da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, previsto no § 3º, do art. 20 da Lei 8.742/93 é inconstitucional como critério único para aferição dos critérios de miserabilidade para fins de percepção do BPC-Loas.

7. EDUCAÇÃO ESPECIAL

O sistema geral de ensino quando não satisfaz as necessidades de todas as pessoas com deficiência, surge a possibilidade da implantação do ensino especial, cujo objetivo é preparar os alunos para a integração no sistema geral de ensino[25]. No mínimo, deve ser atribuída aos estudantes com deficiências a mesma percentagem dos recursos

---

[23] _____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2012.

[24] _____. *Superior Tribunal de Justiça.* AgRg no Resp 1267161 PR 2011/0169499-5, min. OG Fernandes, T6 - SEXTA TURMA, data de julgamento: 13/09/2011.

[25] _____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada.* Op. cit., p. 84.

educativos destinada aos estudantes sem deficiência. Embora, em alguns casos, o ensino especial ainda possa ser considerado como a forma mais adequada de ministrar educação a alguns estudantes com deficiência.

Um dos dispositivos nacionais que tratam desse assunto é o Decreto-lei 1.044 de 21.10.1969:[26]

> Artigo 1º São considerados merecedores de tratamento excepcional os alunos de qualquer nível de ensino, portadores de afecções congênitas ou adquiridas, infecções, traumatismo ou outras condições mórbidas, determinando distúrbios agudos ou agudizados, caracterizados por:
> a) incapacidade física relativa, incompatível com a freqüência aos trabalhos escolares; desde que se verifique a conservação das condições intelectuais e emocionais necessárias para o prosseguimento da atividade escolar em novos moldes;
> b) ocorrência isolada ou esporádica;
> c) duração que não ultrapasse o máximo ainda admissível, em cada caso, para a continuidade do processo pedagógico de aprendizado, atendendo a que tais características se verificam, entre outros, em casos de síndromes hemorrágicos (tais como hemofilia), asma, cardite, pericardites, afecções osteoarticulares submetidas à correções ortopédicas, nefropatias agudas ou subagudas, afecções reumáticas, etc...;
> Artigo 2º Atribuir a esses estudantes, como compensação da ausência às aulas, exercícios domiciliares com acompanhamento da escola, sempre que compatíveis com o seu estado de saúde e as possibilidades do estabelecimento.
> Artigo 3º Dependerá o regime de exceção neste Decreto-lei estabelecido, de laudo médico elaborado por autoridade oficial do sistema educacional.

Em 1996, por meio da Lei 9.394, as diretrizes e bases da educação nacional brasileira foram estabelecidas, abordando em seu texto a modalidade de educação escolar especial quando não for viável a sua integração no modelo geral, como pode ser verificado na transcrição do art. 58 e seguintes do referido diploma legal:

> "Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.
> § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.
> § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.
> § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.
> Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

---

[26] _____. *Decreto-lei 1.044, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre tratamento excepcional para os alunos portadores das afecções que indica.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

> II - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;
> IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;
> V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.
> Art. 59-A. O poder público deverá instituir cadastro nacional de alunos com altas habilidades ou superdotação matriculados na educação básica e na educação superior, a fim de fomentar a execução de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento pleno das potencialidades desse alunado.
> Parágrafo único. A identificação precoce de alunos com altas habilidades ou superdotação, os critérios e procedimentos para inclusão no cadastro referido no caput deste artigo, as entidades responsáveis pelo cadastramento, os mecanismos de acesso aos dados do cadastro e as políticas de desenvolvimento das potencialidades do alunado de que trata o caput serão definidos em regulamento. " [27]

A coleta de dados é de vital importância para se ter políticas públicas eficazes. No entanto, somente a partir do Censo Demográfico de 2000 é que foram fornecidos dados mais precisos sobre o assunto.

A Lei 10.172 de 2001 do plano nacional de educação traz em seu anexo algumas informações dos dados coletados, a saber: 48,2% dos estabelecimentos de educação especial em 1998 eram estaduais; 26,8%, municipais; 24,8% particulares e 0,2% federais. Como os estabelecimentos são de diferentes tamanhos, as matrículas apresentam alguma variação nessa distribuição: 53,1% são da iniciativa privada; 31,3%, estaduais; 15,2% municipais e 0,3% federais.

Apesar do número de alunos ser considerável, ainda é insatisfatória a acessibilidade desses tanto nos espaços físicos, quanto intelectual, já que apenas 14% desses estabelecimentos dispunham de instalação sanitária para alunos com deficiência. Vale ressaltar que não basta eliminar as barreiras arquitetônicas, também é primordial que o material didático-pedagógico seja adequado ao aprendizado de cada aluno em suas especificidades.

8. ACESSIBILIDADE

No Brasil, 14,5% da população, ou seja, aproximadamente 24,6 milhões de pessoas apresentaram algum tipo de incapacidade ou deficiência, de acordo com o Censo do IBGE[28], são pessoas com ao menos alguma dificuldade de enxergar, ouvir, locomover-se ou alguma deficiência física ou intelectual.[29]

Além do mais, estudos apontam, conforme mencionado no preâmbulo da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência, que a pobreza e a deficiência estão diretamente ligadas por múltiplas razões, sendo louvável que a Convenção

---

[27] _____. *Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em 31 de agosto de 2016.

[28] SOUSA, O. B. de. *Dados de deficiências e pessoas com deficiência, por Estado e Regiões Brasileiras, segundo o Censo/IBGE/2000.* Disponível em: < http://www.centroruibianchi.sp.gov.br/portal.php/estatisticas> Acesso em: 20 de novembro de 2012. p. 01.

[29] BAHIA, M. S., Op. cit., p. 02.

contemple o desenvolvimento, conceito extraído dos diferentes documentos oficiais do sistema das Nações Unidas, que além de sustentável deve ser necessariamente inclusivo.[30]

Falar em acessibilidade também é falar de direitos humanos, vai além dos princípios morais que regem a organização da sociedade e o próprio direito, ou melhor, vai além dos diversos tratados e constituições que estabelecem direitos individuais e coletivos, incluem-se nessa esfera diversas normas jurídicas que apresentam fundamento nos interesses da pessoa humana, sejam estas programáticas ou não.

É sabido que o direito humano está voltado a garantir a existência digna da pessoa humana, portanto, todas as pessoas devem ser respeitadas em sua totalidade, independentemente, de ser idoso, estrangeiro, refugiado, pessoa com deficiência, preso ou negro.

Assim, em 2009 o Decreto 7.037 elegeu prioridades e propostas concretas de caráter administrativo, legislativo e político-cultural por meio de inúmeras diretrizes para abrandar os mais graves problemas que impossibilitam ou dificultam aqueles direitos.

A CDPD se refere à acessibilidade como ferramenta para que as pessoas com deficiência atinjam sua autonomia em todos os aspectos da vida, não se restringindo apenas à acessibilidade do meio físico, mas também àquela associada aos meios de informação e comunicação.[31]

A eliminação de barreiras físicas abarca parcela significativa da sociedade, em especial pessoas com deficiência, idosos, pessoas com mobilidade reduzida, crianças e gestantes. Possibilita que se atenuem as desvantagens de deslocamento que estes sofrem. Apesar da dificuldade de acesso aos meios de comunicação, também é dever do Estado encorajar estes meios, em especial a televisão, os rádios e os jornais para que tornem seus serviços acessíveis.

Dessa forma, o art. 47 do Decreto 5.296 de 2004 dispôs sobre a obrigatoriedade da acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na internet para o uso das pessoas com deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis, e no §1º do art. 58, é fixado o prazo de 6 meses para que a indústria de medicamentos disponibilizasse exemplares de bulas dos medicamentos em meio magnético, em braile ou em fonte ampliada. Vale igual aplicação aos fabricantes de equipamentos eletroeletrônicos e mecânicos e de uso doméstico.

Sendo assim, a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, centralizava no ordenamento jurídico brasileiro as normas gerais e os critérios básicos para a promoção da acessibilidade, no qual alvejava o desaparecimento das barreiras nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios, bem como nos meios de transporte e de comunicação.

Por seu turno, a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é um verdadeiro marco para inclusão dessa expressiva parcela da sociedade brasileira, pois normatizou uma gama de direitos conquistados no decorrer da história e tomou por base principalmente a Convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência.

Assim, no Art. 1º do referido Estatuto, com clareza solar, foi elucidado que a finalidade desse corpo legal é assegurar e promover em condições de igualdades o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e a cidadania.

Vale mencionar o conceito de acessibilidade dado pela Lei 13.146/2015:[32]

> "Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei consideram-se:
> I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários,

---

[30] _____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada.* Op. cit., p. 24.

[31] Ibidem, p.46.

[32] _____. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm>Acesso em: 31 de agosto de 2016.

> equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;
> [...]"

Não há como se falar em acessibilidade quando é proferido tratamento discriminatório a essas pessoas, tendo em vista que, para que nenhum direito seja suplantado, é necessário que todos sejam tratados em igualdade de oportunidades, ou seja, não há espaço para nenhuma modalidade de discriminação, as quais se manifestam por vezes por meio de inúmeras barreiras.

Isto é, o não gozo da acessibilidade em suas mais variadas formas por meio das as barreiras elencadas nas alíneas *"a", "b", "c", "d", "e", "f"*, do inciso IV, do Art. 3º do Estatuto das Pessoas com Deficiência não coadunam com os direitos conquistados no caminhar da história.

Ademais, o Art. 5º da aludida norma em seu parágrafo único reiterou o entendimento de que a criança, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência são considerados especialmente vulneráveis, além de que, de forma brilhante ratificou que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, conforme o teor do Art. 6º do dispositivo legal em comento.

Salta aos olhos que, o gozo da acessibilidade caminha ao lado, não só de adequações urbanísticas, de telecomunicações e outras, mas, também, do acesso a habilitação e reabilitação, uma vez que esses processos objetivam o desenvolvimento de potencialidades e aptidões que contribuam para tão almejada autonomia e inclusão social. Nesse sentido, posicionou-se o Capítulo II, do Estatuto das Pessoas com Deficiência, em especial os artigos 14 e 16.

É necessário frisar que a acessibilidade é antes de tudo um direito e não um privilégio, a qual visa que todas as pessoas com Deficiência ou com mobilidade reduzida possam exercer de forma plena a cidadania e, portanto, não sejam impedidas de participar da vida em sociedade, conforme dispões o Art. 53, da Lei 13.146/2015 - Estatuto das Pessoas com Deficiência.

Dessa forma, a acessibilidade alberga o meio físico, de transporte, de informação e comunicação, de acordo com o Art. 55, do Estatuto supracitado. Em outras palavras, é o conjunto de mecanismos cujo fim é a inclusão dessa parcela da população por meio de ações, que em harmonia atenuam as barreiras naturais que toda pessoa deficiência ou até mesmo com mobilidade reduzida enfrenta diariamente, quer dizer, é assegurar a isonomia material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que as pessoas com deficiência estão expostas às barreiras físicas, culturais e sociais que constituem verdadeiros obstáculos em suas vidas mesmo quando dispõem de ajuda para reabilitação.

Deste modo, apenas por meio da real inclusão das minorias e dos grupos fragilizados é que a sociedade será modificada, para que todos sem distinção de grupo, raça, cor, credo, nacionalidade, limitação física ou psíquica, condição social ou econômica, possam desfrutar de uma vida de digna e sem exclusões.

Em vista disso, o processo concretivo de uma sociedade inclusiva é construído por meio de oportunidades iguais para todos os pares da sociedade, além de ser resultado de ações políticas e leis sustentadas na máxima inclusão em todos os setores da sociedade. Assim, a assistência deve ser promovida a pessoa com deficiência e à sua família, de modo que seja proporcionado o bem-estar mental, físico e funcional dentro e fora do núcleo familiar daquele.

Isto é, uma sociedade apenas poderá ser considerada inclusiva quando reconhecer a diversidade humana e as necessidades específicas dos vários grupos que a compõem. Entretanto, não basta apenas reconhecê-los é preciso também incluir e promover os mecanismos necessários para o seu desenvolvimento pessoal e social, é

preciso agenciar uma sociedade plural, inclusiva e calcada nos direitos humanos e nos bens sociais universais.

Referências :

BAHIA, M. S., *Responsabilidade social e diversidade nas organizações: contratando pessoas com deficiência.* Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Decreto-lei 1.044, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre tratamento excepcional para os alunos portadores das afecções que indica.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1044.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm >Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5296.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm#art7> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1993. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.* Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.* Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm> Acesso em: 9 de maio de 2015.

_____. *Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei 10.172, 09 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm> Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm>Acesso em: 31 de agosto de 2016.

_____. *Superior Tribunal de Justiça.* AgRg no Resp 1267161 PR 2011/0169499-5, min. OG Fernandes, T6 - SEXTA TURMA, data de julgamento: 13/09/2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077225/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1267161-pr-2011-0169499-5-stj>Acesso em: 09 de maio de 2015.

_____. *Supremo Tribunal Federal.* RE 580963, min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2602629&numeroProcesso=580963&classeProcesso=RE&numeroTema=312> Acesso em: 09 de maio de 2015.

_____. *Supremo Tribunal Federal. Rcl: 4374/PE*, min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, data de julgamento: 18/04/2013. Disponível em: <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta> Acesso em: 09 de maio de 2015.

_____. *Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.* Súmula 11 - DJ data:14/04/2004. Disponível em: < https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/> Acesso em: 09 de maio de 2015.

_____. *A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital .* _ Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

_____. *Inclusão de pessoas com deficiência / Grupo de Trabalho Inclusão para Pessoas com Deficiência – MPF – PFDC.* – Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União ; Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2006.

_____. *A pessoa com deficiência e o Sistema Único de Saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.* – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Parte Geral e LINDB.* 11ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.* 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf > Acesso em: 04 de maio de 2014.

____ - Organização das Nações Unidas. *Declaração dos direitos das pessoas deficientes.* Resolução adotada pela Assembléia das Nações Unidas 9 de dezembro de 1975, Nova York: Comitê Social Humanitário e Cultural, 1975. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf> Acesso em: 04 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência - CEDIPOD* Resolução 37/52, Nova York: A/37/51, 1982. Disponível em: < http://www.cedipod.org.br/w6pam.htm> Acesso em: 04 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Convenção nº 111*. Disponívelem:<http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#convencao111> Acesso em: 10 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Convenção nº 159.* Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#convencao159> Acesso em: 10 de maio de 2016.

_____ – Organização das Nações Unidas*. Declaração e programa de Acção de Viena. Conferência mundial sobre direitos humanos.* Viena, 1993. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Declara%C3%A7%C3%A3o-e-Programa-de-A%C3%A7%C3%A3o-de-Viena-Confer%C3%AAncia-Mundial-sobre-DH.pdf> Acesso em: 06 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Normas sobre equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência.* 1993. Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#normas1 > Acesso em: 10 de maio de 2014.

_____ **–** Organização das Nações Unidas. *Carta para o Terceiro Milênio*. Londres – Grã-Bretanha. Assembléia Governativa da REHABILITATION INTERNATIONAL.1999. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/carta_milenio.pdf> Acesso em: 10 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência* **–** *Ciedpd. Guatemala*, 1999. Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#guatemala> Acesso em: 10 de maio de 2014.

_____ – Organização das Nações Unidas. *Declaração de Sapporo.* 6º Assembléia Mundial da DPI. Japão, 2002. Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Docs_PD/Convencoes_ONU_PD.php#declasapporo> Acesso em: 10 de maio de 2014.

SOUSA, O. B. de. *Dados de deficiências e pessoas com deficiência, por Estado e Regiões Brasileiras, segundo o Censo/IBGE/2000.* Disponível em: < http://www.centroruibianchi.sp.gov.br/portal.php/estatisticas> Acesso em: 20 de novembro de 2012 .

WERNECK, C. *Você é gente? O direito de nunca ser questionada sobre o seu valor humano.* Rio de Janeiro: WVA, 2003. p. 200.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 299-311
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Efeitos do divórcio e da separação legal no direito sucessório Português e no direito sucessório comum Espanhol (análise comparada)

Effects of divorce and legal separation in the Portuguese succession law and Spanish common succession law (comparative analysis)

Diana Isabel Silva Leiras[1]
Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Sumário: I. Introdução. II. Considerações gerais: 1. Posição sucessória atual do cônjuge supérstite. 2. O divórcio e a separação legal. III. Apreciação do direito sucessório português. IV. Apreciação do direito sucessório comum espanhol. V. Falecimento na pendência de ação de divórcio ou de separação legal. VI. Reconciliação. VII. Conclusões.

Resumo: Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivo previstos no Código Civil Português e no Código Civil Espanhol, apesar de não serem uniformes, resultam de idênticos sistemas de sucessão: o cônjuge sobrevivo tem direito a legítima; pode ser chamado no âmbito da sucessão voluntária, primordialmente testamentária, e é contemplado como herdeiro *ab intestato.*
Perante uma situação de crise matrimonial, os cônjuges podem optar por requerer o divórcio ou a separação legal (designada no Código Civil Português de "separação judicial de pessoas e bens"). Estas situações não produzem apenas efeitos no âmbito do Direito da Família mas também no âmbito do Direito das Sucessões, em especial, no que respeita à problemática dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite.
Neste estudo analisamos, de forma comparada entre os referidos diplomas legais, e em relação aos diversos sistemas de sucessão que comportam, se aquele que contraiu matrimónio com o *de cujos* mas que dele se encontrava divorciado na data da abertura da sucessão, e se aquele que se encontrava casado com o *de cujos* mas que dele se estava separado legalmente na mesma data, ficará ou não impedido de lhe suceder hereditariamente.

Palavras-chave: Direitos sucessórios, cônjuge supérstite, divórcio, separação legal

Abstract: The succession rights of the surviving spouse provided for in the Portuguese Civil Code and the Civil Code Spanish, although not uniforms, resulting in identical systems of succession: the surviving spouse is entitled to legitimate; It can be called in the voluntary succession primarily testamentary, and is contemplated *ab intestato* heir.
In a situation of marital crisis, the spouses may choose to request the divorce or the legal separation (mentioned in Portuguese Civil Code of "legal separation of people and goods"). These situations do not produce effects only in the context of family law but also under the Law of Succession, in particular as regards the issue of inheritance rights of the surviving spouse.
In this study we analyzed, so compared between such legislation, and in relation to different succession systems behave, if one who contracted marriage with the *de cujos* but it appeared divorced at the time of opening of succession, and one that was in the married whose but if it was legally separated on the same date, or will not be prevented from succeeding him hereditarily.

---

[1] Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Solicitadoria pelo Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Assistente convidada na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

Key-words: Succession rights, surviving spouse, divorce, legal separation

I. Introdução

As crises matrimoniais incidiram de forma crescente no âmbito do direito sucessório comum espanhol, tendo sido, ao longo do tempo, introduzidas sucessivas modificações nesta matéria. Por sua vez, o legislador português tem-se demonstrado muito mais contido, encontrando-se o direito sucessório português praticamente inalterado desde a importante reforma operada em 1977, através do DL n.º 496/77, de 25 de novembro, que teve como principal desiderato a dignificação da posição sucessória do cônjuge supérstite.

O presente estudo tem como objetivo analisar os efeitos que a existência, à data da abertura da sucessão, de uma situação de crise matrimonial, produz no domínio dos diferentes sistemas de sucessão comportados pelo direito sucessório comum espanhol e pelo direito sucessório português. Esta análise justifica-se pelos evidentes laços culturais, demográficos, socioeconómicos e culturais que unem Espanha e Portugal e terá vantagens, em especial, para a comparação entre os ordenamentos jurídicos ibéricos.

Iremos incidir sobre o divórcio e sobre a separação legal/ separação de pessoas e bens, situações estas que, hoje, não resultam necessariamente de uma decisão judicial proferida no âmbito de um processo que correu termos em tribunal.

II. Considerações gerais

1. Posição sucessória atual do cônjuge supérstite

Numa evidente intenção de proteção da família nuclear, o Código Civil Português (CC Port.), e o Código Civil Espanhol (CC Esp.) contemplam o cônjuge supérstite na sucessão legal do seu consorte pré-morto: o cônjuge supérstite é chamado a suceder no âmbito da sucessão forçosa[2] (art. 2157.º, CC Port. e arts. 807.º, 3.º, CC Esp.). Contudo, a legítima[3] que estes diplomas legais concedem ao cônjuge supérstite reveste algumas diferenças, das quais se destaca a relacionada com a sua natureza jurídica: o Código Civil Português atribui ao cônjuge supérstite, à semelhança dos restantes herdeiros legitimários, o direito a uma quota em propriedade a ser preenchida com bens hereditários com a realização da partilha, ao passo que no CC Esp., diferentemente das restantes legítimas (que correspondem a uma quota em propriedade), a legítima vidual corresponde a uma quota em usufruto, a concretizar também em sede de partilha[4]. O cônjuge sobrevivo poderá também ser chamado no âmbito da sucessão *ab intestato* (ou sucessão legítima), que corresponde a um sistema de sucessão de carácter supletivo[5]: (art. 2133.º, n.º 1, als a) e b) e 943.º, CC Esp.)[6].

---

[2] O legislador português autonomiza a sucessão pela qual atribui direitos legitimários, denominando-a de "sucessão legitimária" (arts 2157.º e seguintes, CC Port.), e enquadrando-a expressamente como modalidade de sucessão legal, conjuntamente com a sucessão legítima (art. 2027.º, CC Port.), ao passo que o legislador espanhol não o faz.

[3] A legítima corresponde à porção de bens de que o testador não pode dispor por ser legalmente destinada a certos herdeiros – herdeiros forçosos (ou herdeiros legitimários) – art. 2156.º, CC Port. e art. 806.º, CC Esp..

[4] Vid. arts 2139.º, 2142.º *ex vi* art. 2157.º *in fine*, CC Port. e arts 834.º e 837.º, CC Esp.

[5] Apenas se verifica se o *de cujos* não dispôs válida e eficazmente de tudo o que o poderia dispor livremente. Vid. art 2131.º, CC Port. e art. 912.º, CC Esp. No direito sucessório português, as normas da sucessão legítima são aplicáveis no âmbito da sucessão legitimária face à remissão que o legislador faz no art. 2157.º, CC Port.: "São herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima".

[6] O Código Civil Português atribui o direito a legítima também aos descendentes e aos ascendentes, nos termos do art. 2157.º, sendo certo que o direito vai ser efetivamente atribuído de acordo com a ordem constante do art. 2133.º, n.º 1, do mesmo diploma legal. Na 1.ª classe de sucessíveis encontramos o cônjuge e os descendentes (al. a)) e na 2.ª, o cônjuge e os ascendentes (al. b)). Se o cônjuge sobrevivo for o único herdeiro legitimário, então ele sucede, sozinho, na 1.ª classe de sucessíveis (art. 2133.º, n.º 2, CC Port.). O mesmo vale para a eventual parte sucessória no âmbito da sucessão *ab intestato*, atendendo à remissão que referimos. No Código Civil Espanhol, os termos em que o cônjuge sobrevivo recebe a sua legítima resultam dos arts 834.º e seguintes, podendo também acontecer de concorrer à herança com descendentes ou ascendentes. No âmbito

O cônjuge supérstite pode ainda suceder através de sucessão voluntária – sucessão testamentária e sucessão contratual[7] -, sendo certo que existem limites a respeitar pelo *de cujos* nesse favorecimento, tendo em conta a necessidade de salvaguarda das legítimas, sob pena de redução de liberalidades por inoficiosidade. Além disso, é necessário ter em conta que a sucessão contratual reveste carácter excecional no ordenamento jurídico sucessório português (art. 2028.º, CC Port.)[8], em que somente se admite que um cônjuge beneficie o outro através de doação *mortis causa* (de bens certos e determinados, parte ou totalidade da herança) a integrar na convenção antenupcial (arts 1700.º e seguintes, CC Port.). O Código Civil Espanhol também admite a sucessão contratual a título excecional, sendo que nas relações entre cônjuges esta centra-se no âmbito das doações por razão de matrimónio - art. 1341.º, CC Esp.: "*Por razón de matrimonio los futuros esposos podrán donarse bienes presentes. Igualmente podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada*"[9].

Cumpre-nos ainda referir que se encontram consagradas no Código Civil Português (desde a reforma operada em 1977), em concreto nos seus arts 2103.º-A a 2103.º-C, atribuições preferenciais exclusivas do cônjuge supérstite: direitos preferenciais de ser encabeçado no direito de habitação da casa de morada de família e/ou do direito de uso do respetivo recheio. O cônjuge sobrevivo ao exercer estes direitos fica a dever tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver (art. 2103.º-A, n.º 1, CC Port.). Em paralelo, o Código Civil Espanhol estabelece no seu art. 1321.º que: "*Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliário y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*".

2. O divórcio e a separação legal

O Código Civil Português e o Código Civil Espanhol são coincidentes no que se refere ao divórcio: consagram a admissibilidade do divórcio e determinam que este constitui uma das causas de dissolução do casamento, tendo os mesmos efeitos que a dissolução por morte (art. 1788.º, CC Port. e art. 85.º, CC Esp.).

O divórcio determina a extinção dos deveres conjugais entre os cônjuges e também a necessidade de partilha dos bens comuns do casal, já que com ele se extinguem também as relações patrimoniais entre os cônjuges (Vid. arts 1688.º e 1689.º, CC Port. e art. 95.º, CC Esp.).

Em relação à separação, importa termos em conta que o Código Civil Português regula dois diferentes tipos: a simples separação judicial de bens (arts 1767.º - 1722.º) e a separação judicial de pessoas e bens (arts 1794.º-1795-B.º)[10].

---

da sucessão *ab intestato*, o legislador espanhol chama primeiro os descendentes, ou os ascendentes, sendo ao cônjuge atribuída a sua legítima. Não não existindo descendentes ou ascendentes, ele sucederá em todos os bens da herança (art. 944.º, CC Esp.).

[7] Cfr. art. 2026.º, CC Port.

[8] Este preceito estabelece que:"1. Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta. 2. Os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do art. 946."

[9] Na base da excecionalidade da admissão da sucessão contratual, e consequente preferência legislativa pela sucessão testamentária, está o facto de as doações *mortis causa, ao contrário dos testamentos,* não serem livremente revogáveis pelo doador (art. 1712.º, CC Port. e art. 1343.º, CC Esp.), ao passo que os testamentos são livremente revogáveis pelo testador, não sendo admissível a este renunciar à faculdade de revogação (art. 2311.º, CC Port. e 737.º, CC Esp.)

[10] Em relação à separação de facto, o Código Civil Português apenas faz referências esporádicas: considera-a como causa de rutura do casamento quando ocorra por um ano consecutivo, incluindo-a, nesses termos, no elenco dos fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (art. 1781.º, n.º 1, al. a)) e fá-la corresponder para este efeito à situação de inexistência de

A primeira pode ser requerida por qualquer dos cônjuges quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge (art. 1767.º, CC Port.), tendo para o efeito de ser intentada uma ação pelo cônjuge lesado contra o outro (art. 1768.º, CC Port.). Os seus efeitos resultam do n.º 1 do art. 1770.º, n.º 1: "Após o trânsito em julgado da sentença que decretar a separação judicial de bens, o regime matrimonial, sem prejuízo do disposto na matéria de registo, passa a ser o da separação, procedendo-se à partilha do património comum como se o casamento tivesse sido dissolvido". Tratam-se de efeitos de carácter unicamente patrimonial – modificação do regime de bens para o regime da separação de bens, em que cada um dos cônjuges conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente (art. 1735.º, CC Port.), e partilha dos bens comuns do casal. Assim, quando é decretado este tipo de separação, o casamento não é dissolvido, e todos os efeitos pessoais do casamento se mantêm.

Quanto à separação judicial de pessoas e bens, uma primeira nota para referirmos que no nosso entender a designação correta e que deveria ser empregue pelo legislador português é "separação de pessoas e bens", e não "separação judicial de pessoas e bens", na medida em que desde 2008, com a aprovação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, esta não decorre imperativamente de processo judicial: pode derivar de decisão proferida pelo Conservador do registo civil no caso de haver mútuo consentimento entre os cônjuges, decisão essa que produz os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria (art. 1776.º, n.º 3 *ex vi* art. 1794.º, CC Port.)[11].

A separação de pessoas e bens não se confunde com a simples separação judicial de pessoas e bens, apesar de algumas similitudes: os efeitos da primeira extraem-se do art. 1795.º-A, CC Port., cuja análise comparativa com o disposto no já referenciado art. 1770.º, n.º 1, CC Port. permite-nos concluir que em ambas as separações, o vínculo conjugal não se dissolve (o casamento continua a vigorar); e há necessidade de realização da partilha dos bens comuns como se o casamento se tivesse dissolvido[12]. Contudo, enquanto na simples separação judicial de pessoas e bens opera a modificação do regime de bens, que deixa de ser um dos regimes da comunhão para ser o da separação, na separação de pessoas e bens uma vez que em relação aos bens este tipo de separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento, deixa de existir um regime de bens do casal. Além disso, com a separação de pessoas e bens produzem-se efeitos de carácter pessoal e não só de carácter patrimonial, já que de acordo com o referido art. 1795.º-A, CC Port. extinguem-se dois (importantes) deveres conjugais, sem prejuízo do direito a alimentos: o dever de coabitação e o dever de assistência (art. 1675.º, CC Port.), mantendo-se, no entanto, os deveres de respeito, fidelidade e cooperação (art. 1672.º, CC Port.[13]).

No Código Civil Espanhol não é regulada a simples separação judicial de bens[14], encontrando-se o regime da separação legal nos arts 81.º a 84.º. Esta separação determina, de acordo com o art. 83.º "(…) *la suspensión de la vida común de los casados*

---

comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer (art. 1782.º, CC Port.).

[11] O Código Civil Espanhol foi recentemente modificado pela Lei n.º 15/2015, de 2 de julho, que entre outras coisas, veio estabelecer a possibilidade de a separação e o divórcio não derivarem necessariamente de um processo judicial (vid. arts 82.º e 87.º, CC Esp.), e em consequência substituiu em diversas normas a referência a separação judicial por separação legal (por ex. nos arts 834.º e 945.º, CC Esp.).

[12] "Cessando as relações patrimoniais entre os cônjuges, estes ou os seus herdeiros recebem os seus bens próprios e a sua meação no património comum, conferindo cada um deles o que dever a este património" (art. 1689.º, n.º 1, CC Port.)

[13] "Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência".

[14] Entendemos que tal seria desnecessário atendendo à finalidade deste tipo de separação – modificação do regime de bens para o da separação de bens, pois que, enquanto o Código Civil Português consagra o princípio da imutabilidade do regime de bens (arts. 1714.º e 1715.º), o Código Civil Espanhol admite livremente a alteração do regime de bens, como decorre do seu art. 1317.º: "*La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*".

y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica", além disso produz um importante efeito de carácter patrimonial: a dissolução e liquidação *da sociedad de gananciales* (art. 1392.º, 3.º, CC Esp.).
Constatamos existir uma certa correspondência, tendo em conta os efeitos jurídicos que produzem, entre a separação de pessoas e bens regulada pelo Código Civil Português e a separação legal que está prevista no Código Civil Espanhol: de forma genérica, podemos dizer que ambas determinam suspensão da vida conjugal e a necessidade de partilha dos bens comuns do casal[15].

III. Apreciação do direito sucessório português

O art. 2133.º, n.º 3, CC Port., que é aplicável quer no âmbito da sucessão legitimária, quer no âmbito da sucessão legítima (art. 2157.º *in fine*, CC Port.) estabelece que "O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do n.º 3 do art. 1785.º".

Constatamos que o legislador português se refere a cônjuge divorciado, quando em bom rigor é "ex cônjuge", atendendo à dissolução do casamento causada pelo divórcio (art. 1788.º, CC Port.). Entendemos, assim, completamente desnecessária esta referência legislativa: se não há casamento à data em que ocorreu o óbito, naturalmente que o falecido não deixou cônjuge sobrevivo que lhe vá suceder nos termos do disposto no arts 2157.º e 2133.º, n.º 1, als. a) e b), CC Port..
Por outro lado, verificamos que mesmo mantendo-se o casamento após decretada a separação de pessoas e bens, o legislador português afasta o cônjuge supérstite dos seus direitos na sucessão legal.

Entendemos que na base da opção legislativa de afastamento da sucessão quer o ex-cônjuge, quer o cônjuge sobrevivo separado de pessoas e bens está a inexistência de convivência conjugal no momento da abertura da sucessão: com o divórcio e consequente dissolução do casamento cessam os deveres conjugais previstos no art. 1672.º, entre eles o dever de assistência e o dever de coabitação[16], os quis como resulta do art. 1795.º-D, CC Port. também se extinguem com a separação de pessoas e bens.
Neste sentido, nem o ex-cônjuge, nem o cônjuge sobrevivo separado de pessoas e bens, podem exercer as atribuições preferenciais consagradas nos arts 2103.º-A a 2103.º-C, Port., uma vez que estas correspondem a direitos de natureza puramente sucessória, e que portanto só podem ser exercidos por quem sucede como cônjuge sobrevivo - herdeiro legal[17].

O art. 2133.º, n.º 3, CC Port. abrange ainda à hipótese de a sentença de divórcio ou separação vir a ser proferida posteriormente à data da abertura da sucessão, nos termos do art. 1785.º, n.º 3, do mesmo diploma legal, preceito este que estabelece que, "O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a ação pode ser continuada pelos

[15] A separação em causa prevê-se corresponder a uma situação transitória: cessa com a conversão em divórcio (admitida no Código Civil Português no art. 1795.º-D) ou com a reconciliação (admitida quer no Código Civil Português - arts 1795.º-C) CC Port. quer no Código Civil Espanhol (art. 84.º)). Para mais desenvolvimentos sobre a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio, vid. DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família Contemporâneo, Lições*, 4.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 606.
[16] As relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges cessam pela dissolução do casamento (art. 1688.º, CC Port.).
[17] Cfr. CAPELO DE SOUSA, R. *Lições de Direito Das Sucessões,* 4.ª Edição (Reimpressão), Vol. II, Coimbra Editora, 2012, p. 156, nota 392, o qual entende que, para estas atribuições se verifiquem e mesmo que o seu valor não exceda o valor da meação, é necessário que o cônjuge seja sucessível do autor da sucessão (sobrevivendo-lhe e não se encontrando nalguma das situações do n.º 3 do art. 2133.º, CC Port.), que relativamente a ele seja capaz sucessoriamente (arts 2034.º e 2166.º, CC Port.) e que seja seu aceitante de herança (arts 2050.º e 2054.º, n.º 2, sem prejuízo do disposto nos arts 2055º e 2250.º, n.º 2, todos do CC Port.).

herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a ação prosseguir contra os herdeiros do réu"[18].

O divórcio e a separação de pessoas e bens produzem igualmente efeitos no âmbito de pacto sucessório outorgado por um dos cônjuges a favor do outro (o sobrevivente) na medida em que o art. 1703.º, n.º 1, CC Port. para além de contemplar como causa de caducidade da instituição e do legado contratuais em favor de qualquer dos esposados o facto de o donatário falecer antes do doador (o que não se verifica no caso em análise, em que o donatário é o sobrevivente) remete para os casos previstos no art. 1760.º, CC Port., preceito referente à caducidade das doações para casamento. Neste preceito, em concreto na sua al. b) é indicada como causa de caducidade as situações de "(…) divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado".

A referência a culpa no divórcio ou na separação de pessoas e bens constante deste preceito não faz qualquer sentido atendendo ao regime jurídico do divórcio e da separação de pessoas e bens que atualmente se encontra em vigor. Com efeito, com as alterações introduzidas ao Código Civil Português com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a culpa deixou de ser relevante em caso de divórcio,[19], assim como em caso de separação judicial de pessoas e bens, por força da remissão que no art. 1794.º, CC Port. é feita (com as necessárias adaptações) para o que se encontra disposto quanto ao divórcio na secção anterior. Em face disto, consideramos que o divórcio e a separação de pessoas e bens determinam a caducidade de pactos sucessórios constantes de convenções antenupciais em que o cônjuge sobrevivo tenha sido instituído herdeiro ou nomeado legatário pelo seu consorte pré-morto, mesmo que o motivo que tenha estado na base dessa situação jurídica não seja da culpa do donatário (cônjuge supérstite), mas sim do doador (cônjuge falecido).

Contudo, não podemos deixar de referir que temos algumas reservas quanto à solução jurídica que ser deve efetivamente adotada, na medida em que se no regime anterior o ex-cônjuge ou cônjuge separado de pessoas e bens podia vir efetivamente a suceder na sucessão contratual se se verificasse que a única ou principal culpa de ter ocorrido divórcio ou separação de pessoas e bens não foi dele, de acordo com o entendimento mencionado, caduca a doação *mortis causa* em que figura como donatário, sendo indiferente que a culpa que ocasionou a crise matrimonial e que motivou o divórcio ou a separação de pessoas e bens não tenha sido dele. Contudo, foi precisamente essa a interpretação seguida recentemente num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1808/13.2TBMTS-A.P1.S1, de 3 de março de 2016. Neste acórdão evidencia-se o regime anterior do divórcio e o regime atualmente em vigor: o art. 1791.º, n.º 1, CC Port. (na redação anterior à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) dispunha, quanto aos efeitos do divórcio, que o cônjuge declarado único e principal culpado perdia todos os benefícios recebidos ou que houvesse de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação fosse anterior quer posterior à celebração do casamento – o que não resulta nem poderia resultar do regime atual uma vez que se eliminou com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro o divórcio litigioso, fundado na culpa de um dos cônjuges, para centrar o divórcio não consentido apenas na rutura da sociedade conjugal. Assim, decorre deste acórdão do Supremo Superior Português que mesmo não tendo sido alterada a redação da parte final do art 1760.º, n.º 1, al. b)[20], o certo é que, sendo a

[18] Atendendo a que a sucessão patrimonial se inclui nos efeitos patrimoniais, esta admissibilidade legal será abordada com mais cuidado neste estudo (Vid. V).

[19] Os fundamentos do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges encontram-se expressamente estipulados no art. 1781.º: a) a separação de facto por um ano consecutivo; b) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; e d) Quaisquer outros factos que, *independentemente da culpa dos cônjuges*, mostrem a rutura definitiva do casamento.

[20] O mesmo se aplica ao art. 1766.º, n.º 1, al. c), CC Port. referente à caducidade de doação entre casados "ocorrendo divórcio ou separação judicial de pessoas e bens por culpa do donatário, se este for considerado único ou principal culpado.

doação um benefício, assiste o direito de pedir o reconhecimento da caducidade aí prevista, independentemente de quem tenha sido a culpa do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens. Na verdade como considera RITA LOBO XAVIER[21], "por lapso não foi alterada a redação da parte final destas disposições[22], que se refere à declaração de culpa do cônjuge no divórcio ou na separação de pessoas e bens, que deve considerar-se revogada".

Por último, em relação à sucessão testamentária importa considerar o art. 2317.º que estabelece causas de caducidade das disposições testamentárias (instituição de herdeiro e nomeação de legatário). A al. d) desta norma contenta duas hipóteses de caducidade. A primeira verifica-se "se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada em julgado". Verificamos que na ótica do que está estabelecido para as restantes modalidades de sucessão (sucessão legitimária, sucessão legítima e sucessão contratual) também na sucessão testamentária o legislador português, para efeitos de caducidade das disposições testamentárias, considera a existência, no momento da abertura da sucessão, de uma situação de rutura da convivência marital, por entender ser essa a vontade presumível do testador e por razões de moral social[23]. Na segunda hipótese contemplada na mesma alínea, a caducidade da disposição testamentária verifica-se "se vier a ser proferida posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento". Trata-se de uma decorrência da admissibilidade legal, constante do art. 1785.º, n.º 3, de continuação da ação de divórcio e separação judicial de pessoas e bens, no caso de o falecimento de um dos cônjuges ter ocorrido na pendência da ação[24].

IV. Apreciação do direito sucessório comum espanhol

Os arts 834.º e 945.º, CC Esp.[25], referem a separação legal e a separação de facto[26] como causas de afastamento do cônjuge supérstite da sua legítima e da sucessão *ab intestato*, respetivamente.

Verificamos que o legislador do Código Civil espanhol foi mais cuidadoso do que o legislador do Código Civil português, no que respeita ao divórcio, pois não o referiu como causa privativa de direitos sucessórios legais do cônjuge supérstite, dada a desnecessidade de o fazer. Isto porque, como já referimos, decretado o divórcio, dissolve-se o vínculo matrimonial que este implica (arts 85.º, 89.º, CC Esp.), devendo, por isso, cessar toda a expetativa de sucessão existente entre cônjuges. O não chamamento daquele que se se encontrava divorciado do *de cujos* à data em que ocorreu o óbito deve-se sensivelmente a que, como consequência do divórcio, ele perdeu o título ou o fundamento que lhe dá o direito a suceder, que não é outro que a sua condição de cônjuge do defunto[27].

O legislador espanhol (à semelhança do legislador português) não se contenta para a atribuição dos direitos sucessórios legais ao cônjuge supérstite, somente com a existência de um casamento válido à data da abertura da sucessão: os arts 834.º e

---

[21] R*ecentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 36.

[22] Do art. 1760.º, n.º 1, al. b), mas também do art. 1766.º, n.º 1, al. c), CC Port.

[23] Cfr. CAPELO DE SOUSA, R. *ob. cit.,* p. 234.

[24] Para desenvolvimentos vid. V.

[25] Ambos os preceitos têm a redação da Lei n.º 15/2015, de 2 de julho, que os modificou no sentido de substituir a referência a separação judicial por separação legal.

[26] Em relação à separação de facto surge uma problemática relacionada com as dificuldades de prova dessa situação, cfr. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *Manual de Derecho de Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 175.

[27] GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *Los Derechos Sucesorios Del Cónyuge Viudo En La Nulidade, La Separación Y El Divórcio, V. Derecho de Sucesiones* (Madrid: Dykinson, S.L, 2006), p. 246.

945.º, CC Esp. atribuem relevância sucessória à suspensão da convivência marital legalmente declarada, isto é, à separação legal [28] [29].

Desde a aprovação da Lei n.º 15/2005, de 8 de julho que, o sistema de separação do Código Civil Espanhol deixou de ser um sistema causal, deixando a imputação da culpa de ter qualquer relevância, inclusive para efeitos sucessórios. Nessa conjuntura, esta Lei suprimiu no teor do art. 834.º, CC Esp. a referência "*o lo estuviere de culpa del difunto"*, que fazia com que apenas o cônjuge supérstite culpado pela separação fosse privado da sua legítima, passando o cônjuge supérstite separado legalmente a ser privado desse direito, mesmo que seja inocente no que respeita ao motivo que determinou a suspensão da convivência marital.

No que concerne à sucessão contratual, de acordo com o disposto no art. 1343.º, CC Esp., as doações *mortis causa* que o *de cujos* fez ao cônjuge sobrevivo são revogadas, designadamente, por ingratidão no caso de ao cônjuge sobrevivo ser "*imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio*". Os mesmos comentários que fizemos em relação ao direito sucessório português valem aqui, na medida em que não sendo, atualmente, o regime jurídico do divórcio, e também o do divórcio, baseados num sistema de culpa, a revogação não deve ficar dependente da imputação da culpa que determinou essa situação[30].

Por último, no que respeita à sucessão testamentária, em concreto em relação às disposições testamentárias feitas pelo *de cujos* a favor do seu cônjuge, não encontramos, no Código Civil Espanhol, qualquer referência expressa aos efeitos do divórcio ou da separação legal, sendo que o art. 743.º estabelece que "*Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*". Assim, a solução para este problema deve resolver-se tendo em conta as regras gerais: 1) as regras interpretativas da vontade do falecido, e necessidade de determinar a verdadeira vontade deste (art. 675.º, CC Esp.) e o momento em que essa vontade deve averiguar-se, como regra geral, o do outorgamento do testamento; e 2) os limitados efeitos do erro nos motivos ou a causa da instituição.

Em relação às regras primeiras regras, na Sentença do Tribunal Supremo de 29 de dezembro de 1997, estabeleceu-se que "*la voluntad real del testador es la del momento em que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pelo el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo*".

No que concerne aos efeitos do erro nos motivos ou a causa da instituição, o art. 767.º, CC Esp. dispõe que: "*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatário, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal instituición o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*". Verificamos que este preceito dá relevância à causa falsa, no seu sentido de errónea ("*de haber conocido la falsedad de la causa") sempre que foi relevante ("a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución y legado*"). Para que esta norma seja aplicável no problema em análise deveria acreditar-se que a condição de cônjuge foi a causa, como motivo relevante, da disposição. Contudo, a norma parece pensar em que a causa é falsa

[28] Nos termos do disposto no art. 102.º, 1.º, CC Esp. admitida a ação de nulidade, separação ou divórcio "*Los cónyuges podrán vivir separados y cessa la presunción de convivencia conyugal*".

[29] À luz do Código Civil Espanhol, a separação de facto também implica a não atribuição ao cônjuge supérstite da sua legítima e o seu afastamento da sucessão *ab intestato*. A inclusão da separação de facto nos arts. 834.º e 945.º verificou-se com a Lei n.º 15/2005, de 8 de julho.

[30] Cremos que a Lei n.º 15/2015, de 2 de julho deveria ter aproveitado também para adaptar esta norma à realidade jurídica subjacente. Esta norma tem a redação que lhe foi dada com a Lei n.º 11/1981, de 13 de maio.

no momento da disposição, o que não sucede em relação a circunstâncias supervenientes às disposições testamentárias.

No âmbito jurisprudencial encontramos sentenças contra a ineficácia das disposições testamentárias[31] e também sentenças a favor da ineficácia[32].

No nosso entender a opção legislativa constante do Código Civil Português é de mais fácil aplicação, uma vez que basta apurar, para que as disposições testamentárias (instituição de herdeiro ou nomeação de legatário) caduquem sem mais, que o testamento foi feito na constância do casamento em que se mantinha a convivência conjugal, e que posteriormente - situação que se verificou existir à data do óbito - foi decretado o divórcio ou a separação de pessoas e bens. Mas, na verdade esta solução pode não corresponder àquela que era a vontade do testador no momento da outorga do testamento. Com efeito, sendo o testamento um negócio jurídico livremente revogável, o testador poderia tê-lo revogado caso assim o tivesse pretendido. Entendemos que a solução consagrada no Código Civil Espanhol no sentido do recurso às regras gerais de caducidade dos testamentos é a que melhor se coaduna com a vontade presumível do testador, devendo ser de facto considerada essa vontade com referência ao momento em que o testamento foi outorgado e não a um momento posterior.

V. Falecimento na pendência da ação de divórcio ou de separação judicial

Nesta parte do nosso estudo pretendemos dar resposta ao problema de saber qual a solução legal aplicável para efeitos sucessórios, no caso de o falecimento do cônjuge pré-morto ter ocorrido na pendência da ação de divórcio ou de separação judicial. O problema surge, por um lado, porque os efeitos do divórcio e da separação judicial apenas se produzem quando as decisões que decretam estas situações se tornam definitivas, ou seja, quando já não admitam recurso (arts 89.º e 83.º, CC Esp. e arts

[31] A Sentença da Audiência Provincial de Madrid de 15 de abril de 2013 analisa um caso em que o testador institui herdeira a sua esposa no terço de livre disposição (testamento do ano de 1998), divorciando-se os cônjuges posteriormente ao testamento (divórcio no ano de 2008), falecendo o testador (ano de 2010) sem ter revogado o testamento. O contador partidor testamentário outorgou a partilha prescindindo da esposa divorciada, por considerar que a vontade do testador era nesse sentido. A sentença anula essa partilha, argumentando que o testador estava no seu cabal juízo, podendo revogar o testamento mas não o tendo feito, e que as situações de divórcio nem sempre são dramáticas e não implicam necessariamente perda de afetividade. Vid. no mesmo sentido a Sentença da Audiência Provincial de 13 de dezembro de 2013 e a Sentença da Audiência Provincial de Alicante de 30 de março de 2007.

[32] A Sentença da Audiência Provincial de Granada de 11 de junho de 2010 segue uma posição distinta das anteriores, admitindo a ineficácia advinda da disposição testamentária pela posterior separação judicial dos cônjuges. No caso, o testador incluiu no seu testamento a seguinte cláusula: "*Lega a su esposa, a su ellección, el usufructo vitalício de todos sus bienes, con revelación de fianza e inventario y con el que quedarán pagados sus derechos legitimarios, o bien el tercio de libre disposición de los mismos, en pleno dominio, además de su cuota vidual. Dicho tercio será el legado a favor de su esposa si alguno de los herederos se opusiere al de usufructo universal*". O Tribunal reconheceu a problemática advinda da inexistência de uma norma que apoie a tomada em consideração da chamada "vontade hipotética", aludindo ao art. 834.º, do Código Civil Espanhol que prevê a perda da legítima em caso de separação dos cônjuges, e que no testamento se previa como alternativa ao usufruto universal a atribuição do terço de livre disposição da quota legal usufrutuária. Por último alude também às disposições forais que assim o previram, como o direito catalã, galego e aragonês. Vid. também a Sentença da Audiência Provincial de Malagá de 13 de dezembro de 1999 que também mostra um critério favorável à ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge em caso de divórcio.

Também a Resolução DGRN de 26 de novembro de 1998, declara que o divórcio posterior do testador permite presumir a revogação das disposições testamentárias feitas a favor do seu cônjuge quando estavam casados. Em sentido similar, a Resolução DGRN de 26 de fevereiro de 2003.

1789.º, n.º 1, e 1794.º, CC Port.), e, por outro lado, porque estas ações, atendendo ao seu carácter pessoal, se extinguem com a morte de qualquer um dos cônjuges[33].
O legislador espanhol não prevê desde a aprovação da Lei n.º 15/2005, de 8 de julho, o prosseguimento da ação de divórcio ou de separação judicial, mas outrora já o admitiu com o objetivo de se determinar se o cônjuge viúvo deveria conservar ou não a sua legítima. Com efeito, estabelecia o art. 835.º, 1.º parágrafo, CC Esp. na redação da Lei de 24 de abril de 1958 que, "*Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito*". Na verdade, esta previsão legal advinha do sistema causal em que se baseava o divórcio e a separação legal até à reforma do Código Civil Espanhol operada por aquela Lei de 2005: a ação continuava com vista a apurar se a culpa da separação pertencia ao cônjuge sobrevivo, caso em que este ficava privado da sua legítima.

Para ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, a solução ao problema do falecimento de um dos cônjuges posterior à proposição de ação de separação e anterior à sentença, passa pela perda de direitos legitimários[34]. Para este autor, é indubitável que, hoje, a separação não carece da alegação da ocorrência de nenhuma causa, apenas se justificando este tipo de sucessão processual "*sui generis*" para efeitos hereditários no regime anterior, baseado na culpabilidade de um dos cônjuges, sistema esse abandonado em 1981. Refere este autor que, não obstante esse abandono, os tribunais continuaram a utilizar o mesmo critério para estabelecer qual dos cônjuges era imputável a causa de separação, atribuindo a este dado a perda de direitos legitimários, para não deixarem vazio de conteúdo o art. 835.º, CC Esp..

Ora vejamos, um dos efeitos da ação de divórcio e da ação de separação, recolhido expressamente do art. 102.º, 1.º, CC Esp. – "*Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal*" - retiramos que, em princípio, à data da abertura da sucessão por morte de um dos cônjuges, os cônjuges se encontravam separados de facto, sendo que em face do art. 834.º e 945.º, este tipo de separação determina privação do cônjuge supérstite da sua legítima e afasta-o da sucessão *ab intestato*, em que sucederia face à falta de descendentes e ascendentes. Com efeito, quando aplicável à sucessão o Código Civil Espanhol, não obstante não se admitir o prosseguimento da ação de divórcio ou de separação judicial para efeitos patrimoniais, é atribuída relevância sucessória à separação de facto, o que faz com que, se à data da abertura da sucessão (em que se encontrava pendente ação de divórcio ou de separação judicial), os cônjuges se encontravam separados de facto, a questão em análise não revele problema de maior.

Face ao exposto, verificamos que se o falecimento se verificou em momento anterior ao decretamento do divórcio ou da separação judicial, tendo os cônjuges continuado a conviver maritalmente, o cônjuge sobrevivo receberá a sua legítima e poderá ser chamado a suceder como herdeiro *ab intestato*, sendo indiferente que tenha sido ele a motivar o outro cônjuge a propor a ação (por ex. por ter incumprido gravemente e de forma reiterada os deveres conjugais). Nesta hipótese, o cônjuge supérstite mantem os seus direitos hereditários por uma circunstância alheia à vontade do cônjuge pré-morto[35]. Só não será assim, claro, se aquele não tiver capacidade sucessória: se tiver sido justificadamente deserdado ou declarado indigno, de acordo com o que encontra estabelecido nos arts 756.º e 855.º, CC Esp..

Por seu turno, o Código Civil Português estabelece no seu art. 1785.º, n.º 3 para o divórcio, mas aplicável à separação judicial de pessoas e bens por força do art. 1794.º que a ação pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o

---

[33] Uma ação de divórcio ou de separação judicial extingue-se com a morte de um dos cônjuges, uma vez que a morte constitui uma causa de dissolução do casamento (art. 1788.º, CC Port. e 88.º, CC Esp.).

[34] DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 'La Supresión de Las Causas de Separación Y Divorcio En La Ley 15/2005 E Sus Repercusiones En El Derecho Civil', in *Revista Jurídica de Castilla Y León N.º 13, Agosto 2007*, pp. 97 e 98, nota 84. No entender de SERRANO ALONSO, desde uma perspetiva processual, parece claro que esta interpretação não pode acatar-se, nem antes nem depois da Lei n.º 15/2005, de 8 de julho (*Manual de Derecho de Sucesiones,* Edisofer, Madrid, 2005, p. 208).

[35] DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *ob cit.*, p. 94.

autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a ação prosseguir contra os herdeiros do réu. No caso de a ação efetivamente prosseguir e culminar com a sentença de divórcio ou de separação, para efeitos patrimoniais, em que se incluem os efeitos sucessórios, é como se os cônjuges estivessem divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens desde a data da proposição da ação, ou seja, antes do falecimento de um dos cônjuges. Com efeito, como decorre do art. 1789.º, n.º 1, CC Port. os efeitos do divórcio retrotraem-se à data da propositura da ação quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges, funcionando o disposto no art. 2133.º, n.º 3, no que concerne à sucessão legitimária e à sucessão legítima, no art. 1760.º, al. b), no que respeita à sucessão contratual, e no art. 2317.º, al. d)) quanto à sucessão testamentária. Caso a ação não seja continuada, o cônjuge sobrevivo mantem os seus direitos sucessórios em todas estas modalidades de sucessão.

VI. Reconciliação

Os cônjuges podem fazer cessar a separação judicial por sua vontade, reconciliando-se. A reconciliação constitui uma das formas de cessação da separação legal, a par da dissolução do casamento (art. 1795.º-B, CC Port. e art. 84.º, CC Esp.).
No Código Civil Português, a reconciliação está regulada no art. 1795.º-C, que estabelece no seu n.º 1 que os cônjuges podem a todo o tempo restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos direitos e deveres conjugais, referindo nos seus n.ºs 2 e 3 quais as formalidades que devem ser observadas tendentes à reconciliação legal, sendo que de acordo com o n.º 4 do mesmo preceito, os efeitos da reconciliação produzem-se a partir da homologação desta[36].

No Código Civil Espanhol, é o art. 84.º que se refere à reconciliação dos cônjuges. Estabelece este preceito que a reconciliação põe termo ao procedimento de separação e deixa sem efeito o que foi resolvido no processo, estabelecendo ainda as formalidades que devem ser observadas para que a reconciliação produza efeitos.
Daqui extraímos que se a reconciliação se verifica na pendência do processo de separação, a consequência imediata será o fim do processo, restabelecendo-se a vida em comum e os direitos sucessórios; mas se a reconciliação tem lugar depois de ter sido decretada sentença de separação, fica sem efeito o decidido no processo e restabelecem-se os direitos sucessórios do cônjuge supérstite[37], tendo para isso de ser observadas as formalidades legais. Assim, e em relação ao Direito comum espanhol, se os cônjuges separados notificam a reconciliação e se dá o traslado da mesma ao Registo Civil, o sobrevivente poderá reclamar todos os seus direitos sucessórios, que a lei reconhece ao viúvo, pois a reconciliação está devidamente acreditada; se pelo contrário, a reconciliação não é notificada ao juiz, o que reclame qualquer direito com base nela, terá de a provar[38].

No Código Civil Espanhol, o art. 835.º na redação que lhe foi conferida pela Lei 15/2015, de 2 de julho, estabelece que, "*Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos*"[39].

---

[36] Sem prejuízo da aplicação, com as necessárias adaptações, do disposto nos arts 1669.º e 1670.º, do mesmo diploma legal.
[37] Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *ob. cit*., pp. 224–238.
[38] Como alerta M. DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ para evitar todos estes problemas, será recomendável notificar o juiz que conheceu a separação da reconciliação conjugal porque, em caso de não o fazer, poderá ser difícil a prova, e a própria dicção do art. 835.º, CC Esp. parece fazer depender o (re) nascimento (conservação, diz o preceito) dos direitos sucessórios da notificação ('Situación Jurídica Del Cónyuge Viudo En Derecho Español. Especial Consideración a La Situación Del Viudo En Aragón: Un Modelo a Exportar?', *Reflexiones Sobre Materias de Derecho Sucesorio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 243).
[39] O art. 84.º, CC Esp. também modificado por aquela lei, vem exigir que o conhecimento seja dado por cada um dos cônjuges: "*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante*

O CC Esp. apenas faz referência (no referido art. 835.º, CC Esp.) à reincorporação do cônjuge, por força da reconciliação, na sua posição de legitimário, mas entendemos que a reconciliação também reincorpora o cônjuge sobrevivo na sua posição dentro da sucessão *ab intestato* e na sucessão contratual, pois também nestas modalidades de sucessão, como vimos, o cônjuge supérstite ficaria afastado. Não obstante não existir no Código Civil Português, uma norma de idêntico teor à do art. 835.º, CC Esp., naturalmente que a solução, no caso de os cônjuges se reconciliarem, também passa pela reincorporação do cônjuge supérstite nos seus direitos sucessórios: se houve reconciliação dos cônjuges, a situação de separação de pessoas e bens, que afastava o cônjuge supérstite, já não se verifica.

Os efeitos da reconciliação entre cônjuges divorciados ou no decurso do divórcio aparecem regulados, com carácter geral, no art. 88.º, CC Esp. que estabelece que a reconciliação constitui causa de extinção da ação de divórcio e deverá ser expressa quando se verifique depois de proposta a ação de divórcio. De forma clara se refere no segundo parágrafo do art. 88.º, CC Esp., que a reconciliação posterior ao divórcio não produz efeitos legais alguns, se bem que os divorciados poderão contrair novo matrimónio entre si. Com efeito, a reconciliação entre os cônjuges divorciados por sentença transitada em julgado não tem relevância, não se recuperam os direitos sucessórios porque não há casamento entre eles, mesmo que vivam em união de facto. Somente se contraem novo matrimonio, nascerão entre eles os direitos sucessórios que a lei lhes atribui[40]. O mesmo acontece no regime do divórcio constante do Código Civil português pois que a decisão do divórcio é definitiva, não havendo possibilidade legal de reconciliação após a mesma.

Se a reconciliação tem lugar durante a tramitação do processo de divórcio, o art. 88.º, CC Esp., afirma a extinção da ação de divórcio, pondo fim ao processo existente entre os cônjuges. Da mesma forma no regime jurídico do divórcio constante do Código Civil Português se admite a reconciliação entre os cônjuges, sendo que está incluída na própria tramitação do processo uma tentativa de reconciliação entre os cônjuges (art. 1779.º, n.º 1). Ocorrendo essa reconciliação pode haver desistência do pedido de divórcio por mútuo consentimento não havendo quaisquer consequências ao nível dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite. Mas se a referida tentativa de reconciliação se frustra, continua a ser possível que os cônjuges se reconciliem. Neste caso, uma vez que não existe no Código Civil Português uma norma com idêntico teor ao do referido art. 88.º, CC Esp., a desistência do processo de divórcio será o mecanismo a utilizar[41]. Se efetivamente a desistência for avante, o cônjuge supérstite não é afastado da sucessão do seu consorte pré-morto.

VII. Conclusões

O Código Civil Português e o Código Civil Espanhol atribuem *ex lege* ao cônjuge supérstite direitos sucessórios, o qual também pode ser chamado a suceder ao seu consorte pré-morto no âmbito da sucessão voluntária. A sucessão testamentária é a modalidade de sucessão voluntária privilegiada quer pelo legislador espanhol, quer pelo legislador português, e por isso é a mais comummente utilizada.

O divórcio e a separação legal correspondem a situações de crise matrimonial que têm evidentes efeitos ao nível do direito sucessório. Na verdade, a existência de uma destas

---

resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizase en escritura pública o acta de manifestaciones. La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros en el Registro Civil correspondiente."

[40] BAYOD LÓPEZ, M. DEL CARMEN, *ob. cit.*, p. 246.

[41] É admissível a desistência do pedido, nomeadamente na ação de divórcio por mútuo consentimento, mesmo tendo já sido proferida sentença a decretar o divórcio, mas ainda não transitada em julgada (Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. n.º 632/10.9TMLSB.1-6, de 24.05.2012).

situações à data do óbito de um dos cônjuges priva o cônjuge sobrevivo do direito a legítima e impedem-no de suceder como herdeiro *ab intestato*. No que respeita à sucessão contratual também o divórcio e a separação legal produzem efeitos, determinando a caducidade das doações *mortis causa* que o falecido outorgou a favor do seu cônjuge.

No caso da sucessão testamentária verificamos que resultam diferentes soluções do Código Civil Português e do Código Civil Espanhol: o primeiro determina que o divórcio e a separação judicial acarretam a caducidade das disposições testamentárias, enquanto o segundo não estabelecendo solução expressa, implica o recurso às normas gerais de interpretação dos testamentos, da vontade presumida do testador no momento em que outorgou o testamento a favor do seu cônjuge.

A separação de facto tem relevância sucessória à luz do Código Civil Espanhol, sendo determinante se o falecimento ocorre na pendência da ação de divórcio ou de separação, atendendo a que com a proposição da ação cessa a presunção de convivência conjugal. O mantimento dessa convivência levanta, por sua vez, o problema de saber se deve ou não o cônjuge supérstite suceder ao seu consorte pré-morto na medida em que não chegou a ser decretada a sentença de divórcio ou de separação. Nessa mesma hipótese de o falecimento ter ocorrido na pendência da ação de divórcio ou de separação, no Direito sucessório português está prevista a admissibilidade do prosseguimento da ação para efeitos patrimoniais, o que ao acontecer determina a privação dos direitos sucessórios do cônjuge supérstite. Por sua vez, no Direito sucessório comum espanhol tal não é admissível, e portanto, o falecimento determina pura e simplesmente a extinção da ação de divórcio ou separação, conservando o cônjuge supérstite todos os seus direitos sucessórios.

Por último, abordamos a possibilidade, admitida em ambos os Direitos objeto de análise, de reconciliação dos cônjuges, que em princípio, permitirá ao cônjuge supérstite conservar os seus direitos sucessórios.

Bibliografia

BAYOD LÓPEZ, M. DEL CARMEN, 'Situación Jurídica Del Cónyuge Viudo En Derecho Español. Especial Consideración a La Situación Del Viudo En Aragón: Un Modelo a Exportar?', *Reflexiones Sobre Materias de Derecho Sucesorio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.

CAPELO DE SOUSA, R. *Lições de Direito Das Sucessões,* 4.ª Edição (Reimpressão), Vol. II, Coimbra Editora, 2012.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., 'La Supresión de Las Causas de Separación Y Divorcio En La Ley 15/2005 E Sus Repercusiones En El Derecho Civil', in *Revista Jurídica de Castilla Y León N.º 13,* Agosto 2007.

DUARTE PINHEIRO, J., *O Direito da Família Contemporâneo, Lições*, 4.ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2013.

GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., *Los Derechos Sucesorios Del Cónyuge Viudo En La Nulidade, La Separación Y El Divórcio, V. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Dykinson, S.L, 2006.

LOBO XAVIER, R., R*ecentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 2010.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *Manual de Derecho de Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SERRANO ALONSO, E., *Manual de Derecho de Sucesiones,* Edisofer, Madrid, 2005.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 313-344
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La maternidad subrogada en el Derecho comparado

Surrogacy in comparative Law

Carlos Javier Ávila Hernández
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: Capítulo I. La maternidad subrogada: 1. Introducción; 2. Antecedentes; 3. Concepto y terminología 4. Causas y modalidades. **Capítulo II. situación jurídica actual española:** 1. Análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida; 2. ¿La adopción como alternativa para la determinación de la filiación; 3. La maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: 3.1. Situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**;** 3.2. Situación tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; 3.3. La maternidad subrogada internacional en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. 4. La necesidad de regulación. **Capítulo III. Derecho comparado:** 1. Prohibición de la maternidad subrogada**:** 1.1. Francia; 1.2. Alemania; 1.3. Suiza; 1.4. Italia; 1.4. Austria. 2. Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista: 2.1. Reino Unido; 2.2. Canadá; 2.3. Grecia; 2.4. Brasil; 2.5. Israel. 3. Admisión amplia de la maternidad subrogada: 3.1. Rusia; 3.2. Ucrania; 3.3. India. 4. La maternidad subrogada en los sistemas federales: 4.1. Australia; 4.2. México; 4.3. Estados Unidos. 5. El turismo reproductivo y la maternidad subrogada internacional: 5.1. Incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes; 5.2. Incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia o durante el proceso migratorio. **Capítulo IV. Propuesta de ley sobre la maternidad subrogada**. **Capítulo V. Conclusiones**. **Bibliografía.**

Resumen: El presente trabajo estudia la maternidad subrogada a través de un acercamiento histórico-conceptual, analizando sus causas, modalidades y las consecuencias derivadas de su práctica. Tratará de poner en tela de juicio la legislación nacional por medio del desarrollo de las incertidumbres que provoca su práctica en España y en el extranjero, y analizará las diferentes posturas legislativas habidas en derecho comparado, para concluir con una propuesta de ley reguladora de esta técnica en nuestro país.

Palabras clave: Maternidad subrogada, gestante, comitente, Registro Civil y regulación.

Abstract: This paper studies the surrogacy through a historical-conceptual approach, analysing the causes, modalities and consequences of the practice. It aims to put into question the national legislation through the development of the uncertainties caused by that practice in Spain and abroad, and analyse the different legislative positions that have occurred in

comparative law, concluding with a proposal for the regulation of this technique in our country.

Keywords: Surrogacy, surrogate, principal, Register Office, and regulation.

CAPÍTULO I. LA MATERNIDAD SUBROGADA

1. Introducción

La historia de la filiación en el mundo ha estado siempre ligada a cuatro palabras del jurista Paulo, *mater semper certa est*, la madre es siempre conocida. La finalidad de esta declaración, era establecer la imposibilidad, sin autorización del pretor, de que un

hijo llevara a juicio a su madre.[1] Pero la rotundidad de la frase es tal, que acabó por sentar una ley para la historia de la filiación jurídica.

Pero un 25 de julio de 1978, en una pequeña ciudad inglesa llamada Oldham, en el condado de Lancashire, nacía una niña con el nombre de Louise Brown. Su nacimiento fue algo contra natura, inmoral y atentatorio contra las bases de la propia reproducción humana. Pero además, uno de los mayores logros de la medicina del siglo XX. Con ella se abrió el camino de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA).

No hay duda de que las TRHA han generado una auténtica "revolución reproductiva",[2] en tanto en cuanto ha producido dos conceptos dicotómicos, otrora inconcebible, como son reproducción y sexo. Adviértase la problemática subyacente a tremendo avance científico, no sólo en aspectos legales, sino también éticos.

Pues, ¿es ética la cosificación del *nasciturus*? ¿Provoca la gestación por sustitución efectos psicológicos en el niño? ¿Qué crisis de identidad pueden producirse? ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño? ¿Corresponde informar al niño de que su existencia ha tenido origen en un proceso de gestación por sustitución? ¿Es ético remunerar a la mujer gestante por serlo? ¿Esa compensación conduce necesariamente a la explotación de la mujer? ¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo altruistas? ¿Debe existir algún tipo de vínculo previo ente la parte comitente y la gestante? ¿Deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución en la que la gestante únicamente gesta, o también cuando ésta aporte sus óvulos? ¿Cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante, que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente? ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad? ¿Debe permitirse sólo a las parejas médicamente incapaces de gestar o también a las parejas aptas, hombres solos o parejas homosexuales? ¿Qué sucede si la gestante decide abortar? ¿Y si son los comitentes quienes quieren que la gestante aborte?...[3]

Ante tal maraña de cuestiones, podemos plantearnos que, al igual que surge derecho para regular nuevas realidades, el derecho también sirve para regular realidades evolucionadas. Pues los hombres hacen las leyes; los hechos biológicos son descubiertos por el hombre a través de la ciencia; y éstos no pueden ser cambiados por las leyes. Han de admitirse o prohibirse, pero no ocultarse. La ocultación para la no regulación, no supone la desaparición del avance, ¿paz social perpetua, o sociedad evolucionada y evolutiva? La evolución no es únicamente parcela de la ciencia, sino también de las mentes.

A lo largo de este trabajo procuraré analizar este complejo concepto, y todo lo que se deriva del mismo, tanto desde el punto de vista legal como social, para mediante una reconsideración del concepto de maternidad subrogada, ver hasta qué punto es cierta la certeza *mater semper certa est*, para ponerla en duda y demostrar como los avances científicos modifican toda idea que se pretende irrefutable. Concluyendo con una propuesta de regulación que refleje las políticas de una sociedad moderna, evolucionada y evolutiva, que respeta la libertad y el objetivo de felicidad de todo hombre, tratando de interpretar la cuestión, de forma que el derecho a la maternidad y a la paternidad tenga como límite la violación de otros derechos.

2. Antecedentes

Si bien la maternidad subrogada se nos presenta como una cuestión de la modernidad, lo cierto es que, si seguimos las Sagradas Escrituras, resulta que el problema intrínseco a la cuestión objeto de debate, es tan antigua como el propio mundo. Así, los primeros pasajes del Génesis muestran supuestos de maternidad

---

[1] DUPLÁ MARÍN, M.T. *Fundamenta iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012, pp. 309-310.

[2] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 17.

[3] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 18-19.

subrogada, si bien por medio del acceso carnal con mujeres diferentes de las que pretendían la descendencia.

El nacimiento de Ismael se produce cuando Sarai, incapaz de dar descendencia a su marido Abram, pues Jehová la había hecho estéril, incita a su esposo a que tomara a su sierva Agar. Y así, Sarai iba a tener hijos de ella.[4] Su conducta hace decir a San Agustín que exigió de esta manera el débito conyugal, haciendo uso de su derecho, en útero ajeno.[5] Jacob, nieto de Abram, fue hecho padre por sus dos esposas, también mediante este proceso. Ellas, Raquel y Lea, entregaron sus siervas para yacer con Jacob y así concibieran sus hijos, Dan, Neftalí, Gad y Aser.[6]

En el Reino de los sumerios, en la Mesopotamia del siglo XVIII a.C., la maternidad subrogada fue, además de una práctica habitual, una práctica legal. Así consta en el Código de Hammurabi,[7] de poco menos de cuatro mil años de antigüedad, que establece que si uno toma una esposa que le entrega una esclava, el marido no podrá tomar una nueva esposa, siempre que le dé hijos. Si la esposa no le da descendencia, considerando también a la esclava como una ramificación de la esposa, podrá tomar una nueva mujer, pero que no será considerada de la misma categoría que la patrona. Así será, en el aprecio del esposo, si da a luz sus hijos, pero seguirá siendo considerada esclava, aunque con la garantía de no poder ser vendida por plata.

El incesto real en el Antiguo Egipto fue una realidad (aunque muchos defienden que menos de lo que se cree, dado que el término para referirse cariñosamente a la esposa era el mismo que para la hermana, *senet*). Aunque no exista una línea segura de estudio, la más aceptada es la de la teoría de la princesa heredera, según la cual, la legitimidad para reinar era dada por la línea femenina, en tanto eran las mujeres las que heredaban el poder de legitimar, por medio del matrimonio, el acceso al trono del futuro faraón. El porqué de esta forma de suceder, radica en que la idea era que fuera el hijo del faraón quien se casara con su hermana, cuya descendencia mantendría pura la sangre divina de la que se jactaban los gobernadores del Antiguo Egipto. Por ello, muchos faraones, fruto del fruto del fruto de estas relaciones incestuosos, nacían con determinadas dolencias, lo que les llevaba a servirse de sus criadas para lograr tener descendencia. Bien es cierto que los nacidos de siervas, tenían la desventaja de acceder al trono, sólo a falta de otros herederos más legítimos. Así nacieron Tutmosis I, hijo de Amenhotep I; Tutmosis II, hijo de aquél, y su hijo Tutmosis III, padre de Amenhotep II. Todos ellos nacidos por medio de la subrogación.

---

[4] «Y Sarai, esposa de Abram, no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar. Dijo, pues, Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego que te allegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram la voz de Sarai… Y Agar dio a luz un hijo a Abram, y llamó Abram el nombre de su hijo que Agar le dio, Ismael». *Génesis: 16*.

[5] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGE BENEGIU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 26.

[6] «Y viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó con Raquel y dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, quien te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella…

Y concibió Bilha y dio a luz un hijo a Jacob… Y viendo Lea que había dejado de tener hijos, tomó a Zilpa, su sierva, y la dio a Jacob por esposa. Y Zilpa sierva de Lea, dio a luz un hijo a Jacob». *Génesis 30*.

[7] «Ley 144: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

Ley 145: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer, tomará esa otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría.

Ley 146: Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

Ley 147: Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata». "Código de Hammurabi", *Leyes 144-147*.

En la Grecia y Roma clásicas, también se trataba de una actividad naturalizada, tal y como retrata el historiador griego Plutarco.[8] Pero esta técnica no constituyó feudo reservado a Occidente, pues en la Edad Media se utilizó también en China, Corea y Japón.

Tras siglos de investigación, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976.[9] Pero es, a partir de la aparición de la fecundación *in vitro*, en 1978, cuando llega la revolución definitiva. Así, el primer caso de gestación por sustitución en el que la gestante no aporta sus óvulos ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al de una mujer que dio a luz una criatura con la que no tenía relación genética alguna.[10] Este avance constituyó todo un hito, pues supuso, para las personas estériles, la posibilidad de tener hijos genéticamente propios, sin que la gestante fuese la madre genética.

Sería en 1980 cuando la maternidad por subrogación se abriera al mundo, por tener lugar el primer caso que atendió el problema: el caso *Baby M*. El señor Stern, ante la imposibilidad de su mujer Elizabeth para tener un hijo, contrajo con el matrimonio Whitehead un contrato de gestación por sustitución. Por dicha tarea, Elizabeth Whitehead recibiría diez mil dólares más gastos médicos. Así, la gestante fue inseminada artificialmente con semen del señor Stern, para al nacer, entregar la criatura a la familia Stern, cuyo apellido constaría en el certificado de nacimiento. Además, la señora Whitehead habría de renunciar a sus derechos filiatorios. El 27 de marzo de 1986 nace Melisa Stern, y los comitentes permiten a la gestante permanecer con la niña unos días, periodo tras el cual decidió que no la entregaría a los Stern. Tampoco renunció a la relación materno-filial, impidiendo así que la señora Stern pudiese adoptar, tal y como se había pactado. Los Stern llevaron el caso a los tribunales, que acabó por ser resuelto ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concluye que el contrato era inválido y no ejecutable, además de por consideraciones de orden público, «por estar en conflicto con las leyes que prohíben el pago de una suma de dinero en relación con las adopciones; las leyes que exigen la prueba de la incapacidad de los padres o el abandono para que se declare la extinción de los derechos parentales o se conceda la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad de la entrega de la custodia y del consentimiento para la adopción en las adopciones convenidas privadamente». Pero este no fue el factor determinante, sino que lo fue el interés superior de la niña. Once peritos informaron al respecto, y el Tribunal concluyó que, «la protección del interés de Melisa demanda que se conceda a los Stern la guarda de la niña», concediendo a la señora Whitehead, un derecho de visitas que decidirá el Tribunal de instancia o, «aunque no sea probable, es posible que decididas ya las principales cuestiones de este litigio, las partes, por el amor que sin duda profesan a la niña, intenten de buena fe resolver ellas mismas la cuestión del derecho de visita pensando en el mejor interés de su hija».[11]

3. Concepto y terminología

Existen en la doctrina numerosas definiciones conceptuales debido a las variantes de la figura que tratamos. Conceptos evolutivos que se inician con una consideración sólo posible si provocada mediante IA, donde la gestante y el comitente varón deben aportar su material genético. En los que los comitentes han de ser una pareja heterosexual casada, donde el padre será considerado padre biológico y su esposa madre adoptiva. A medida que la ciencia iba avanzando y la práctica multiplicándose, los conceptos

[8] Véase PLUTARCO, M. "Las vidas paralelas", *Tomo VI, Catón el Menor*.

[9] Se hace necesario advertir que en los primeros casos de gestación por sustitución, era la gestante la que aportaba el material genético, debido a que se practicaba la inseminación artificial (en adelante, IA).

[10] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 20.

[11] In *Re Baby M, Supreme Court of New Jersey,* 109 N.J. 396; 537 A.2d; 1988 N.J. LEXIS 1; 77 A.L.R. 4th. (Traducción de SILVA-RUIZ, P.F.).

doctrinales se abrían, aunque fue tardía la evolución hacia la posibilidad de que fuera comitente una pareja homosexual o solamente un hombre.[12]

Por seguirlos sustancialmente en esta oportunidad, enunciaré los conceptos dados por A.J. Vela Sánchez y E. Lamm.

Vela Sánchez habla de un «fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no».[13] Por su parte, Lamm habla de «una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente».[14]

En nuestro país, el hecho de la gestación por sustitución se conoce generalmente con la expresión, aunque técnicamente no del todo correcta, *maternidad subrogada*. Existe una enorme diversidad terminológica, tanto médico-científica como jurídica, que vendremos utilizando indistintamente a lo largo de esta exposición, a pesar de que pequen de la misma falta de ajuste técnico que el término *maternidad subrogada*. Los más comunes son maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero o de vientre, madres suplentes, portadoras, de alquiler o gestantes, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o subrogada, maternidad sustituta, de alquiler o de encargo, etc.[15]

También en derecho comparado destaca la multiplicidad terminológica. Entre los anglosajones, tras el Informe Warnock (1984),[16] se conoce la figura como *surrogacy*. En Francia se habla de *mère de substitution*, *mère porteuse*, *mère de remplacement* y *prêt d´uterus*. En Italia se emplean los términos *affito di útero* o *locazzione di útero*. Para Alemania es *Lehmutter*.[17] Conviene destacar el caso mexicano pues, como veremos en el Capítulo III, el grado de permisividad con la maternidad subrogada, difiere según el estado. Y, curiosamente, el Código Civil (en adelante, CC) del estado de Tabasco usa los términos *maternidad subrogada* o *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no su material genético.

En realidad el término *maternidad subrogada* es incorrecto, en tanto la maternidad no es una situación que se concrete en un instante, sino que es todo un proceso que comienza antes siquiera de la fecundación, y no concluye hasta que termina la propia vida. Además, según la Real Academia Española, *subrogar* es «sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra», así que sólo cabría su uso cuando la gestante lleve a cabo la gestación, aportando su propio material genético. Con E. Lamm, la denominación más adecuada sería, *gestación de sustitución*, por tratarse del «término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende».[18] En nuestro país, además, es el concepto utilizado por la Ley *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo, en adelante, LTRHA).

---

[12] Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 22-24.

[13] VELA SÁNCHEZ, A.J. "La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina*, 2 de abril de 2011, Año XXXII, pp. 1-15.

[14] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 24.

[15] Véase MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGE BENEGIU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 22-24.

[16] El Informe Warnock, emitido en 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas, fue solicitado por el Parlamento británico cuando decidió regular legalmente la investigación con embriones humanos. Fue el primer informe europeo que aborda la procreación asistida. Disponible en: http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf

[17] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGE BENEGIU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 22.

[18] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 2).

4. Causas y modalidades

La constitución del convenio de maternidad subrogada puede deberse a infinidad de circunstancias. La infertilidad es el supuesto más visible, y dependiendo de la aptitud de su óvulo para la fecundación, la comitente podrá optar o no por utilizar el material genético de la gestante. Pero también puede darse el caso de que, simple y llanamente, la mujer no quiera quedar embarazada (bien por estética, por no transmitir una enfermedad, por motivos de trabajo, etc.), lo cual no quita que no desee un hijo que tenga sus ojos. La mujer también puede haber muerto, y haber dejado un embrión congelado que necesite de un habitáculo de gestación. Pero es que además, la gestación por sustitución supone una gran oportunidad de satisfacer el anhelo de ser padres para los hombres solos o parejas homosexuales de hombres.

Desde otra perspectiva, debemos tomar en consideración la causa que impulsa a la otra parte del acuerdo que puede ser bien económica, bien deberse a un acto de altruismo, o cualquier otra circunstancia psicológica o social concreta que lleve a una mujer a gestar al hijo de otra.

La doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Tradicional: la gestante aporta tanto la gestación como su material genético. En este caso, la mujer comitente no posee vínculo genético con el niño.
- Gestacional: la gestante aporta únicamente la gestación.

La tendencia es optar, cuando sea biológicamente posible, por el tipo gestacional, para establecer un vínculo genético madre comitente-hijo. Además, sobre todo tras el caso *Baby M*, para que no exista vínculo genético entre la gestante y el niño, lo cual lleva a algunos ordenamientos a ser más tolerantes con la figura.[19]

CAPÍTULO II. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL ESPAÑOLA

1. Análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida

Los antecedentes de la LTRHA vigente en nuestro país, fueron el Informe de la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio sobre la Fecundación *in vitro*, y la Inseminación Artificial Humanas, conocido como Informe Palacios (1986),[20] donde se establecían aspectos relativos a supuestos en que podría defenderse la permisión de la maternidad subrogada (por inexistencia de útero, o útero inútil), pero que sin embargo recomendó su prohibición. Estableció que, en cualquier caso en que estos niños nacieran por medio de aquel proceso, serían considerados hijos de la gestante, aun ante la ausencia de vínculo genético con la misma. También la Disposición Adicional Segunda del Proyecto de Ley presentado por el Grupo Socialista y publicado en 1987,[21] que recogía la misma prohibición, además estableciendo sanciones administrativas y penales según la responsabilidad contraída por los participantes. En el caso en que, a pesar de lo dispuesto, hubiere lugar a aquella gestación, se consideraría al nacido hijo legal de la gestante y sin padre, cabiendo valoración judicial de las circunstancias de la madre y de la solicitud de paternidad. La ley vigente mantiene intacto lo dispuesto por su predecesora (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida).

El artículo décimo de la LTRHA regula la «gestación por sustitución», y dice así:

«1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

---

[19] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 29-30.

[20] Recomendaciones disponibles en http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF.

[21] Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/B/B_074-01.PDF p. 11.

2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Destacan tres ideas clave: el contrato de gestación es nulo; la maternidad se determina por el parto; cabe reclamar la paternidad por la vía ordinaria.

El contrato de gestación es nulo de pleno derecho, sin importar que se haya llevado a cabo con ánimo de enriquecimiento, o por la vía del altruismo. Pues la nulidad no la determina su contenido, sino la propia naturaleza del objeto contractual. La doctrina[22] analiza la situación en base a que, aunque no se estableciese la nulidad *ex* artículo 10 LTRHA, el contrato habría de ser igualmente nulo de acuerdo a nuestro derecho civil, por inexistencia o ilicitud de la causa, y porque su objeto ataca los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas.[23] La nulidad nos transporta a la conclusión de que los deberes y derechos acordados por las partes no producen efecto, por tanto, la gestante no está obligada a entregar al niño nacido de su vientre, ni a seguir cualquier otra cláusula estipulada, ni siquiera a indemnizar, como consecuencia de aquélla actuación, aunque se le hayan entregado ciertas cantidades por razón de su servicio. Además, la nulidad implica que no podrá perseguirse su cumplimiento por vía judicial. Pero, ¿qué pasaría si a pesar de ser nulo el contrato, las partes cumplen lo pactado? Las consecuencias serían idénticas, pues al no existir eficacia jurídica, la única madre será la establecida por la Ley, y no la madre pactada. Derivado de aquella nulidad, conviene destacar cómo la actual legislación, a pesar de eliminar todos los efectos del acuerdo gestacional, no expresa nada acerca de los posibles intermediarios que participen en dicho acuerdo ni de su responsabilidad por tales actos, lo cual sí que había sido recomendado, en su momento, por el Informe Palacios (recomendación 116).[24] Castiga a quien desea un hijo, pero no a quien se enriqueció en el proceso.

Por medio del apartado segundo del artículo 10 LTRHA, que establece que la filiación de los hijos nacidos por medio de la maternidad subrogada será determinada por el parto, la legislación española se aferra al principio paulino *mater semper certa est*, sin importar ninguna otra circunstancia, primando el componente gestacional, sobre cualquier otro, ya haya ausencia de elemento volitivo, o incluso en caso de desconexión genética. La aplicación de este principio, aparte de ser un elemento disuasorio de la contratación gestacional, pretende salvaguardar el sistema de filiación, no dejando la maternidad ahogada en el mismo pozo de incertidumbre en que Paulo dejaba la paternidad. En nuestro sistema, la seguridad se muestra como superior a cualquier debate, pese a su procedencia.

Por último, el artículo 10.3 LTRHA, protege la acción de reclamación del padre biológico, que en su caso, se llevaría a cabo conforme a las reglas generales, esto es sobre la base del artículo 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Así, conforme a esta ley, se posibilita que al menos uno de los comitentes establezca el pretendido vínculo de filiación jurídica para con el nacido, aunque, como veremos, no ocurre automáticamente.

Para concluir, un aporte penal. Debemos tener en cuenta que, a pesar de que el Código Penal (en adelante, CP) no contemple la gestación por sustitución como delito, su realización puede llevar a la comisión de una serie de ilícitos sí tipificados: artículos 220 y 221 CP. Son 1) el delito de suposición de parto, que se daría en el caso de que los comitentes se atribuyan el hijo de, siempre según la ley, la gestante; 2) delito de ocultación o entrega del hijo, si la gestante lo entrega a la parte comitente; 3) o, si mediara contraprestación, delito de compraventa de niños.

---

[22] Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 40-42.

[23] Véase GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 347-350).

[24] «Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y los equipos médicos que los realicen».

2. ¿La adopción como alternativa para la determinación de la filiación?

Como vimos, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, y la maternidad queda determinada por el parto, punto.

Pero, partiendo de esa base, podemos plantearnos otra cuestión, ¿puede la gestante entregar, a la parte comitente, el niño en adopción? Para dar una respuesta, debemos analizar si podría mediar: 1) bien una adopción conjunta por parte de la pareja comitente o por la persona comitente sola; 2) o bien, si una vez reconocida la paternidad del comitente, vía artículo 10.3 LTRHA,[25] cabe la adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente.

- Adopción conjunta por parte de la pareja comitente o por la persona comitente sola.

  Parte de la doctrina[26] entiende que ante esta situación no existe fraude de ley, pues el legislador no prohíbe la adopción. Se argumenta que, ante un conflicto de intereses, lo que el legislador hace es determinar la prevalencia del interés de la gestante sobre el interés genético, decidiendo la maternidad en favor de la madre gestante. Pero, después del nacimiento y una vez producida la inscripción en que conste la filiación a su favor, no existe ninguna prohibición, siendo imprescindible el control judicial para salvaguardar el interés del niño.

  Se plantea la cuestión de si se debería permitir que las personas realicen indirectamente lo que se les prohíbe hacer de forma directa. Para dar respuesta a ello, Giroux[27] divide el concepto de interés superior del niño en dos momentos temporales. Si *a priori* el interés superior del niño tiene por objeto impedir que se lleve a cabo esta práctica imponiendo que no se facilite la regularización de esta situación; *a posteriori* podría suponer que las personas que realmente tienen la intención, la voluntad de ejercer el papel de padres, puedan hacerlo.

  En cambio el sector opuesto determina que, si a los comitentes se les autoriza después del parto a una adopción preferente, se conseguiría así el propósito de la maternidad subrogada, pese a la voluntad del legislador.

  Pero debemos considerar éste, un planteamiento erróneo en sí mismo, debido a la forma, pues no es la gestante quien cede su descendencia a los solicitantes, personalmente por medio de la adopción. Quien formaliza la adopción no es ella, sino la entidad pública con el juez, como establecen las leyes. Ello supondría que, al seguir el proceso establecido al efecto, aquella adopción, casualidades aparte, no llegará a buen puerto.
- Adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente, una vez reconocida la paternidad de éste, mediante el uso del artículo 10.3 LTRHA.

  Para llevar a cabo dicho "plan", se requiere que un varón preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su pareja con sus gametos y consiga que ella preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, apoyados por el CC en sus artículos 176.2.2 y 177.[28]

---

[25] Artículo 10.3 LTRHA: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

[26] Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 74-77.

[27] GIROUX, M. "L´encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l´intérêt de l´enfanT", *Revue générale de droit*, volumen 28, número 4, 1997, pp. 535-547.

[28] Artículo 177 CC: «1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. 2º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, conforme al artículo 10.3 LTRHA, el varón que fuera el padre biológico del nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto, el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja del comitente, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 CC.[29]

Autores como De Verda y Beamonte,[30] Vela Sánchez[31] y Lamm,[32] califican esta solución de absurda, en tanto supone utilizar la vía de la adopción para lograr los efectos del contrato de gestación por sustitución, y si esto se permite ¿por qué no admitirse directamente la maternidad subrogada? Acudir a esta figura para atacar la LTRHA, en cuanto prohibición legal, aparte el hecho de la necesidad de regulación sobre la base de la voluntad procreacional, supone un claro fraude ley.

Vemos como el legislador utiliza la seguridad jurídica para proteger el interés superior del niño, pero que al final es la propia seguridad jurídica, la que torpedea aquel interés.

3. La maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero

Así las cosas, ante la situación retratada, queda clara la imposibilidad de inscribir en el Registro Civil, a favor de la parte comitente, la filiación de un niño nacido a través de un contrato de gestación por sustitución celebrado en España. Pero, ¿qué pasaría si un español recurre a la maternidad subrogada en un país en que sí se permita aquella inscripción? ¿Podrá el nacido acceder a los Registros españoles? Analizaremos dicha posibilidad a través del caso judicial más emblemático de nuestro país en lo que se refiere a esta materia.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treintas días desde el parto.

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez: 1º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. 2º El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores. 3º El adoptando menor de doce años, su tuviere suficiente juicio. 4º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél».

[29] Artículo 176 CC: «1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1º Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2º Ser hijo del consorte del adoptante. 3º Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4º Ser mayor de edad o menor emancipado.

3. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de presentación de tal consentimiento».

[30] Véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley, número 7501, Sección Tribuna*, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7.

[31] Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 3-11.

[32] Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 74-77.

3.1. Situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

En el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles (California, Estados Unidos), el matrimonio español compuesto por Genaro y Bienvenido solicita la transcripción del acta de nacimiento extranjero, como hijos de ambos, de dos mellizos nacidos por medio de la figura de la maternidad subrogada en 2008. Se empleó la modalidad gestacional, en tanto la mujer californiana aportó su útero, siendo inseminada con el semen de ambos, y con el óvulo de una tercera mujer donante. El 10 de noviembre de 2008, Inocencio Arias, Canciller encargado de aquel Registro, denegó la inscripción invocando la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, y considerando madre legal a la gestante, indicando además, la imposibilidad de que los dos varones fueran los padres de los niños, pues la procreación requiere de una mujer. Es precisamente el dato de la homosexualidad de los comitentes, el que advierte a la autoridad registral de la existencia de la realidad que estudiamos, y que en casos anteriores, al tratarse de parejas heterosexuales, no se había advertido. Aquellas parejas lograron la transcripción de las actas de nacimiento en el Registro Civil español sin mencionar la «procedencia» de las criaturas y haciéndolos pasar como nacidos por filiación natural.[33]

Tras la negativa, el matrimonio recurre ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que falla, mediante resolución de 18 de febrero de 2009,[34] revocando el auto apelado y ordenando la inscripción de los menores en el Registro Civil español, en favor de Genaro y Bienvenido. Los argumentos de la DGRN son:

- La filiación no es lo que se cuestiona, sino el acceso registral de una filiación ya determinada.

  La filiación de los mellizos ya ha sido determinada en otro país, por lo que la LTRHA es inaplicable. Lo que se trata de resolver no es la filiación, sino el acceso al Registro Civil español de una filiación ya determinada. Lo procedente es una comprobación formal de la misma, pues no se trata de una cuestión de derecho aplicable, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Así, se ha de aplicar el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC).[35] Ello llevaría, sencillamente, a un control de legalidad, que no abarca el examen de si la solución jurídica es igual a la que habría dado una autoridad española en aplicación de la ley española, sino que supone una comprobación de que se trate de un documento público autorizado por autoridad extranjera, y que el mismo ha sido emitido por autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las respectivas españolas.
- La inscripción no supondría ninguna violación del orden público.

  La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de los mellizos en favor de dos hombres no vulnera el orden público internacional español, en tanto éste permite la inscripción de filiación en favor de dos mujeres (artículo 7.3 LTRHA).[36] Por lo que no permitir la filiación en favor de dos varones sería contrario al principio constitucional que enuncia la no discriminación por razón de sexo. Además ello no

[33] Véase http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es.

[34] Disponible en: http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m.

[35] Artículo 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales».

[36] Artículo 7.3 LTRHA: «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

vulneraría «la estructura básica de la sociedad española», en tanto se permite la filiación por parte de dos varones en caso de adopción. Así, si la ley establece la no distinción entre hijos naturales y adoptivos, ¿por qué hacerlo?

- El interés superior de los niños.

  La toma en consideración del interés superior de los niños supondría evitar, no sólo su falta de filiación, sino el hecho de que posean identidades diferentes según el lugar en que se encuentren. Es decir, para que no sean hijos de unos en un lado del mundo, e hijos de otros al otro lado. Por lo que la DGRN argumenta que la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español supone la mejor forma de protección de los niños.

- No ha habido fraude de ley.

  No debemos hablar de fraude ley pues, no se ha tratado de eludir ninguna norma imperativa española al no intentar los interesados, alterar el punto de conexión de la norma de conflicto española (podían haber alterado la nacionalidad de los nacidos para aplicar la ley de California). Tampoco ha habido *Forum Shopping* fraudulento (elección del foro más favorable), pues no se ha dejado la cuestión de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas para eludir la ley española.

Al poco tiempo, la resolución de la DGRN, que ordenaba la inscripción de los mellizos en favor de Genaro y Bienvenido, fue atacada. El Ministerio Fiscal[37] la impugnó, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, le dio la razón, íntegramente, ordenando dejar sin efecto la inscripción, en base a la siguiente argumentación:

- El artículo 81 RRC, es tan sólo una norma que desarrolla otra de rango superior.

  El artículo 81 no es más que una norma desarrolladora del artículo 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC), que establece que: «También podrán practicarse [las inscripciones], sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Lo cual retrata, desde la perspectiva del juez, la necesidad de un control material, además de formal, o sea un control de la realidad del hecho que se ha inscrito en el Registro extranjero. Así, el hecho de que estemos ante dos varones, padres de los menores cuya inscripción se pretende, no es cierto: «No lo es, ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible, [entonces] surge con ello la existencia de duda sobre la realidad del hecho inscrito». Del mismo modo, advierte la sentencia, que lo que se exige al encargado del Registro es, además, que compruebe si la inscripción que se pretende es conforme a la ley española, es decir, si el hecho sería legal de haber ocurrido en España. Por ende que lo haga conforme al artículo 10 LTRHA.[38] El argumento del artículo 81 RRC queda absolutamente retratado.

- El no a la inscripción no es discriminatorio.

  La negativa a la inscripción no se basa en un trato discriminatorio, sobre la base de que «la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución», contrato nulo de pleno derecho. Además han incurrido en un fraude de ley: acuden a Los

[37] Con la entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, del Registro Civil, la intervención del Ministerio Fiscal no será posible.

[38] ALBERT MÁRQUEZ, M.M. “Los contratos de gestación de sustitución llevados a cabo en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14.

Ángeles sabiendo que la maternidad subrogada, a diferencia de en España, se permite y que, consecuentemente, los menores podrían ser inscritos como hijos naturales, asumiendo el riesgo de que las instancias españolas bloquearan la transcripción del acta en el Registro Civil español.

- El interés superior de los niños es protegible por medio de la adopción.

  El interés superior de los niños aconseja la inscripción de la doble paternidad, y nuestro ordenamiento tiene medios suficientes para conseguir esa concordancia, por la vía de la adopción. La consecución del interés superior de los niños «no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece».

3.2. Situación tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución[39]

Pero la maternidad subrogada no termina con Genaro y Bienvenido. Aparecen nuevos casos solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, y ante la complejidad de la situación, la DGRN decide determinar una serie de criterios que establezcan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta técnica, con el fin de dar una respuesta común a los múltiples recursos habidos y venideros ante la negativa de inscripción de los nacidos en países en los que los que los contratos de gestación por sustitución son Derecho. Para garantizar la plena protección del menor, debía abordar tres cuestiones: «en primer lugar, los instrumentos necesario para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico».[40] Además deben valorarse otros intereses, en especial la protección de las gestantes.

A partir de esta Instrucción, para garantizar aquella protección, se establece como requisito previo a la inscripción, la presentación ante el encargo del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor. Así, la DGRN se aleja del criterio por el que había optado en 2009, según el cual para la inscripción de la filiación, bastaba la mera presentación de la certificación extranjera. Ello permitirá:

- «Controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.
- Constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.
- Verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores».

Si el encargado del Registro Civil entiende, que la resolución que se requiere, ha sido dictada en un procedimiento contencioso, denegará la inscripción de la misma, pues requerirá de previo exequátur de ésta, de acuerdo a lo establecido en la LEC (LEC 1881: artículos 954 y siguientes), y según «doctrina plenamente consolidada del Tribunal Supremo (en adelante, TS)». No así cuando la resolución derive de un procedimiento

[39] Disponible en: http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf.

[40] Véase Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, Boletín Oficial del Estado, número 243, jueves 7 de octubre de 2010, Sección 1, pp. 84803-84805.

equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, en que basta un control incidental de la resolución, como requisito previo a su inscripción. «En dicho control incidental deberá constatar:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

En breves palabras: con la Instrucción de la DGRN, para inscribir a los nacidos en el extranjero por medio de la gestación por sustitución en el Registro Civil español, se debe presentar, al encargado registral, una resolución judicial del tribunal del país extranjero estableciendo la filiación. Si éste entiende que proviene de un procedimiento contencioso, no inscribirá la resolución, a menos que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur (para reconocer la validez de la sentencia y permitir su ejecución en España). En caso de que la resolución provenga de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, bastará un control incidental para inscribirla.

La doctrina que ha estudiado la Instrucción, se posiciona como contraria a ella por favorecer el fraude de ley, dando cobertura a un turismo reproductivo que trata de evitar la LTRHA. Además de la discriminación que supone entre los españoles que tienen posibles para acceder a un contrato de maternidad subrogada en otro país, respecto de aquellos que no, o de aquellos que simplemente lo intentan en España. A juicio de Vela Sánchez, es el propio principio constitucional de igualdad, el que impide la aplicación de la Instrucción, además de ser un error del Ministerio de Justicia, el considerar a través de la DGRN, que las normas reglamentarias pueden emplearse contra Derecho vigente, vulnerando (a discreción) el sistema de fuentes que establece nuestra Constitución.[41] Y así es como la Instrucción administrativa de la DGRN no constituye, fuente de Derecho alguna.

Genaro y Bienvenido recurrieron la sentencia del Juzgado de Valencia ante la Audiencia Provincial que tuvo que confirmar aquélla,[42] que ordenaba dejar sin efecto la inscripción de los mellizos. Y al interponer recurso de casación ante el TS, éste fallo de la misma forma,[43] sobre la base de los mismos argumentos, que resumidamente son:

- Principio constitucional de jerarquía normativa. El RRC no puede invocarse para contradecir la LRC.
- La certificación registral californiana viola el orden público internacional español (artículos 954.3º LEC 1881;[44] artículo 23 Ley de Adopción Internacional[45] y artículo 34.1º Reglamento 44/2001 del Consejo, relativo

[41] VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 56.

[42] Disponible en: http://elderecho.com EDJ 2011/280304 SAP Valencia de 23 de noviembre 2011.

[43] Disponible en: http://elderecho.com EDJ 2014/7037 STS Sala 1 Pleno de 6 de febrero 2014.

[44] Artículo 954.3º LEC 1881: «Si no estuviera en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:... 3º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España».

[45] Artículo 23 Ley de Adopción Internacional: «En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto

a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[46]).

- El artículo 10 LTRHA es una norma de policía, esencial para la salvaguardia de los intereses del país, «hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».[47]
- El matrimonio ha huido de la norma española para poner en manos de la autoridad californiana la determinación de la filiación.
- No hay infracción del principio de igualdad, pues las parejas de mujeres, no requieren de otra que geste.
- Argumentar «el interés superior del menor» no puede servir para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento. Menos cuando la propia ley establece otras vías para protegerlo, véase la adopción.

Los bebés ya no son tan bebés, sus padres no pueden ser sus padres, y su madre nunca quiso serlo.

Conviene decir que, según voces autorizadas como Lamm y Bonillo Garrido, en la actualidad, nuestros Juzgados y Tribunales están comenzando a dar pasos claros en cuanto a la homologación en España de sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos por media de esta técnica, en atención a que lo que realmente debe primar en estos supuestos es el interés superior del menor.[48]

3.3. La maternidad subrogada internacional en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[49]

La nueva LRC dedica su Título X a recoger las normas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo el problema de la maternidad subrogada no aparece ni el texto legal, ni en los diarios de sesiones de las comisiones en que fue discutida. Quizás la intención fuera regularla sin nombrarla, para esquivar el debate público.

Queda fuera de toda duda, que la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución sería materia que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, habrá de regularse por lo que en ella se disponga, al constituir aquel contrato una relación jurídica de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, dejaría de aplicarse la instrucción de la DGRN de 2010 (al menos, en lo que fuera contraria a la nueva regulación), pues siendo el contenido de ambas diverso, el conflicto entre las dos regulaciones habría de resolverse a favor de la Ley de mayor rango, más aún habida cuenta de que ésta acoge ahora específicamente la regulación de los problemas del Derecho Internacional Privado.[50] ¿En qué posición quedaría la inscripción de aquella filiación?

---

con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español».

[46] Artículo 34.1º Reglamento 44/2001: «Las decisiones no se reconocerán: 1º Si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

[47] Artículo 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

[48] LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 95; y BONILLO GARRIDO, L. "El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución", *Diario la Ley, número 8070, Sección Tribuna*, 25 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-2.

[49] Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628

[50] ALBERT MÁRQUEZ, M.M. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

El artículo 98[51] está dedicado a la regulación de la «Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros» (donde sin duda se ubica la certificación registral de la filiación de los hijos habidos mediante gestación de sustitución en el extranjero). Según éste, y siguiendo a Albert Márquez, habrá de realizarse un examen de carácter formal, excluyendo así tanto la exigencia de realidad del hecho inscrito como la de su legalidad conforme a nuestro Derecho. Se exige que el Registro extranjero tenga «análogas garantías». Para saber cuáles son esas garantías, tenemos que acudir a los principios de funcionamiento del Registro Civil establecidos por esta nueva ley. Es el artículo 13 el que dispone: «Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos». Si sumamos estos dos artículos, el resultado demuestra que la legalidad y realidad exigida, no debe ser exactamente la misma que la exigida por nuestro Derecho, sino análoga, semejante. Y además ocurre que ese control, se llevará conforme al Derecho interno del Estado al que pertenezca el Registro, sobre la base de sus documentos y dentro del margen establecido por su propio Derecho. Esta interpretación deja en fuera de juego la posible irrupción del artículo 10 LTRHA (salvo que el hijo tuviera la nacionalidad española, entonces le sería aplicable ésta legislación). Se aplicarían las normas de filiación del lugar de celebración del contrato, con la exigencia de respetar la difusa obligación del artículo 98 de la nueva LRC de «Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español». En tanto se permite la adopción, cabría argumentar que no existe esa manifiesta incompatibilidad.

Según el artículo 98.2, la certificación registral extranjera, que no es más que mero reflejo de una resolución judicial anterior, será la que acceda al Registro. Éste remite al artículo 96 en cuanto a los procedimientos de acceso, que establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras podrá llevarse a cabo mediante exequátur o ante el encargado del Registro Civil, que la realizará tras verificar:

- «La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

Así, el hecho de que la certificación registral extranjera relativa al tema que tratamos, no sea más que mero reflejo de una resolución judicial previa, llevaría a la

[51] Artículo 98: «1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan».

autoridad registral a desplazarse hacia el artículo 96, viéndose obligado a inscribir la resolución judicial en virtud de la cual se reconoce la filiación de los nacidos mediante gestación de sustitución, incluso, en favor de dos varones.

Para Albert Márquez la clave de la solución al problema de cómo quedarían reguladas estas inscripciones en la nueva LRC es la interpretación que se haga de la expresión «análogas garantías» (artículo 98.1.b): ¿Implica esto una exigencia de realidad y legalidad, o no necesariamente?; ¿de qué legalidad y de qué apreciación de la realidad hablamos?; ¿de la establecida en nuestro Derecho o de la legalidad propia del Estado donde se celebró el contrato? También es decisiva la interpretación del término «orden público español» (artículo 96.2.2º.d): ¿Puede entenderse que un contrato de gestación de sustitución no es manifiestamente contrario a nuestro orden público?[52]

Farnós también entiende que lo fundamental del artículo 98 es que atribuye el control sustantivo a la ley del lugar del Registro, e intuye el punto clave de todo el asunto en la interpretación del orden público español, en tanto podría permitir o no la invocación del artículo 10 LTRHA.[53]

En relación con ello, Vaquero López sostiene, que el principio del interés superior del menor que informaba la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ordenando, sin prejuzgar la cuestión de fondo, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación, es el que ahora debe informar el artículo 96, permitiendo una aplicación atenuada del orden público. Procediendo así la inscripción de la resolución que determine la filiación, siempre que se cumplan las demás condiciones de reconocimiento exigidas.[54]

Así, queda claro que la aceptación o no de la inscripción de las resoluciones extranjeras que determinen la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución dependerá de qué entendamos por «análogas garantías» y de que consideremos que su admisión supone o no un acto «manifiestamente incompatible con el orden público español». ¿Quiso el legislador evitar el debate social no haciendo mención alguna a la maternidad subrogada, pero depositando las herramientas para ir permitiendo su entrada en nuestro Derecho? ¿O quiso dejar claro que no existe, a los ojos de la ley española, otra posibilidad que no sea la estricta aplicación del artículo 10 LTRHA? ¿Qué es incompatibilidad manifiesta?

4. La necesidad de regulación

La necesidad de regular la maternidad subrogada en España, es criterio compartido por la doctrina.[55] La revisión de la radical prohibición es el problema que ha de afrontarse, por medio de una legislación justa, uniforme, coherente e igualitaria, que debe entender que la gestación por sustitución es una realidad, y que se está llevando a cabo generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que la controle y que resuelva los problemas que ocasione. Que debe entender que se hace desde diferentes gamas sociales y de pensamiento, con el respaldo de la comunidad científica, y con la única crítica explícita de feministas radicales y ultraconservadores católicos.[56] Aunque la contratación del cuerpo humano no puede convertirse en feudo para el enriquecimiento, el Derecho no puede dejar de regular dicha conducta. No debe hacerlo prohibitivamente, pues la realidad, todo lo hasta aquí analizado, pone de

---

[52] ALBERT MÁRQUEZ, M.M. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

[53] FARNÓS AMORÓS, E. Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain, *International Family Law*, marzo de 2013, p. 71.

[54] VAQUERO LÓPEZ, C. "Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil", *LEX NOVA blogs,* 27 de abril de 2012.

[55] Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 64-67.

[56] CERDÀ SUBIRACHS, J. "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN", *Diario La Ley, número 4893, Sección Tribuna Abierta*, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.

manifiesto que no está siendo eficaz, pues siendo posible, siempre habrá quien necesite recurrir a dichos servicios y quien quiera prestarlos. Entonces es cuando la prohibición fomenta la generación de un mercado negro, rentable para quienes se aprovechan de estas situaciones de vulnerabilidad. La realidad y la globalización han desbordado la prohibición, sin ninguna duda. Su continuidad sólo podrá traer consecuencias injustas y graves perjuicios para los nacidos, para sus padres, para sus gestantes y para la sociedad, tanto si la apoyan como si no.

Así, no habiéndose demostrado que la gestación por sustitución atente o perjudique la salud psíquica de los involucrados, y ante la evidencia de que la regulación es el mejor camino para proteger el interés superior de los niños, para asegurar los derechos reproductivos como derechos humanos, para controlar las posibles situaciones de explotación, para limitar el turismo reproductivo, en definitiva para la evolución social, ¿hay alguna alternativa?

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO[57]

Una vez estudiada la situación española, ha lugar a un breve estudio de derecho comparado por medio del análisis legislativo de algunos países que regulan la materia, escogidos con la intención de mostrar las diferencias que se dan dentro de tendencias comunes. Como en muchas otras situaciones, el Derecho no muestra una respuesta única ante esta realidad, en tanto las posturas de los países reguladores se pueden dividir en tres grandes grupos: 1) Prohibición de la maternidad subrogada; 2) Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista y; 3) Admisión amplia de la maternidad subrogada. Dedicaremos un cuarto apartado para estudiar las diferentes consideraciones que pueden existir dentro de un mismo país, a través de la exposición del asunto en los sistemas federales. Para su análisis, seguiremos de forma sustancial el estudio realizado por Eleonora Lamm, en cuanto una de las mayores expertas en la materia a nivel internacional, Subdirectora de Derechos Humanos en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, investigadora, y profesora de Bioética y Derecho en la Universitat de Barcelona, entre otras cosas.[58]

1. Prohibición de la maternidad subrogada

1.1. Francia

El Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus Opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de ésta práctica. Defiende, sobre el argumentario de que puede servir a intereses comerciales, llevando a la explotación de las mujeres involucradas, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

El CC francés, por su parte, establece (artículo 16.7), en consonancia con nuestra regulación, que «todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo», nulo por razones de orden público. Mientras, su CP castiga con prisión y multa a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente, estableciendo que si existe finalidad de lucro, las penas han de doblarse (artículo 227.12) Esta iniciativa de considerar delito la actuación de quienes se enriquecen ofreciendo los servicios de una gestante, es opinión consolidada en un sector doctrinal de nuestro país.[59] El CP francés castiga además, la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño, así como la tentativa (artículo 227.13) Por último, sanciona (artículo 511.24) «el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L. 152.2 del Código de Salud Pública…».

---

[57] Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 118-214.

[58] Currículum de E. Lamm disponible en: https://ar.linkedin.com/pub/eleonora-lamm/35/1ab/317

[59] Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 29.

1.2. Alemania

En Alemania, la ley de adopción prohíbe y castiga la gestación por sustitución, en general, pero es la ley de protección del embrión, número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1º, titulado «Utilización abusiva de las técnicas de reproducción» la que detalla las conductas merecedoras de sanción: (aquel que)

- «Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra.
- Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
- Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.
- Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento.
- Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo».

Y estableciendo expresamente que no se castigará ni a la mujer gestante ni a la comitente.

1.3. Suiza

Queda prohibida la maternidad subrogada por su Constitución Federal, que de forma tajante establece (artículo 119.2.d.): «La donación de embriones y todas la formas de gestación por sustitución están prohibidas». Castigando la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida (artículos 4 y 31), con prisión o multa, a quien solicite la realización de aquella técnica, así como a los intermediarios.

1.4. Italia

Conforme a la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, queda prohibido recurrir a cualquier técnica de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga,[60] lo cual supone la prohibición de la gestación por sustitución. Pero es el artículo 12.6 el que establece expresamente la nulidad del convenio en cualquiera de sus modalidades, castigando con pena de prisión y multa, a quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la maternidad subrogada.

Bien es cierto que, una sentencia del tribunal civil de la ciudad de Roma, de 17 de febrero de 2000, autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre sustituta. Ello se debió a que se trataba de una mujer que, debido a una malformación genital, no podía llevar adelante un embarazo, aunque sí producir ovocitos, por lo que se le permitió, en tanto se llevaba a cabo «por amor y no por dinero». Aunque después la gestante debía renunciar a la maternidad y los padres proceder a adoptar al nacido.[61]

1.5. Austria

Ni la donación de ovocitos ni de embriones, es posible en Austria, ello según la ley de medicina reproductiva de 1992. Ésta sólo permite el uso de los gametos de la pareja que se somete a la técnica de reproducción asistida (artículo 3.1), salvo que el hombre sea estéril (artículo 3.2), en cuyo caso se autoriza la donación de semen, pero que sólo podrá ser utilizado mediante IA.

Conviene hacer notar que la legislación austríaca, por únicamente tolerar técnicas heterólogas en determinadas situaciones, fue cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente quedó en nada, pues la Gran Sala concluyó que los legisladores hilaron fino al tratar un tema polémico con grandes interrogantes éticos, pero subrayando la importancia de que la ley avance al paso de la ciencia.

2. Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista

Dentro de las legislaciones que admiten la maternidad subrogada se observan dos grandes grupos: 1) Un primer grupo (en que se ubica, por ejemplo, Reino Unido), cuya

[60] Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que uno de los gametos, o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.

[61] Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 37.

regulación define un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad del nacido como consecuencia de un acuerdo que transfiere la filiación posparto; 2) Un segundo grupo (Israel, por ejemplo) que establece un proceso de preaprobación del acuerdo, que comitentes y gestante deben presentar ante un organismo para que lo apruebe antes de iniciar el tratamiento.

2.1. Reino Unido

En Reino Unido, la gestación por sustitución se halla muy intervenida. Se encuentra ordenada en la *Surrogacy Arrangements Acts* de 1985, la *Adoption and Children Act* de 2002, la *Human Fertilisation an Embryology Act* de 2008 (en adelante, HEFA) y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology* (*Parental order*) *Regulations* de 2010.

Muy influenciada por el informe Warnock, que recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución, y sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten gestantes, la *Surrogacy Arrangements Act*, aprobada en 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial para la realización de acuerdos de maternidad subrogada. Ahora bien, se admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implique ejecutar un contrato. El servicio debe ser a título gratuito, sin intermediarios, admitiéndose el pago a la gestante de gastos razonables que se deriven de la gestación, lo cual no privaría del elemento de gratuidad.

En su sistema, la filiación se determina por el parto, independientemente de que la que lo lleva a cabo sea o no la mujer que aporta el material genético. Si está casada, su marido será considerado padre legal del niño, a menos que se demuestre que no dio su consentimiento para la gestación por sustitución. En este caso la filiación se transfiere a los comitentes, si éstos lo solicitan ante los tribunales, pasado un período de reflexión de seis semanas que es derecho de la gestante. Así, el juez procederá a establecer la filiación del nacido respecto de los comitentes, transfiriendo la inicialmente establecida en favor de la gestante, por medio de una *parental order*, provocando así, la concurrencia de dos actas de nacimiento.

En caso de que la gestante no se halle casada, ni en una unión civil, el comitente aportante de semen, será declarado padre legal de la criatura, automáticamente, sin depender de ningún consentimiento por parte de la gestante. Tras ello, el comitente que no aportó el semen (caso de donante de semen o de pareja homosexual de varones), o la mujer comitente, serán designados padres legales, si tanto la gestante como esta parte consienten. Para ello, la parte comitente habrá de rellenar el formulario «SSP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de *surrogacy*» y la gestante el «SWP Su consentimiento para nombrar a un comitente para ser padre legal».

Es importante observar que en cualquier caso, la gestante siempre es la madre, y que para transferir la filiación se requiere la tramitación de la *parental order*, y por ende, su consentimiento. Ello supone que, a diferencia de regulaciones que consideraremos a continuación, el Reino Unido permite a la gestante cambiar de opinión antes y durante un período después de dar a luz, examinando el consentimiento de la partes y evaluando el interés superior del niño tras su nacimiento.

Pero para el otorgamiento de la *parental order*, la HEFA exige que se cumplan una serie de cuestiones:

Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, evidencia que ha de demostrarse ante el tribunal. Los comitentes deben ser esposos, constituir una unión civil o ser dos personas que vivan como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentren en grados prohibidos de parentesco. Además, ha de tratarse de personas mayores de 18 años, al momento de solicitar la orden, y tanto cuando se solicita como cuando se otorga, el hogar del niño debe ser el de los comitentes. La *parental order* debe solicitarse dentro de los seis meses al nacimiento del niño, sin que quepa prórroga, lo cual puede ser un problema cuando cuestiones de inmigración supongan un retraso. También, tanto en el momento de solicitud, como en el de concesión, al menos uno de los comitentes ha de estar domiciliado en el Reino Unido. Por otro lado, el tribunal debe asegurarse de que tanto la gestante, como su esposo, si lo

hubiera, han consentido libre, incondicionalmente, y con plena comprensión. Consentimiento que sólo se reputará válido si se ha producido transcurridas seis semanas del nacimiento. Por último, la ley autoriza el pago de gastos razonables, no cabiendo ninguna otra remuneración, salvo autorización judicial, que tiene la facultad de autorizar pagos que excedan de aquéllos en forma retroactiva.

2.2. Canadá

La Ley canadiense de reproducción humana asistida, la *Assisted Human Reproduction Act* de 2004, prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a una mujer para que actúe como gestante cuando se sabe o se tiene razones para creer que es menor de 21 años. Por ello, se entiende que no se prohíbe la maternidad subrogada altruista, aunque el contrato que la prevé no es ejecutable como tal. Esto es, la Ley no se refiere a la validez o invalidez de dichos acuerdos, pero la jurisprudencia, en general, decide en favor del mejor interés del niño.

Canadá establece la responsabilidad de las provincias para entender acerca de la validez de estos contratos y sus consecuencias en la filiación. Así, dependerá de la provincia en que nazca el bebé, el quién debe gobernar el proceso. Pero, bien es cierto que la gran mayoría de provincias carece de solución legal expresa que defina la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución. Quebec, por ejemplo, determina la nulidad de este tipo de contratos, pero recurre a la adopción por consentimiento especial para establecer la filiación en favor de los comitentes. Por otro lado, Alberta y British Columbia los permiten.

2.3. Grecia

La legislación griega somete la maternidad subrogada al cumplimiento de una serie de requisitos. El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 que modifica el CC griego establece: «La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir». Los requisitos para que se conceda la autorización, establecen que la comitente debe probar que no es capaz de llevar a término un embarazo; y no sobrepasar los 50 años; la gestante, por su parte, ha de probar su sanidad; no pudiendo aportar el óvulo; y si está casada, se requiere el consentimiento escrito de su marido. Tanto gestante como comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes en Grecia, para evitar el turismo reproductivo.

El proceso para la obtención de dicha autorización ha de ser iniciado por la comitente, pues como se desprende del artículo redactado, hablamos de dos mujeres, gestante y comitente. El hombre no tiene derecho alguno para iniciar el proceso de solicitar aquélla, de forma que su paternidad se determinará indirectamente, sobre la base de la maternidad legal de su pareja. Es por ello por lo que, según la legislación griega, un hombre solo no podría iniciar el proceso para obtener la autorización requerida. Sin embargo dos casos legales catalogaron de inconstitucional y discriminatoria esta disposición, pero aun así, no sería posible el acceso a las parejas homosexuales, ni de hombres ni de mujeres.

Autorizado el acuerdo y una vez realizada la implantación, tanto la gestante como la comitente pierden su derecho a cambiar de opinión, debiendo cumplir con los términos del acuerdo. Los comitentes son padres legales desde el preciso instante en que el niño nazca. Si bien se capacita, antes del transcurso de los seis primeros meses desde el nacimiento, a gestante y comitente para impugnar la maternidad legal, sobre la base de que se trate de un caso de maternidad subrogada tradicional. En ese caso, la gestante será considerada madre legal con efecto retroactivo al momento del nacimiento.

Por último, remarcar que la Ley griega prohíbe la remuneración, pero salva la posibilidad de que se produzca una indemnización razonable por la pérdida de salarios y por los gastos que produce el objeto del acuerdo.

2.4. Brasil

En Brasil, la gratuidad supone un presupuesto de legalidad, pues se prohíbe expresamente el carácter lucrativo. Pese a no existir una ley específica, el Consejo Federal de Medicina ha regulado la materia en base a resoluciones. Aquí sí se declara que puede ser comitente cualquier persona, con independencia de su estado civil u orientación sexual.

La resolución vigente[62] capacita a los centros de reproducción humana asistida a «crear situaciones de gestación de sustitución», siempre que exista algún problema médico que impida o contraindique a la comitente la gestación, o en caso de «unión homoafectiva».

La gestante debe pertenecer a la familia de uno de los comitentes, en relación de parentesco hasta el cuarto grado, y nunca podrá superar el límite de los 50 años de edad. Se prohíbe el carácter comercial de la técnica, así como se exige al centro una serie de documentos y observaciones, como por ejemplo, informe psicológico, formulario de consentimiento informado firmado, contrato entre los pacientes estableciendo la filiación del niño, la imposibilidad de interrupción del embarazo después de iniciado el proceso, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados por el juez, la garantía del registro civil de los niños por los comitentes, debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo, etc. Además, si la gestante está casada o tiene pareja, se requerirá su autorización escrita.

Al tratarse de una simple resolución, no tiene fuerza de ley, por lo que su incumplimiento sólo generaría sanciones administrativas. Así, no cabe decir que fuera de estos casos, se trate de una actividad prohibida. Además, aunque así fuera, la fuerza del Código de Ética Médica, se limita sólo a los médicos, sin perjuicio de la falta de supervisión en cuanto a clínicas especializadas en esta área.

2.5. Israel

En Israel, la maternidad subrogada se regula en la Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, que prevé un sistema de preaprobación del acuerdo por un comité formado por dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes y un jurista. Mínimo tres mujeres y tres hombres. Comité que sólo aceptará pagos mensuales a la gestante cuando se trate de cubrir gastos derivados de la realización acuerdo.

Los comitentes deben ser pareja, casada o no, de hombre y mujer, debiendo acreditar ésta su infertilidad o incapacidad de gestar. La ley exige que el material genético utilizado sea de la madre comitente o de otra mujer, que no puede ser la gestante, y esperma del comitente, de lo contrario el hijo se considerará ilegítimo.

En cuanto a la gestante, ésta no puede estar relacionada, salvo adopción, con la comitente. Debe tener entre 22 y 38 años, y ser soltera o divorciada, aunque el comité puede aprobar el acuerdo tratándose de una mujer casada, siempre que los comitentes acrediten que hicieron todo lo posible por celebrarlo con una soltera. Además debe tener un hijo propio, pero no más de tres, y no debe haber actuado más de dos veces como gestante. En caso de que alguna de las partes fuese judía, la ley exige que la otra parte también lo sea.

El embarazo tiene que provocarse en un hospital público autorizado, debiendo informarse a las autoridades sociales, del embarazo, del día estimado de parto, al quinto mes, y del parto dentro de las veinticuatro horas posteriores al mismo, pues son los que guardarán al niño hasta que se pronuncie el juez. Así la filiación del nacido requiere autorización por orden judicial. Los comitentes deben iniciar el procedimiento para

[62] Resolución número 2013/13 de 16 de abril de 2013 del Consejo Federal de Medicina.

obtener una orden parental, dentro de la primera semana al nacimiento, la cual será concedida salvo que el interés superior del niño determine lo contrario.

La gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio en las circunstancias que lo requiera, y sólo se hará si redunda en el mejor interés del niño. Pero nunca podrá resolverse una vez concedida la orden parental.

La Ley 5756 sólo ha sido aplicada a los acuerdos llevados a cabo dentro de Israel. No obstante, el Ministerio de Justicia determinó que la ley no prohíbe la maternidad subrogada extraterritorial, por lo que ha sido utilizada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdo bajo la 5756. En aquellos supuestos, para que el nacido pueda ser registrado, Israel exige que se pruebe vínculo genético con alguno de los comitentes, que será considerado padre natural, mientras, el otro deberá acudir a la institución de la adopción. Situación un tanto absurda si se tiene en cuenta que uno de los motivos por los que se sancionó la ley israelí fue para evitar que las personas acudiesen a la maternidad subrogada en el extranjero.

3. Admisión amplia de la maternidad subrogada

3.1. Rusia

La regulación de la maternidad subrogada en Rusia se hace por medio del Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, la Ley Federal de salud de 2011, la Ley Federal sobre actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden nº 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina de 2003.

Los pagos no se regulan, y de ello se deriva la consideración de que la gestación por sustitución comercial es admitida. A pesar de ello, las remuneraciones suelen hacerse de forma oculta, pues no está claro que opinarían los tribunales en caso de conflicto, y en tanto suponen un ingreso para la gestante, ingreso que se debería sujetar a impuesto.

En Rusia, para ser gestante se requiere tener entre 20 y 35 años; haber tenido al menos un hijo propio sano; y tener buena salud. Además, si la que pretende ser gestante está casada, necesita el consentimiento de su marido. La Federación rusa sólo admite la maternidad subrogada gestacional, prohibiéndose así a la gestante, que aporte su propio material genético.

Pueden ser comitentes, las parejas casadas y no casadas, así como las mujeres solas. Nada dice la legislación acerca de los hombres solos y por ello algunos autores determinan, que en el caso de que no se les permita el acceso, se trataría de un trato discriminatorio contrario a la Constitución.

Queda completamente prohibida cualquier disposición que impida a la gestante interrumpir el embarazo.

En cuanto a la filiación, para la inscripción como padres de los comitentes, se requiere el consentimiento de la gestante, entendemos pues, que se trata de un requisito que deriva de la regla *mater semper certa est*. Si la gestante presta su consentimiento, el estado del niño y los derechos y deberes paternos serán los mismos que en caso de concepción natural, al igual que el procedimiento para el registro, salvo el requisito de que los comitentes deben presentar nota oficial de la clínica que confirme el consentimiento de la gestante. Pero, si la gestante decide quedarse con el nacido, será ella la que quede registrada como madre legal. Y, si está casada, su marido será el padre legal, al haber prestado consentimiento.

3.2. Ucrania

Ucrania es quizás el país más liberado en esta materia, pues su CC sostiene, bajo el título «el derecho a la vida», cuyas disposiciones se refieren a cualquier persona física sin importar su nacionalidad, que «una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley» (artículo 281.7).

Al no prohibir la maternidad subrogada comercial, y establecer el principio de libertad contractual como base de la legislación civil, se considera la misma completamente legal.

A la hora de determinar la filiación, su Código de Familia dispone que (artículo 132.2) «si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio», impidiendo a su vez, la posibilidad de que la gestante reclame la filiación respecto del nacido con material genético de los comitentes. Por medio de aquella redacción, impide que matrimonios homosexuales, casados bajo una jurisdicción que lo permite, puedan ser comitentes.

Siguiendo con los comitentes, la pareja ha de estar casada, y han de ser incapaces de concebir, o de llevar un embarazo, o de dar a luz de forma natural. Además, para ser registrados como padres legales, deben presentar ante el registro, un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos, a uno de ellos, hecho que supone un requisito legal para reconocer la filiación.

En cuanto a la gestante, ha de ser adulta, competente, haber tenido mínimo un hijo propio y sano, buena salud, y sin contraindicaciones médicas. Por otro lado, debe otorgar consentimiento.

3.3. India

En India, a pesar de no existir ley reguladora, la maternidad subrogada es una realidad, y es por eso por lo que se considera legal la modalidad comercial, pues no hay ley que la prohíba. Existe un proyecto de ley elaborado por el Consejo Indio de Investigación médica, que de hecho establece que la gestación por sustitución comercial es plenamente legal, pero aún no ha sido aprobado. Hasta entonces esta materia se regula por medio de las Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India, que establecen que la retribución ha de determinarse de común acuerdo.

Éstas disponen, con respecto a la gestante, que no puede tener más de 45 años, debe someterse a prueba de VIH, y en caso de ser pariente de los comitentes, debe pertenecer a la misma generación. Se prohíbe que una mujer pueda actuar como gestante más de tres veces. Y en cuanto a los comitentes, sólo se exige que sean incapaces de llevar a término un embarazo.

En cuanto a la filiación, en base a las Guías, se presume que el nacido es «hijo legítimo de la pareja, nacido dentro del matrimonio, con el consentimiento de ambos esposos». Siendo el certificado de nacimiento expedido a nombre de los padres genéticos, por lo que han de presentar prueba de ADN. Esto supone, que si la gestante es la que aporta el óvulo, serán considerados padres legales ésta y el varón comitente (aunque existen casos de hombres solos en que se expide certificado de nacimiento sin mencionar a la gestante).

Resultado necesario de este marco tan flexible es que la India sea uno de los destinos más populares para realizar un acuerdo de este tipo. Hasta 2012 bastaba la visa de turista para que cualquier persona, independientemente de su orientación sexual y estado civil, pudiera ir a la India a realizar un contrato de maternidad subrogada. Pero en aquel año, el Ministerio del Interior ordenó emitir visas médicas para las parejas que pretendían llevar a cabo dicha actividad, y así de alguna manera, regular aquel turismo. Se exige para su concesión, que la pareja lleve casada, al menos, dos años, y que cuente con una carta de la embajada de su país de origen que indique que reconoce la maternidad subrogada, y que permitirá la entrada del nacido como hijo biológico de los comitentes. Causa lógica de la disminución de casos de gestación por sustitución en la India.

4. La maternidad subrogada en los sistemas federales

4.1. Australia

En Australia, salvo en el Territorio del Norte, la maternidad subrogada se encuentra regulada. Es decir, así es en el Australian Capital Territotory (en adelante, ACT), y en los estados de Queensland (en adelante, QLD), New South Wales (en adelante, NSW), South Australia (en adelante, SA), Victoria (en adelante, VIC) y Western Australia (en adelante, WA).

Todos los territorios criminalizan la maternidad subrogada comercial. Pero ACT, ALD y NSW llegan incluso a establecer sanciones por los actos realizados, fuera de su jurisdicción, por las personas que ordinariamente residan allí.

Las leyes australianas (salvo VIC y WA, que prevén un procedimiento de aprobación previa) establecen, inspirándose en el Reino Unido, la transferencia de la filiación por medio de la orden parental, basada en el consentimiento a lo largo un proceso con supervisión judicial. Pero su sistema se caracteriza por unos requisitos más complejos.

La primera ley que se introdujo, a la cual fueron siguiendo los estados australianos, fue la del ACT en 2004, sobre la base de la HEFA de 1990 pero con una serie de diferencias considerables. Así, al igual que en Reino Unido, el tribunal está autorizado a transferir la filiación si: el niño tiene entre seis semanas y seis meses de edad; vive con los comitentes; que viven dentro de la jurisdicción; y son dos personas; mayores de 18 años; y al menos uno es padre genético del bebé; y no hubo pago a la gestante. Pero, a diferencia del Reino Unido, esta ley prohíbe a la gestante aportar su material genético, exige que la concepción haya tenido lugar en el ACT, y determina que el tribunal no puede autorizar pagos de forma retroactiva.

Las leyes del ACT y de los estados australianos establecen los siguientes requisitos, que afectan a gestante, comitentes, y al acuerdo en sí. A continuación indicaremos aquéllos, señalando el territorio que lo establece:

- Requisitos de la gestante:
  1. Haber cumplido los 25 años (NSW, QLD, VIC y WA).
  2. Haber dado a luz al menos a un hijo propio (VIC y WA, aunque este último permite su no concurrencia en caso de existir circunstancias excepcionales).
  3. No aportar su material genético (ACT y VIC). Así, a excepción de VIC, el resto de estados siguieron la tendencia liberal del Reino Unido, permitiendo la maternidad subrogada tradicional.
- Requisitos de los comitentes:
  1. Haber cumplido los 18 años (ACT, SA) o al menos uno de los comitentes tener 25 años (QLD, WA). Si son menores de 25 años se les exigirá una serie requisitos adicionales (NSW).
  2. Ser pareja, no una persona sola (SA).
  3. No ser un hombre solo o una pareja homosexual (QLD, NSW).
  4. Estar casado o en una relación heterosexual de hecho por más de tres años (SA).
  5. Ser infértiles o tener necesidad de acudir a la gestación por sustitución (NSW, QLD, SA, VIC, WA).
  6. Todos exigen la residencia dentro de la jurisdicción, aunque QLD permite al tribunal renunciar a este requisito.
  7. Ser considerados idóneos como padres.
  8. Al menos uno aporte su material genético (ACT, SA), salvo que ambos sean infértiles o no deban ser padres genéticas por razones médicas.
- Requisitos del acuerdo:
  1. Escrito (NSW, QLD, SA, WA. Este último exige a los donantes ser parte).
  2. En presencia de abogado (SA).
  3. Todos exigen que debe ser anterior al embarazo.
  4. Todos establecen que las partes han de contar con asesoramiento independiente, señalando QLD, SA, VIC y WA, que debe ser anterior al embarazo.
  5. Todas las partes deben contar con asesoría legal, anterior al embarazo, salvo en VIC (NSW, QLD, SA, VIC, WA).
  6. Tras el parto, debe existir un periodo de reflexión de tres meses, en que la gestante puede decidir entregar o no al niño (WA).
  7. La técnica debe realizarse dentro de la jurisdicción (ACT, SA, VIC, WA).

8. Aplicación previa y aprobación de todas las partes del acuerdo tras una evaluación por un tribunal designado por el gobierno (VIC, WA).
9. Un tribunal debe aprobar el plan para regular el contrato y la comunicación entre las partes, y para determinar la información que se le proporcionará a la criatura (WA).

Advirtamos que QLD y NSW permiten a los tribunales (por ende el resto de estados, así como el ACT, no), en circunstancias excepcionales, dispensar a las partes del cumplimiento de algún requisito, cuando ello supongo velar por el interés superior del menor.

4.2. México

En México, la Constitución Nacional establece que cada Estado es competente para regular en materia civil. Así, existe un CC por Estado, y uno general del Estado de México. Por ello es por lo que no existe unanimidad regulatoria en lo que a la maternidad subrogada se refiere, sino que los distintos códigos ofrecen diferentes soluciones.

Mientras que el CC de Querétaro prohíbe la gestación por sustitución, el de Coahuila declara su nulidad. Para el CC del Estado de Tabasco es válido en tanto se considere altruista. Sin embargo, el de Sinaloa admite ampliamente esta práctica, en cualquiera de sus modalidades.

El CC de Querétaro habla de que (artículo 400) «Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión». Por su parte, en Coahuila se establece que (artículo 489 y 491) «Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó».

El CC de Tabasco en su referencia a la gestación por sustitución, distingue entre maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta, según la gestante aporte o no su material genético (artículo 92). Entiende por madre gestante sustituta, aquella que aporta la gestación pero no el material genético, y en estos casos la maternidad le corresponde a la comitente, la cual se presume. Presunción que no dependerá de que aquel material genético haya sido aportado por la comitente, es más, si la gestante está casada, no se presumirá la paternidad de su marido, sino que al presumirse la maternidad de la comitente, ella y su marido serán los padres (artículo 347).

Por su parte, madre subrogada es la que aporta tanto la gestación como el material genético. En estos casos, para establecer la maternidad legal de la comitente, se deriva al procedimiento de la adopción plena. Entonces, los comitentes deben reunir los requisitos exigidos por la ley para poder adoptar (artículo 399 y siguientes). Esta adopción sería una especie de adopción por consentimiento especial, es decir, a favor de personas determinadas.

Por último, el Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013, regula la gestación por sustitución, previendo expresamente la posibilidad de que sea comercial, y en su articulado se refiere a la inclusión en su sistema de cualquier modalidad de maternidad subrogada (artículo 284), regulando tanto la maternidad subrogada tradicional («subrogación total»), como la gestacional («subrogación parcial»), refiriéndose además a la subrogación altruista y onerosa. Por otro lado, otorga a la gestante el derecho a demandar a los comitentes el pago de gastos médicos, en caso de enfermedades que deriven de una inadecuada atención y control médico pre y posnatal.

En cuanto a la gestante, debe tener entre 25 y 35 años, al menos un hijo consanguíneo sano y buena salud, además claro está, de haber consentido voluntariamente a ello. Por otro lado, se establece que (artículo 285) «ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su

adecuado desarrollo». Además, «la madre subrogada gestante deberá acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento».

Los comitentes podrán ser parejas, casadas o no, heterosexuales o personas solas. Se exige además, su imposibilidad o contraindicación médica para gestar. Ambas partes deben ser ciudadanos mexicanos.

El contrato habrá de realizarse ante notario, quien debe verificar el cumplimiento de los requisitos, así como que no existe causa de nulidad por la concurrencia de algún vicio de la voluntad, no cumplimiento de exigencias legales o porque se establezcan cláusulas que atenten contra el interés del menor o la dignidad humana.

En cuanto a la filiación, el niño será considerado hijo de los comitentes desde la fecundación, es decir, incluso antes de nacer, aclarando el Código que el certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante que asista a la gestante, que cumplimentará el formato expedido por la Secretaría de Salud y que contendrá la constancia de que la maternidad fue asistida a través de maternidad subrogada (artículo 293 y 294).

4.3. Estados Unidos

La décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dice: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo». Por ese motivo, la regulación de la paternidad ha sido históricamente feudo estatal, no apareciendo en ninguna ley o reglamento federal.

Sentada esta base, la legislación estatal relativa a la gestación por sustitución es muy variada, comprendiéndose entre las siguientes categorías: 1) estados cuyas leyes regulan la maternidad subrogada, bien sea permitiéndola, o bien prohibiéndola; 2) estados sin regulación legal, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables; 3) estados sin ley ni jurisprudencia referida a la maternidad subrogada.

Entre los que la prohíben de forma expresa se encuentran Arizona y Columbia, así como Michigan que considera delincuentes tanto a quien sea parte, como a quien facilite la constitución de un contrato de estas características. Nueva York y Nebraska prohíben estos convenios sólo cuando medie compensación. Texas y Utah, por ejemplo, la permiten expresamente, exigiendo que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado por un juez. Así, sólo permitirá la participación de parejas heterosexuales casadas, cuya mujer es incapaz de concebir o llevar a término un embarazo, por medio (únicamente) de la modalidad gestacional, y en que la gestante debe haber tenido, al menos, un hijo propio sano. Aquí, gestante y marido, si lo hubiera, deben renunciar a sus derechos parentales por acuerdo escrito con los comitentes, que debe ser aprobado por el juez. Así, al momento del nacimiento y en el certificado del mismo, la filiación corresponderá a los comitentes.

La legislación de Illinois es una de las más liberales, protegiendo a parejas, casadas o no, y a personas solas, y admitiendo incluso la maternidad subrogada comercial. Según ésta, la gestante debe, tener al menos, 21 años; haber dado a luz al menos a un hijo; haber completado una evolución física y mental; haber realizado consultas legales; tener seguro de salud que cubra las necesidades derivadas del objeto; y no debe aportar sus óvulos. En cuanto a la parte comitente, al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño; debe existir necesidad médica para optar por esta vía, documentada por medio de declaración jurada de médico especialista; haber completado un examen de salud mental; y haber efectuado consultas legales. En el contrato, la mujer que gesta, y su marido, si lo hubiera, deben prometer transferir el niño a la otra parte al nacer; y la parte comitente debe prometer aceptar al niño y asumir la responsabilidad por su apoyo. Si las partes no cumplen algún requisito, los tribunales decidirán la custodia legal sobre la base de la intención de las partes.

Así vemos que basta el acuerdo válido que determine la paternidad legal de los comitentes, siendo los propios abogados los que velarán por el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia.

Situación particular es propuesta por la legislación de Virginia. Admite los acuerdos autorizados por el juez, para lo cual deben reunir una serie de requisitos (similares a los de Illinois). Sin embargo, y aquí su característica diferenciadora, también reconoce contratos que no cuenten con preaprobación judicial, aunque únicamente serán ejecutables cuando puedan ser modificados para que cumplan los requisitos legales.

Por último, baste destacar de la legislación del estado de New Hampshire, la exigencia de que todos los contratos de maternidad subrogada deben otorgarle a la gestante el derecho a concluir el contrato hasta pasadas setenta y dos horas del nacimiento de la criatura.

California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio, admiten la maternidad subrogada por su jurisprudencia.

Como pudimos intuir, cuando tratamos el caso de Genaro y Bienvenido, en California, el reconocimiento de la filiación derivada del acuerdo no es automático, sino que requiere que la parte comitente inste procedimiento judicial, determinado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, que en unidad de acto confirmará los derechos parentales, estableciendo la filiación del nacido a su favor por medio de una sentencia previa al nacimiento (*pre-birth judgement*), que rompe además la posible filiación que se pudiera determinar a favor de la gestante y de su marido, si lo hubiera. La sentencia ordena al hospital que en el certificado de nacimiento debe constar el nombre de la parte comitente. El certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de Registros Vitales antes de que transcurran diez días del nacimiento junto con la referida sentencia, sin la cual se designará la filiación a favor de la gestante, y si estuviera casada de su marido.

Respecto de la tercera categoría de estados, que no se refieren a la maternidad subrogada, remarcar que la filiación quedará determinada según las leyes de paternidad, maternidad y adopción existentes.

Pero bien, a pesar de este enfoque de categorías, debemos advertir que la gestación por sustitución se está llevando a cabo con éxito en todo Estados Unidos, contando con el beneplácito de los tribunales, cuando se solicita la determinación de la filiación y hay cooperación de las partes. Incluso en Nueva York y Michigan ha habido órdenes judiciales que determinan la filiación en favor de los comitentes bajo la ley existente, siempre que las partes estén de acuerdo.

5. El turismo reproductivo y la maternidad subrogada internacional

El turismo reproductivo viene a definirse de forma precisa por Farnós, como aquel desplazamiento de posibles receptores o usuarios de técnicas de reproducción asistida desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueda obtenerla.[63] Prefiere la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (en adelante, ESHRE) el término más neutral de *Cross-border reproductive care*. Su existencia se debe a las diferentes respuestas otorgadas por los diversos ordenamientos, permitiendo, de aquella manera, evadir la ley cuando la técnica esté prohibida o cuando excluye a un grupo social, o evitar listas de espera, o acceder a un tratamiento más económico, etc.

Esta clase de turismo puede argumentarse como un problema, en tanto sólo es posible para quien económicamente puede permitírselo, reforzando la figura del *baby-business*, que empodera la idea de reproducción humana como objeto de comercio; y de la imposibilidad de absoluto control de calidad y seguridad, aumentando el riesgo de explotación de los países subdesarrollados. Además, suponiendo que las leyes son reflejo del consenso social, no se entiende que pueda permitirse a alguien, eludir las leyes de un país, para ir a otro en el que aquellas se acomoden al objetivo pretendido. Ante esta realidad, la doctrina se divide entre los que opinan que las leyes deberían protegerse

[63] FARNÓS AMORÓS, E. “European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010”, *Indret*, 3/2010, p. 7.

catalogando el turismo reproductivo de ilegal; y los que ven la oportunidad de armonizar las leyes, haciendo la legislación más permisiva, en tanto permita a las personas cumplir su deseo de ser padres donde quieran y luego volver a casa.

Por otro lado, baste decir que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular estos acuerdos cuya premisa es que se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este apremiante problema socio-legal.

Pero a día de hoy, los casos de maternidad subrogada internacional no son sencillos, y suelen dar a lugar a dos problemas fundamentales: 1) incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes; 2) incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia.

5.1. Incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes

Sucede en aquellos países en que se permite la maternidad subrogada, considerando padres legales a los comitentes, pero cuyas leyes no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, es decir, no aplican el *ius soli* como regla de adquisición de la nacionalidad (Ucrania e India, por ejemplo). Luego para poder obtener los documentos de viaje, los nacidos deben adquirir la nacionalidad de los comitentes derivada del *ius sanguinis*, con lo cual habrá de resolverse previamente la cuestión de la filiación. Así, los comitentes, sobre la base de la nacionalidad por descendencia, habrán de solicitar aquella documentación ante la representación consular de su país, que en muchas ocasionas, por violación del orden público y fraude de ley, es denegada. Se suele argumentar que, como en el Estado de los comitentes, la maternidad subrogada está prohibida (o no regulada) no se puede reconocer la filiación que deriva de ella. La consecuencia que supone, es que al no reconocerse el acuerdo en el país de origen de los comitentes, éste determina la filiación del nacido respecto de la gestante y su marido, si lo hubiera, mientras que la ley del lugar de nacimiento establece la filiación en favor de los comitentes. Como conclusión a esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta, residiendo en un limbo jurídico, en un lugar del que no puede salir, y en que los comitentes no pueden permanecer, debido a los controles de inmigración.

Este puzle con piezas perdidas ha solido resolverse en favor del interés superior del niño, concediendo, el país de origen de los comitentes, los documentos para viajar a casa. Pero no sería aconsejable dar por sentada esta resolución, pues desde que surge el problema hasta que concluye pueden transcurrir años. Situación que no siempre merecerá la pena, pues existen casos en que se ha evitado toda referencia a los intereses superiores de los niños y se deniega el pasaporte, incluso a pesar de la existencia de vínculo genético.[64]

5.2. Incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia o durante el proceso migratorio

Suponiendo que la resolución de la situación anterior resulta en beneficio de los comitentes, una vez en el país de origen, o durante el proceso migratorio, éstos tratarán de regularizar la situación legal del nacido, que se denegará por, principalmente, razones de orden público. Así el niño reside en un país de forma irregular, que no reconoce a los comitentes como padres legales, afectando, de esa manera, a su derecho a una filiación, a adquirir una nacionalidad, a la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas, etc. con todo lo que ello conlleva.

Podemos hablar de infinidad de casos en la jurisprudencia internacional, cuyas soluciones, como veremos, fueron muy diversas.

Por medio de la modificación de los certificados de nacimientos sobre la base del interés superior del niño. El Tribunal de Apelaciones de Bari (Italia) de 13 de febrero de 2009, reconoció un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido, en que dos hermanos constaban en el registro italiano como hijos de la gestante y el padre (comitente) biológico. El matrimonio comitente se separó y solicitó la

[64] Caso *Verwaltungsgericht* Berlín, del 15 de abril de 2011.

rectificación de las actas, y el tribunal accedió, en pro del interés superior de los niños, interpretando que en el caso concreto no existe violación del orden público internacional.

Por la vía del reconocimiento pleno del certificado de nacimiento extranjero. Donde podemos hablar de la resolución del Consejo de Estado Francés número 348778 de 4 de mayo de 2011 (Francia), en el caso de un francés que recurre, aportando su material genético, a la maternidad subrogada en la India, que reconoce los certificados de nacimiento extranjeros de los nacidos conforme al artículo 47 del CC francés (pues eran reales y verdaderos), haciendo primar el interés superior de los niños sobre la prohibición.

Por medio del reconocimiento de la validez del certificado de nacimiento, sólo respecto de uno de los comitentes (el hombre aportante de semen), mientras que el otro debía recurrir a la adopción para ser también padre o madre legal. Como ejemplo tenemos la sentencia de la Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010 (Bélgica), que matizó la prohibición del uso de la técnica para proteger el interés superior de los niños, distinguiendo entre padre comitente biológico y padre comitente no biológico, admitiendo la paternidad legal del primero y estableciendo respecto del segundo, que no existe para él vía distinta a la adopción.

Recurso al procedimiento de adopción. Es el caso *Rechtbank´s-Alkmaar* de 29 de octubre de 2008 (Holanda), en el que a pesar de que ambos comitentes aportaran su material genético, el Consejo de Protección de la Niñez, para privar de responsabilidad parental a la gestante y su marido, decidió colocar al niño bajo la custodia de los comitentes para que, en el plazo de un año, pudieran adoptarlo conforme a la ley.

Por reconocimiento del padre comitente. Caso *AG Nürnberg* de 14 de diciembre de 2009 (Alemania), por ejemplo, en que un comitente alemán, de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia, procedió al reconocimiento en aquel país. Las autoridades alemanes reconocieron la filiación, aplicando las leyes rusas, para determinar si el comitente había procedido a realizar un reconocimiento válido, y así fue.

Ahora bien, existen otros casos resueltos en que las soluciones que se adoptaron no fueron favorables para los niños. Caso de los mellizos de Genaro y Bienvenido, que se sienten a lo largo de todo nuestro trabajo.

CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE LEY SOBRE LA MATERNIDAD SURBOGADA

Título I. Disposiciones generales.

Artículo 1. Esta ley tiene por objeto regular la maternidad subrogada.

Artículo 2. La maternidad subrogada es una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 3. Gestante y comitente han de ser plenamente capaces, según las disposiciones del Código Civil.

Título II. De los requisitos.

Artículo 4. Respecto a la gestante:

1) Debe prestar su consentimiento libre, pleno e informado, a someterse a esta práctica.[65]
2) Debe someterse a un estudio físico y psíquico previo.[66]
3) No debe aportar sus gametos.[67]
4) No debe haber actuado como gestante más de dos veces.[68]

---

[65] Debe ser libre, en tanto no se tolera presión de ningún tipo: pleno, pues ha de ser capaz de consentir; e informado, en cuanto a los aspectos médicos y a cualquier efecto psicológico que pueda derivar de la gestación.

[66] Con el fin de garantizar que el consentimiento emana de una mujer sana, en todos los aspectos, demostrando que la gestación no podrá causarle daño alguno, ni a ella, ni al futuro nacido.

[67] Pues el fin principal de esta forma de reproducción es lograr un resultado idéntico a la forma "clásica" de reproducción. Además evita problemas para con la gestante, pues supone delimitar con claridad su papel en la concepción.

[68] Como medio para evitar abusos y la cosificación de las gestantes.

5) Debe tener, al menos, un hijo propio previo.[69]

Artículo 5. Respecto a la parte comitente:

1) Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no.
2) Deberá someterse a un estudio que determine su idoneidad.[70]
3) Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos.[71]
4) Al menos uno de los comitentes debe tener alguna imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo.[72]
5) Al menos uno de los comitentes debe ser español o residir habitualmente en España.[73]

Artículo 6. Respecto del acuerdo:

1) Las partes han de actuar en pro del interés superior del futuro nacido.
2) La parte comitente debe aceptar vínculo jurídico de filiación que se establece, entre ella y el nacido como consecuencia del acuerdo, al tiempo de producirse el nacimiento.[74]
3) La gestante debe renunciar a su vínculo jurídico de filiación para con el nacido.
4) No puede tener carácter lucrativo.
   Será considerada válida, la compensación de gastos derivados del objeto del contrato, producidos antes, durante y después del embarazo.[75]
5) Será considerada nula toda cláusula limitativa de derechos de la gestante.[76]

Título III. De la resolución judicial.

Artículo 7. La ejecución del acuerdo de maternidad subrogada queda supeditada a la previa autorización judicial.[77]

Artículo 8. El juez debe homologar el acuerdo de maternidad subrogada sólo si se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones de la presente Ley.

Título IV. Del registro de gestantes.

Artículo 9. A los efectos de proteger el cumplimiento de los Títulos II y III, créese un registro de gestantes.[78]

---

[69] Asegurando así que la gestante comprende la entidad del acto que se dispone a realizar, además de constatar que la mujer es capaz de dar a luz sin riesgo.

[70] Limitado a determinar su capacidad para ejercer los deberes derivados de la paternidad.

[71] Pues la maternidad subrogada representa la vía para quienes no pueden concebir, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. Este requisito no es discriminatorio respecto de las personas que no pueden aportar sus gametos, en tanto lograrían el mismo resultado a través de la adopción.

[72] Con el fin de impedir que personas médicamente aptas para la concepción deleguen en otras las incomodidades derivadas del embarazo.

[73] Como herramienta para impedir el turismo reproductivo.

[74] Debiendo aceptar los riesgos de anomalías, sin perjuicio de lo que puedan decidir las partes respecto de la posibilidad de practicar un aborto (al momento de producirse el dilema).

[75] Y así se hará, sobre la fundamentación de que se asegura que el enriquecimiento no va a suponer una motivación para la gestante, lo cual evita la profesionalización y consiguiente mercantilización de la práctica, facilitando un acuerdo basado en la confianza. Pero al mismo tiempo, asegura que todas las consecuencias intrínsecas a la gestación se verán cubiertas por quienes quieren ser padres. Y por encima de todo, el pago de una compensación, no atenta contra el interés superior del niño.

[76] Las limitaciones habrán de acordarse a través de la confianza mutua, pues cabe destacar que cuando los comitentes recurren a una gestante deciden sobre la base de una confianza generada. Pero, en ningún caso cabrán disposiciones que pretendan decidir por ella, consideraciones que le pertenecen por su condición de ser humano. Incluyo dentro de esta argumentación, el derecho al aborto, que pertenecerá exclusivamente a la mujer gestante, no admitiéndose resarcimiento de daños alguno a la parte comitente como consecuencia de su realización.

[77] De entre los dos grandes sistemas que muestra el derecho comparado (transferencia de la filiación posparto y preaprobación judicial), nos decantamos por el de preaprobación judicial del acuerdo, en tanto entendemos que es anticipativo a cualquier conflicto, protegiendo frente a la incertidumbre del proceso y a los posibles cambios psicológicos de las partes.

Título V. De los efectos de la resolución judicial autorizante.

Artículo 10. Con la resolución judicial que declare autorizado el acuerdo, podrá iniciarse la práctica de la transferencia embrionaria.

Artículo 11. Si ésta no se lleva a cabo en el plazo de un año, se requerirá nueva resolución judicial autorizando el acuerdo.[79]

Artículo 12. La resolución judicial determinará que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con el futuro nacido, con independencia del aporte genético.[80]

Artículo 13. En el certificado de nacimiento constará el vínculo jurídico de filiación respecto de la parte comitente. No dejará constancia de la identidad de la gestante, ni de que el nacido lo ha hecho por medio de un acuerdo de maternidad subrogada.[81]

Artículo 14. Ante cualquier conflicto, se habrá de atender al interés superior del niño y a la voluntad expresada por las partes.

Título VI. Del derecho a demandar.

Artículo 15. Se otorga a la gestante el derecho a demandar a la comitente por el pago de gastos médicos, en caso de enfermedades que deriven de una inadecuada atención y control médico pre y posnatal.[82]

Título VII. Del derecho a conocer el origen biológico.

Artículo 16. El nacido por medio de ésta técnica, tiene derecho a conocer su origen por medio del acceso al expediente judicial.[83]

Título VIII. De los efectos de la falta de resolución judicial autorizante.

Artículo 17. Si la transferencia embrionaria se lleva a cabo sin autorización judicial previa, la filiación quedará determinada según las reglas establecidas en el Título V del Código Civil.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

El resultado de las siguientes conclusiones, así como el estudio de Derecho comparado, han tenido su reflejo en la propuesta de ley presentada.

1. Evolución hacia la falsedad del aforismo *mater semper certa est*.

La introducción jurídico-social de las TRHA ha derivado en la consiguiente aceptación de la existencia de una multiplicidad de verdades. De una verdad genética, de una verdad biológica y de una verdad de voluntad. Con nuestra aceptación de la idea de la voluntad, separamos la paternidad de la progenie, pero ¿por qué? En opinión de quién escribe, la maternidad y la paternidad no quedan determinadas por una secuencia de genes, sino que supone la coronación de una determinada relación social, que se hace en la convivencia, en la responsabilidad y en el amor.

2. Necesidad de regulación.

Con carácter urgente, España debe proceder a revisar su radical prohibición, para dar lugar a la legislación justa, uniforme, coherente e igualitaria que le exige la realidad.

---

[78] Su necesidad la determina el artículo 4.4, como medio para llevar un control de aquellas personas que han actuado como gestante, evitando así que se pueda llegar a la fatalidad de crear «maquinaria de gestación».

[79] De esta manera tratamos de proteger cualquier variación de las circunstancias transcurrido el plazo

[80] A pesar de exigir que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, fundamentamos la determinación de la filiación sobre la base de la voluntad procreacional de la parte comitente, sin entrar a realizar distinciones entre el comitente que lo aportó y el que no.

[81] Al defender el sistema de preaprobación judicial, en lugar del de la transferencia de la filiación posparto, la constancia de la gestante en el certificado de nacimiento, está de más. Además, entendemos que de esta manera primamos la protección del nacido, evitando cualquier tipo de discriminación que pueda derivar de su origen.

[82] A los efectos de proteger a la gestante ante cualquier clase de abuso.

[83] De esta forma se reconoce el derecho a la identidad, en tanto derecho humano declarado en los artículos 7 a 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto derecho a poder acceder a una información que es parte de la propia identidad del nacido, sin pretender, en ningún momento, una reivindicación de lo genético.

Pues de lo contrario lo único que provocará, y que de hecho provoca, es la proliferación de un mercado negro, la generación de situaciones de explotación y de un turismo reproductivo, de lo que se deriva una auténtica desprotección a discreción de los derechos de los comitentes, por medio de la impotencia generada de la imposibilidad de ser padres de quien es su hijo; de las gestantes, que son obligadas a ser madres sin quererlo; y de los niños, no dejándoles escapar del limbo jurídico que niegan y que les convierte en hijos de nadie.

3. Necesidad de proteger y limitar la actuación de los sujetos intervinientes.

Por medio de una serie de requisitos[84] que determinen la aptitud para ser parte, a través de unos criterios que establezcan la forma en que debe y no debe actuar la mujer gestante, para poder ser considerada tal. Mientras que respecto de la parte comitente se deberá controlar la situación en la que ha de encontrarse para poder conformar un acuerdo como parte.

4. Debe constituirse un acuerdo que establezca la transmisión de la filiación, cuya ejecución esté supeditada a la previa aprobación judicial.

Nos decantamos por este sistema en tanto anticipativo al surgimiento de cualquier conflicto, protegiendo frente a la incertidumbre del proceso y a los posibles cambios psicológicos de las partes. Pero quede claro que debemos considerar siempre nula toda cláusula limitativa de derechos de la gestante, que le pertenecen por su condición de ser humano. No debe haber cabida al lucro en esta actividad, quedando a salvo la compensación de gastos derivados del objeto contractual, producidos antes, durante y después del embarazo, pues evitaría la profesionalización y se aseguraría que las consecuencias intrínsecas a la gestación serán cubiertas por quienes quieren ser padres. Por ello debe constituirse un derecho a demandar, en favor de la gestante, por el pago de los gastos médicos en caso de enfermedades derivadas de una inadecuada atención pre y posnatal. Así, sólo cuando el acuerdo cuente con autorización judicial, será posible la transferencia embrionaria, que contará con un plazo máximo, para proteger cualquier variación circunstancial. Ante la falta de autorización, debemos entender que entrarían en juego las reglas generales.

5. El interés superior del nacido debe fundamentar la regulación y regir la actuación de las partes en el acuerdo y a lo largo del proceso, resolviéndose toda duda de cara al beneficio de aquel interés.

Y, a su servicio, debemos considerar la no inclusión, en el certificado de nacimiento, de la identidad de la gestante, ni tampoco de que el nacido lo ha hecho por medio de un acuerdo de este tipo, evitando así cualquier tipo de discriminación que pueda derivar de su origen. Para finalizar, debe constar la defensa por nuestra parte del derecho del nacido a conocer su origen biológico, lo cual hará por medio del acceso al expediente judicial, quedando así velado el derecho a la identidad, declarado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto derecho a poder acceder a una información que es parte de su propia identidad, sin pretender en ningún momento, una reivindicación de lo genético.

BIBLIOGRAFÍA..

ALBERT MÁRQUEZ, M. “Los contratos de gestación de sustitución llevados a cabo en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

--, «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

BONILLO GARRIDO, L. “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario la Ley, número 8070, Sección Tribuna*, 25 de abril de 2013, año XXXIV.

[84] Ver Título II de la propuesta de ley.

CERDÀ SUBIRACHS, J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley, número 4893, Sección Tribuna Abierta*, segundo trimestre de 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley, número 7501, Sección Tribuna*, 3 de noviembre de 2010.

DUPLÁ MARÍN, M.T. *Fundamenta iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012.

FARNÓS AMORÓS, E. “European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma 27-30 de junio, 2010, *Indret*, 3/2010.

--, “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *International Family Law*, marzo de 2013.

GIROUX, M. L´encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l´intérêt de l´enfant, *Revue générale de droit*, volumen 28, número 4, 1997.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson, Madrid, 2013.

LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGE BENEGIU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson Madrid, 1994.

VAQUERO LÓPEZ, C. “Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil”, *LEX NOVA blogs,* 27 de abril de 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación de sustitución o maternidad subrogada; el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina*, 2 de abril de 2011, Año XXXII.

--, *La maternidad subrogada; estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 347-353
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Pacta sunt servanda e justiça: análise da peça "o mercador de Veneza" de Shakespeare

Pacta sunt servanda and justice in "merchant of Venice" Shakespeare

BRUNO LICHTNOW[1]
FÁBIO DA SILVA VEIGA[2]
UNIFOZ (Brasil)
Universidade de Vigo (España)

Sumário: Introdução. 1. Direito e literatura na peça "O Mercador de Veneza"; 2. Hermenêutica jurídica na interpretação literária; 2.1. Modelos de interpretação; 2.2- A interpretação da estória em confronto com o Código Civil; Conclusões; Bibliografia.

Resumo: O ensaio, de matriz jurídico-filosófica, busca na literatura de Shakespeare, as reflexões para ancorar bases teóricas do direito privado, como a relação contratual fincada no *pacta sunt servanda*. Pretende com isso, lançar o desafio reflexivo das premissas do direito civil em ligação a fatos narrados no livro o Mercador de Veneza escrito no Século XVI. O convite à leitura é para uma aula, cuja narrativa se dá pelas atuações das personagens.

Palavras-chaves: Literatura e direito, o mercador de Veneza, Shakespeare.

Abstract: This philosophical and legal paper, based on the reading of William Shakespeare, searches to analyze and describe private law theories such as contractual relationship, the principle of pacta sunt servanda and its intimate relations with Justice. Shakespeare's masterpiece "Merchant of Venice" raises circumstances extremely connected with the essential subjects of Private Law theory, which are clear enough to be used as simple examples of the legal institutes here studied and the part that Justice plays in private relations.

Keywords: Law and literature, the merchant of venice, Shakespeare.

Introdução

Pacta sunt servanda (Do latim, "Os contratos devem ser cumpridos"): eis o antigo paradigma oriundo do Direito romano que irá nortear toda a discussão jurídico-filosófica que subjaz ao enredo da peça "O Mercador de Veneza", escrita por William Shakespeare (1564-1616) entre os anos de 1596 e 1598 e adaptada ao cinema de *Hollywood* em 2004. A controvérsia pode ser equacionada a partir do contraponto entre dois raciocínios diametralmente opostos. Por um lado, observa-se que o contrato, definido como o acordo de vontades materializado ora por escrito, como um contrato de compra e venda de imóvel, ora verbalmente, como o singelo empréstimo de um livro a um amigo, revela-se vocacionado à criação, alteração, conservação ou extinção de quaisquer efeitos jurídicos porventura passíveis de existir na realidade fenomênica.

[1] Professor na UNIFOZ (Foz do Iguaçu, Brasil). Graduado em Direito pela Universidade do Oeste do Paraná – Unioeste, campus Foz do Iguaçu.
[2] Professor convidado da Universidad Europea de Madrid. Doutorando em Direito Empresarial na Universidade de Vigo. Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho (Portugal). Graduado em Direito pela UNIFOZ (Foz do Iguaçu, Brasil).

Coincidência ou não, o teatrólogo inglês já antecipava a ideologia mercantil que iria influir em toda a conduta dos burgueses responsáveis pela Revolução Francesa de 1789. Por outro lado, emergem os seguintes questionamentos de ordem ética: o contrato faz lei entre as partes ainda que o conteúdo por ele veiculado traduza afronta à moral, aos bons costumes e à soberania nacional? O que vale mais: a manifestação livre da vontade ou a adequação do conteúdo por ela veiculado em face dos valores albergados pela sociedade em que inserida a avença? Portanto, nessas condições, devidamente tecido o pano de fundo que dá suporte à estória, cumpre lançar o questionamento nevrálgico da obra: Não pago no tempo aprazado os três mil ducados emprestados pelo judeu rico Shylock a seu inimigo Antônio, assiste àquele, segundo os termos do contrato devidamente firmado entre as partes, o direito de obter, a título de penalidade, a mutilação de 1 libra de carne diretamente do corpo do devedor?

1. Direito e literatura na peça "O Mercador de Veneza"

Preliminarmente, cumpre registrar que o ambiente histórico que anima a estória se identifica com a Veneza do século XVI, um dos grandes centros de efervescência comercial que servia de porto seguro à classe social dos burgueses, os quais, mais tarde, ocupariam o epicentro da história ocidental. Não menos relevante se revela o fato de que ainda não existia o Estado da Itália tal como conhecido presentemente. Isso porque, na linha de raciocínio tecida pelo eminente cientista político Nicolau Maquiavel (1469-1527) na clássica obra "O Príncipe" (1513), o atual estado italiano se encontrava politicamente descentralizado e fragmentado notadamente em ducados e principados, os quais representavam pequenos focos de poder dispostos de forma autônoma e desorganizada, isso para não mencionar que a unificação italiana só seria implementada no século XIX sob o comando, principalmente, de Giuseppe Garibaldi (1807-1882), o qual, curiosamente, também acabou por merecer a redação de algumas páginas no livro da História do Brasil.

Um embate entre o passado e o presente: é como pode ser definida a composição ideológica dos personagens centrais da peça teatral sobre que se debruça neste arrazoado. Representando os valores tradicionais está Antônio, um burguês perdulário e dono de posses, mas que, alinhado ao arcabouço cultural herdado da Idade Média, nutre a mais pura aversão à prática corrente da chamada usura, denotativa de exploração do homem pelo homem e ilustrada pelo recrudescimento da apropriação do lucro nas atividades comerciais. A dimensão de suas embarcações e o sucesso de suas empreitadas às Índias conferem tamanho conforto e segurança ao mercador que ele não se queda silente tão logo lhe apareça qualquer oportunidade para enaltecer seus negócios e sua habilidade negocial, tal como se infere da leitura do seguinte trecho: *Podeis crer-me, não é assim. Sou grato à minha sorte; mas não confio nunca os meus haveres a um só lugar e a um barco, simplesmente nem depende o que tenho dos azares do corrente ano, apenas. Não me deixa triste, por conseguinte, as minhas cargas.* (Ato I, Cena I). De igual sorte, não seria presunçoso afirmar que, a partir das ideias esboçadas por Shakespeare por intermédio do personagem Antônio, Karl Marx (1818-1883) encontrou o embrião para o engendramento de sua "teoria da mais valia" na clássica obra "O Capital" (1867).

Ao revés de toda a filosofia de vida perfilhada por Antônio, o judeu rico Shylock é adepto da ideologia burguesa, segundo a qual o lucro não é proibido e deve ser perseguido pelo comerciante a fim de recompensar os esforços por ele envidados no trabalho quotidiano. Nesse giro, merece transcrição o seguinte trecho da obra, o qual, em razão de se amparar a ideologia do personagem em passagem bíblica, prima por traduzir de forma emblemática a ideologia advogada pelo comerciante: *Não, não cobrava, o que chamai de juros, diretamente. Agora tomai nota de como fez Jacó. Quando ele e o tio assentaram que todos os cordeiros malhados e de rajas ficariam para Jacó, à guisa de salário, as ovelhas em cio foram postas, no fim do outono, junto dos carneiros. E quando entre esses animais velosos o ato da geração se processava, pelou-me algumas varas o astucioso pastor e, ao trabalhar a natureza, frente ao pôs das ovelhas voluptuosas que, concebendo então, no tempo próprio só pariram cordeiros variegados, que com Jacó ficariam. Eis um meio de ganhar, e Jacó foi abençoado. Não*

sendo roubo, todo lucro é bênção. (Ato I, Cena III). Ao contrário do que pode parecer, a voz de Shylock, muito antes de ilustrar visão minoritária de mundo, representava o tradicional imobilismo medieval, o qual, por considerar metais como ouro e prata estéreis por si só, condenava o empréstimo sob cobrança de juros como um ato artificial e ilegítimo de reprodução.

Outrossim, como já não se bastasse o rico aspecto objetivo trazido à baila pela peça a partir dos complexos contornos históricos e sociológicos que ela ostenta, exsurge do enredo shakesperiano um forte traço subjetivo de que está imbuído o vilão Shylock a fim de justificar a medida contratual drástica por ele idealizada junto a Antônio. De quebra, ressai evidente a partir do discurso do judeu que ele padece de preconceito étnico em função de sua origem: *Se não servir para alimentar coisa alguma, servirá para alimentar minha vingança. Ele me humilhou, impediu-me de ganhar meio milhão, riu de meus prejuízos, zombou de meus lucros, escarneceu de minha nação, atravessou-se-me nos negócios, fez que meus amigos se arrefecessem, encorajou meus inimigos. E tudo, por quê? Por eu ser judeu. Os judeus não têm olhos? Os judeus não têm mãos, órgãos, dimensões, sentidos, inclinações, paixões? Não ingerem os mesmos alimentos, não se ferem com as armas, não estão sujeitos às mesmas doenças, não se curam com os mesmos remédios, não se aquecem e refrescam com o mesmo verão e o mesmo inverno que aquecem e refrescam os cristãos? Se nos espetardes, não sangramos? Se nos fizerdes cócegas, não rimos? Se nos derdes veneno, não morreremos? E se nos ofenderdes, não devemos vingar-nos? Se em tudo o mais somos iguais a vós, teremos de ser iguais também a esse respeito. Se um judeu ofende a um cristão, qual é a humildade deste? Vingança. Se um cristão ofender a um judeu, qual deve ser a paciência deste, de acordo com o exemplo do cristão? Ora, vingança. Hei de pôr em prática a maldade que me ensinastes, sendo de censurar se eu não fizer melhor do que a encomenda.* (Ato III, Cena I). Em que pese a linha de raciocínio externada por Shakespeare a partir da fala de Shylock se assemelhe sobremaneira às obras "Notas do subsolo" (1864), de Fiodor Dostoievsky (1821-1881), e "O estrangeiro" (1942), de Albert Camus (1913-1960) pela ênfase na dimensão subjetiva que desempenha a função de móvel volitivo do personagem, ao nosso crivo, o perfil psicológico do judeu se assemelha muito mais àquele que preenche a personagem Beatrix Kiddo, do filme Kill Bill, parte I (2003), dirigido por Quentin Tarantino, a qual busca incessantemente por vingança contra Bill em função de acreditar ser ele o responsável pela perda de seu bebê. A razão disso repousa no fato de que, muito antes de traduzir atitude gratuita e despojada de qualquer fundamento sólido e coerente apto a embasar a atitude humana, o que é apanágio do existencialismo filosófico, a conduta de Shylock encontra firme supedâneo em motivos de ordem pessoal e social: a vingança. Trata-se de reminiscência concreta do mandamento inserto na lei das XII tábuas que mandava o infrator da lei ou de qualquer contrato – lei entre as partes – responder na proporção do "olho por olho e dente por dente".

Fato é que, malgrado a sensível polarização entre as visões de mundo externadas por Antônio e Shylock, o clímax da relação interpessoal entre ambos só seria deflagrado a partir de um pedido formulado por Bassânio, amigo do mercador de Veneza, o qual necessitava do importe de 3 mil ducados para desposar a bela Pórcia de Belmonte, que arquitetou uma espécie de *puzzlle* para escolher um marido a partir dos diversos candidatos que acediam à sua residência: dentre três cofres colocados à sua disposição, quem indicasse aquele que continha um retrato da jovem, desposaria a dama; do contrário, se retiraria imediatamente de Belmonte e manteria segredo sobre a sua escolha, a fim de evitar fraudes. Como Antônio não dispunha do ordenado incontinente, pede-o de empréstimo ao judeu abastado, o qual, em razão da aversão ideológica que sustentava em face do mercador, lhe formulou a inusitada proposta de dele obter uma libra de carne caso a quantia não fosse paga no prazo acordado. Conduzindo a liberdade contratual a um horizonte jamais antes vislumbrado, é com dissimulada ironia que Shylock formula a proposta da aludida cláusula contratual: *Quero dar-vos prova dessa amizade. Acompanhai-me ao notário e assinai-me o documento da dívida, no qual, por brincadeira, declarado será que se no dia tal ou tal, em lugar também sabido, a quantia ou quantias não pagardes, concordais em ceder, por equidade, uma libra de vossa bela*

carne, que do corpo vos há de ser cortada onde bem me aprouver. (Ato I, Cena III). De posse do dinheiro, Antônio escolhe o cofre de chumbo, encontra o retrato de Pórcia e desposa-a.

Entrementes, um evento imprevisível toma lugar: em virtude de intempéries naturais, Antônio perde toda a sua frota de barcos mercadores, naufragados na Inglaterra, Índia, México, Trípoli, Lisboa e Berberia. Assim, esvaziada a garantia que possuía para levantamento de recursos a fim de honrar sua dívida perante Shylock e escoado o prazo acordado para cumprimento da obrigação, o judeu aciona a justiça veneziana. Pórcia, por sua vez, consciente de sua eloquência e capacidade de persuasão, lança mão de uma fraude para salvar seu amado: louvando-se do parentesco que possuía com o ovacionado jurista Belário, se utilizou de sua influência para integrar o julgamento do processo na condição de juíza, se disfarçando, inclusive, de uma figura masculina que impunha respeito. Doravante, intenso e profícuo debate ideológico é travado na corte. Em uma frente, Shylock sustenta seu direito pretensamente absoluto à propriedade, no bojo da qual está inserido a prerrogativa que o judeu possui sobre o próprio corpo de Antônio, como se coisa fosse, à semelhança dos escravos de quem era senhor o próprio magistrado: *Que castigo tenho a temer, se mal algum eu faço? Possuís muitos escravos, que como asnos, cães e mulos tratais, e que em serviços empregais vis e abjetos, sob a escusa de os haverdes comprado. Já vos disse que os pusésseis, acaso, em liberdade? Que com vossas herdeiras os casásseis? Por que suam sob fardos? Que lhes désseis leitos iguais aos vossos? E iguarias que como o paladar soubessem? Em resposta, decerto, me diríeis: "Os escravos são nossos". De igual modo, vos direi, em resposta, que essa libra de carne, que ora exijo, foi comprada muito caro; pertence-me; hei de tê-la. Se esse direito me negardes fora com vossas leis! São fracos os decretos de Veneza. E ora aguardo o julgamento. Respondei-me: dar-me-eis o meu direito?* (Ato IV, Cena I).

Num primeiro golpe de vista, Pórcia sinaliza no sentido de acolher o pleito de Shylock, sucumbindo ante a resolução firmemente tomada para salvar seu futuro esposo. Não obstante, a dama encontra respaldo para afastar a pretensão do judeu à luz de seus próprios argumentos: olho por olho, dente por dente, ou seja, o contrato deve ser cumprido *ipsis litteris* (Do latim, "na sua literalidade"). E é nesse assalto de genialidade e comicidade que Pórcia pontifica: *Um momentinho, apenas. Há mais alguma coisa. Pela letra, a sangue jus não tens; nem uma gota. São palavras expressas: "Uma libra de carne". Tira, pois, o combinado: tua libra de carne. Mas se acaso derramares, no instante de a cortares, uma gota que seja, só, de sangue cristão, teus bens e tuas terras todas, pelas leis de Veneza, para o Estado passarão por direito.* (Ato IV, Cena I). Caso quase encerrado. Isso porque, além de declarar a insubsistência do título de crédito representativo da dívida, Pórcia, a pedido de Antônio, condena Shylock a se tornar cristão e a lavrar testamento beneficiando a filha de Lourenço, amiga do casal, à razão de todos os seus bens, ao que o judeu não opõe a menor resistência. Apenas subsequentemente é que Pórcia revelou a trama ao amado, o qual se quedou inerte e nada fez em prol de quaisquer imperativos de justiça. Com efeito, gravitam em torno do tema principal personagens secundários que protagonizam estórias paralelas: o doge de Veneza, o príncipe de Marrocos, o príncipe de Aragão, Graciano, Salnio, Salarino, Lourenço, Tubal, Lanceloto Gobbo, o velho Gobbo, Leonardo, Estéfano, Nerissa e Jessica. Contudo, em razão de pouco contribuírem para o deslinde do cerne do enredo, não fizeram jus a registro destacado acerca da análise da obra.

2. A hermenêutica jurídica na interpretação literária

Fato é que a peça shakesperiana suscita palpitantes discussões no ramo da Filosofia do Direito, temática da *hermenêutica jurídica*, na qual se debruça sobre o estudo das técnicas de interpretação das normas jurídicas, das quais o «contrato» constitui uma das mais relevantes dimensões. Interpretar, consoante lição consagrada de Carlos Maximiliano, consiste em estabelecer o sentido e o alcance de uma norma jurídica, ou seja: o que significa, para quem valem e em quais circusntâncias podem fazê-lo. Assim, se louvando dos ensinamentos de Karl Von Savigny, jurista alemão, inúmeras técnicas vêm ao amparo do operador do Direito com o escopo de solucionar o impasse,

tais como: a) Interpretação literal ou gramatical: prioriza a literalidade do texto; b) Interpretação teleológica: acede à finalidade que a lei quis implementar, mormente a voltada aos fins sociais e ao objetivo de pacificação social a que a norma deve se destinar; c) Interpretação histórica: vocacionada a estabelecer o sentido e o alcance da norma jurídica com base no contexto histórico em que produzida, o qual inclui o próprio processo legislativo que originou a norma; d) Interpretação sistemática ou lógica: inclina-se para o estabelecimento do sentido e alcança da norma jurídica a partir da combinação de diversos dispositivos insertos na legislação bem como tendo em mira a própria coerência dela em face do ordenamento jurídico como um todo.

2.1. Modelos de interpretação

Posta a questão dessa forma, o enredo da peça analisada dá ensejo a seis questionamentos nevrálgicos: *a)* sob a ótica da interpretação gramatical e considerando que o assessório – sangue – segue o principal – carne -, não assistiria razão a Shylock?; *b)* à luz da técnica da interpretação teleológica, não parece coerente afirmar que a pretensão do judeu se alinha de forma coerente com a própria mentalidade e ideologia social vigente no século XVI, de absolutismo patrimonial ilustrado mormente a partir do regime escravocrata?; *c)* com fulcro na interpretação histórica, não é possível harmonizar os temos do contrato em face do mandamento do *pacta sunt servanda* e da ilusão burguesa do individualismo puro característico do início da Idade Moderna? *d)* considerando os cânones da interpretação lógica e sistemática, não parece contraditório exonerar Antônio da penalidade prevista no contrato, mas, concomitantemente e de inopino, condenar-lhe a se tornar cristão contra a sua vontade e, como não se bastasse, a entregar como herança todo seu patrimônio a uma estranha? *e)* é correto afirmar que o contrato subsiste ainda que seu cumprimento se torne impossível a partir da superveniência de evento imprevisível como uma catástrofe natural; *f)* não está acoimada de ilegalidade a sentença proferida por pessoa não investida de jurisdição e à qual é noiva da própria parte demandada?

Na condição de julgador da causa, daríamos parcial razão a Shylock no mérito que subjaz à causa, mas, em razão de vícios insanáveis no julgamento, faríamos por bem em anular a sentença proferida por Pórcia.

2.2. A interpretação da estória em confronto com o Código Civil

Primeiramente, impende consignar que, ainda que dirimida a causa à luz do uso da interpretação gramatical ou literal, faria jus Shylock ao recebimento da libra de carne de Antônio. É que, muito embora Pórcia tenha registrado não constar do contrato o direito do usurário ao sangue contido na carne, pode-se afirmar, com base nas máximas da experiência subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, que inexiste carne humana viva despojada de sangue, uma vez que o assessório segue o principal, isso para não mencionar o fato de que 2/3 do corpo humano é composto de água, ou seja, de sangue. Ampara a argumentação o art. 233 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual "*a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso*".

Sob outro prisma, é plenamente coerente afirmar que o direito ao seu próprio corpo traduz como prerrogativa fundamental da pessoa humana, sendo, nessa condição, inato, inalienável, impenhorável e intransmissível. Pensar o contrário implicaria em negar vigência ao art. 14 do Código Civil Brasileiro e ao art. 1º da lei 9.434/97, que autorizam, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte. Contudo, é imperioso afirmar que a atitude de Shylock se alinha de forma coerente com a própria mentalidade e ideologia social vigente no século XVI, de absolutismo patrimonial ilustrado máxime a partir do regime escravocrata então vigente. Ou seja: é plausível, por razões humanitárias, proibir a retirada de uma libra de uma pessoa que descumpriu um contrato, mas, simultaneamente, permitir e professar pelo regime aristocrata que, muito mais 1 libra de carne, franqueia a disposição de todo o corpo da pessoa humana, inclusive a sua dignidade e liberdade de decidir os rumos de sua vida? O contrato deve ser interpretado como se no período em que constituído vivêssemos. Nesse espectro, não é exagero afirmar que a pena de morte era a prática

socialmente aceita no início da era moderna, tanto que provocava arroubos de euforia por parte da comunidade durante uma execução pública, conforme se observa da leitura da obra "O último dia de um condenado" (1829), de autoria do escritor francês Victor Hugo (1802-1886). Trilhando o mesmo raciocínio, é um imperativo de justiça convalidar a atitude de Shylock frente em face do mandamento do *pacta sunt servanda* e da ilusão burguesa do individualismo puro característico do início da Idade Moderna, os quais retratam o pano de fundo do enredo.

Ademais, levando em consideração os cânones da interpretação lógica e sistemática, parece contraditório exonerar Antônio da penalidade prevista no contrato, mas, concomitantemente e de inopino, condenar-lhe a se tornar cristão contra a sua vontade e, como não se bastasse, a entregar como herança todo seu patrimônio a uma estranha. Ora, senhores interlocutores! O presente raciocínio mostra-se à toda evidência em rota de colisão com os princípios norteadores da lógica. Isso porque, se Shylock não pode executar seu contrato em função de suposta lacuna na cláusula avençada com Antônio, a qual deixaria margem a dúvidas no que concerne à presença, ou não, de sangue na libra de carne, por que razão deve o judeu ser condenado a cumprir obrigações nem de longe estabelecidas no contrato? Não se pretende negar a possibilidade de, nesses tempos de antanho, um sujeito de direito poder ser condenado a ser cerceado em sua liberdade de convicção religiosa ou mesmo patrimonial. Contudo, tais matérias passam muito ao largo do que está estabelecido no instrumento contratual, caracterizando a mais genuína e repulsiva vingança, agora por parte do mercador de Veneza.

A controvérsia, contudo, parece encontrar um horizonte quando se imiscui na causa a intempérie imprevisível que destruiu toda a frota de barcos mercadores de Antônio, naufragados na Inglaterra, Índia, México, Trípoli, Lisboa e Berberia. Incidiria, nesse caso, o disposto no art. 478 do Código Civil brasileiro, segundo o qual nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Ou seja, o caso fortuito ou força maior, tal como se denomina o evento catastrófico, teria o condão de anular o contrato entabulado entre Antônio e Shylock, recolocando os contratantes no *status quo ante* (estado anterior ao contrato), devolvendo-se os 3 mil ducados ao judeu a fim de equacionar o impasse, sem direito à extração de libra de carne do devedor.

Solucionado estaria o imbróglio, não fosse estar a sentença acoimada de ilegalidade uma vez que proferida por Pórcia, pessoa não investida de jurisdição e a qual era noiva da própria parte demandada, nutrindo interesse direto pela causa. A par das repercussões criminais a respeito da usurpação de função pública e exercício ilegal de profissão, condutas essas que sempre foram reprováveis pela sociedade, cumpre registrar uma série de irregularidades vertentes da decisão prolatada a fim de resolver o processo: a) Pórcia induziu todos em erro, disfarçando-se de juiz e exercendo ilegalmente a função de magistrado sem ter preenchido os requisitos para tanto; b) Pórcia possuía interesse direto na causa, uma vez que, sucumbindo Antônio, ela provavelmente perderia o marido, que não resistiria com vida à execução do contrato. Em termos jurídicos, é possível afirmar que a juíza era incompetente para julgar a causa, ou seja, não possuía o poder estatal, chamado jurisdição, para aplicar a lei ao caso concreto. Além disso, em razão da falta de isenção de espírito para julgar a lide com imparcialidade, Pórcia era impedida para sentenciar no processo uma vez que tinha maculada a sua neutralidade para analisar de forma fria e isenta os argumentos e provas propostos de ambas as frentes. Como não se bastasse, ante a gravidade do vício de que padecia a decisão judicial, ela não seria passível de convalidação, ou seja, ela não comportaria confirmação, devendo ser levada a efeito uma inteiramente nova. Não é demasiado registrar que toda pessoa possui o direito de ser julgado por autoridade judicial competente – no sentido técnico –, imparcial, neutra e investida no cargo anteriormente à existência no processo – o que obstaculiza a criação de juízos de exceção, como sói ser o caso do Tribunal de Nuremberg.

Conclusões

Ao cabo da análise ora realizada, chega-se à conclusão de que, conquanto parcial razão assistisse a Shylock em detrimento de Antônio no mérito da causa, a sentença deveria ser anulada em razão da ocorrência de vício insanável dela vertente. O *pacta sunt servanda* deve ser implementado com reservas, portanto, a fim de não caracterizar afronta à moral, aos bons costumes e à soberania nacional da época em que entabulada a avença. O contrato deve ser anulado e os três mil ducados emprestados a Antônio devolvidos a Shylock. Deveras, se, por um lado, o filósofo grego Aristóteles (384 a.C. – 322 a. C.) ponderou que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu de acordo com uma regra de igualdade e que os iguais devem ser tratados igualmente e os iguais desigualmente, na proporção de sua desigualdade, acredita-se que foi possível chegar a um denominador comum, promovendo-se a justiça no caso concreto. Implementada a justiça, mister distribui-la aos que de direito a ela fazem jus. Nesse giro, faço nossas as palavras proferidas por Quincas Borba, personagem de romance homônimo escrito por Machado de Assis (1839-1908): ao vencedor as batatas!

Bibliografia

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – contratos e atos unilaterais*, vol. 3, Saraiva: São Paulo, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe* – trad. de Maria Júlia Goldwasser, rev. de Roberto Leal Ferreira, Martins Fontes: São Paulo, 2001.

MAXIMINIANO, Carlos. *A hermenêutica e aplicação do direito*, Forense: Rio de Janeiro, 1980.

SHAKESPEARE, Willian. *O mercador de Veneza*, edição Ridendo Castigat Mores, versão digital Ebook Brasil.

TROMBLEY, Stephen. *50 Pensadores que Formaram o Mundo Moderno*, Ed. Leya, Alfragide, 2014.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 355-367
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O Abuso de Posição Dominante no Direito Europeu da Concorrência: Google – um *Delete* na Concorrência?

The Dominant Position Abuse in European Competition Law: Google - a Delete in the competition?

LÚCIO CARLOS AFONSO FERRAZ[1]
AMANDA MARA DA SILVA[2]
Universidade do Minho
Pontificia Universidade Católica

Sumário: 1. Noções preliminares do Direito da União Europeia. 2. Princípio da Concorrência. 3. A investigação da Comissão Europeia: o caso Google. 4. Mercado relevante. 4.1. Do ponto de vista do produto. 4.2. Do ponto de vista geográfico. 5. Poder de mercado da Google. 6. Abuso da posição dominante: análise das situações identificadas pela comissão. 7. Reflexões finais.

Resumo: A União Europeia não é um Estado Federal – mas é mais do que uma confederação de Estados. O mercado interno é uma das suas maiores realizações no qual, gradualmente, as restrições ao comércio e à livre concorrência foram sendo eliminadas, de forma a contribuir para a melhoria dos níveis de vida dos povos europeus. Nessa medida, a política de concorrência mostra-se indispensável para assegurar que a concorrência no interior do mercado interno europeu seja não apenas livre como também leal. Para tanto, a Comissão Europeia, juntamente com o Tribuanl de Justiça da União Europeia, são os *policimakers* encarregados de garantir o cumprimento da política de concorrência. O mercado Europeu é um mercado apetecível, e não negligenciável, para qualquer operador econômico europeu ou não europeu, afinal de contas trata-se de um mercado em franco crescimento, altamente exigente e consmuidor que conta com mais de 500 (quinhentos) milhões de pessoas. Em caso recente e ainda dito atual, dada a velocidade das informações, a empresa GOOGLE encontra-se sob foco de investigação da Comissão Europeia por violação do princípio da concorrência no mercado de pesquisas *online.*

Palavras-chave: A construção do projeto europeu / direito da concorrência / pesquisas *online* / Google

Abstract: The EU is not a Federal State – but it is more than a confederation of states. The internal market is one of the EU's achievements, which, gradually, the restrictions on trade and free competition were being eliminated, contributing to the improvement of the levels of the EU people´s lives. To that extent, the EU competition policy is essential to ensure that competition within the European internal market is not only free but also fair. To this end, the European Commission together with the European justice court, are policymaker's ensuring compliance

[1] Doutorando em Direito Mercantil. Mestre em Direito de Contratos e Empresas pela Universidade do Minho, Portugal.
[2] Mestre em Direito Judiciário pela Universidade do Minho, Portugal.

with competition policy. The European market is an attractive market, not negligible, for any European or non-European trader, after all it is a market with over 500 (five hundred) million people. These days, the GOOGLE is– "under fire" – from the European Commission for breach of the sacrosanct principle of competition in the online market research.

Keywords: The construction of the European project / competition law / online research / Google

1. Noções preliminares do Direito da União Europeia[3]

A União Europeia surgiu da ideia de uma união politica em escala capaz de assegurar paz, estabilidade e prosperidade a um continente marcado pela violência e destruição oriundos da I e II Guerra Mundial, tendo sido veiculada pela primeira vez por Winston Churchill em um um célebre discurso proferido na Universidade de Zurique em 1946, quando sugeriu a criação, *mutatismutandis*, dos – "Estados Unidos da Europa".

Hoje, com a distância de mais de meio século, sabemos que ideia de Winston Chuurcill desenvolveu-se e originou os mecanismos de integração e vias de cooperação supranacional, com a criação de entidades supranacionais para as quais os respectivos Estados-Membros transferiram os seus poderes soberanos.

A primeira concretização do projecto europeu foi, sob o ímpeto da "Declaração Shumann" (1950), a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, criada e constituída por seis Estados Europeus pelo Tratado de Paris (1951). O sucesso desta primeira concretização foi, porém, obscurecido pelo abandono do projeto da Comunidade Politica de Defesa (1954), e que antecederia o Tratado de Roma (1957) – Comunidade Econômica Europeia (CEE). O desiderato maior da CEE era a união aduaneira e, concretamente, o mercado único: livre circulação de pessoas, mercadorias, capitais e serviços, além da união política a médio e / ou longo prazo.

No entanto, seria apenas com o Ato Único Europeu, assinado em Luxemburgo em 1986, que a União Europeia viria a adquirir vida jurídica (artº. 1º), todavia, seria necessário esperar pela entrada em vigor do Tratado de Maastricht (1993), que se materializava em que três pilares: *(i)* dotar a União de um quadro institucional único que resultasse uma separação entre a ordem jurídica da União e a dos seus Estados-Membros e se sentia com diversos graus de intensidade no seio das Comunidades europeias; *(ii)* uma Politica Externa e de Segurança Comum; e *(iii)* a cooperação nos domínios da justiça e assuntos internos.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa[4] (2009), a UE englobou a anterior CEE (art.1º, 3º parágrafo, *in fine*) e adquiriu personalidade jurídica internacional (art.º 47º TUE), com a capacidade de celebrar acordos internacionais e tornar-se membro de organizações internacionais. Com o Tratado de Lisboa pretendeu-se tornar a UE: *(i)* mais eficiente, dotada de instituições adaptadas a uma Europa alargada (a leste); *(ii)* mais próxima dos cidadãos; *(iii)* mais eficaz e

[3] QUADROS, F. *Direito da União Europeia*, 3ª Edição, Almedina, 2013, *passim*; MACHADO, J. *Direito da União Europeia*, 2ªEdição, Coimbra Editora, 2014, *passim*; GORJÃO-HENRIQUES, M. *Direito da União Europeia*, 6ª Edição, Almedina, 2010, *passim*.

[4] *In medio*, houve ainda o Tratado de Amsterdão (no qual foram aprofundadas as matérias do 2º pilar); o Tratado de Nice (no qual foram aprofundadas a cooperação entre os Estado-Membros e adaptada a União face aos alargamentos dos países da Europa Central e Leste).

coerente no seu relacionamento com o mundo; e *(iv)* mais apta a responder aos desafios globais que se colocam neste início de século.[5]

A União Europeia é uma entidade política *sui generis*, única no mundo, que agrega atualmente 28[6] (vinte e oito) Estados com competências alargadas (art.º 4º e 5º TUE) e prossegue fins muito diversos (art.º 3º TUE). A singularidade da UE resulta claro do quadro institucional[7] em vigor: *(i)* instituições políticas de natureza intergovernamental – Conselho Europeu e Conselho da União Europeia; *(ii)* instituições de natureza supranacional – Parlamento Europeu e a Comissão Europeia; e *(iii)* instituições complementares de controle jurisdicional – TJUE –, e de controle administrativo – Tribunal de Contas e o Banco Central Europeu (art. 282º TFUE).

2. Princípio da Concorrência

A concorrência "*constitui um principio fundamental dos modelos de organização econômica de mercado – consagrado no ordenamento jurídico português* [...] *e europeu (art. 3º, nº 1, b), 101º e seguintes do* [TFUE]*, assegurando uma maior eficiência produtiva* [...]*, garantindo a satisfação dos consumidores* [...] *e promovendo, assim, o próprio desenvolvimento econômico-social geral*"[8].

As regras de concorrência da UE visam garantir condições justas e equitativas para as empresas, velando, simultaneamente, para que continue a haver espaço para a inovação, a adoção de normas comuns e o desenvolvimento das PME. Nos termos da legislação da UE, as empresas não podem: (i) fixar os preços ou repartir os mercados entre si; (ii) abusar de uma posição dominante num determinado mercado para afastar os concorrentes mais pequenos; (iii) realizar fusões se tal lhes conferir uma posição dominante no mercado.[9]

A política europeia no que tange a concorrência foi esculpida no Tratado de Roma (1957), prevendo à data um regime que garantisse a concorrência e não falseasse o mercado interno[10]. Visava a criação de um conjunto de regras concorrenciais eficazes capazes de garantir e assegurar o bom funcionamento do mercado europeu e, nessa medida, permitir aos consumidores beneficiar-se das vantagens proporcionadas por esse *mercado livre*[11].

O mercado interno pressupõe a realização da União Aduaneira, a liberdade de circulação dos *fatores de produção* – trabalhadores, mercadorias, serviços e capitais – enformado por três políticas distintas e indispensáveis: política agrícola, política comercial e *política da concorrência*[12]. De resto, o atual art. 3º, nº 3 do TUE aponta que um dos objectivos da UE é a construção de um mercado interno, promotor de crescimento econômico equilibrado e estabilidade dos preços. Com

---

[5] QUADROS, F. OP. CIT., *passim*; MACHADO, J. OP. CIT., *passim*; GORJÃO-HENRIQUES, M. OP. CIT., p*assim.*

[6] Desataca-se que o número de paises constituintes da União Europeia pode variar para mais ou menos, tendo em vista a possibilidade de adesão ou saída do bloco, exemplo, a recente saida do saída do Reino Unido, aprovada por plebiscito na data de 24.06.2016, disponivel em http://europa.eu/about-eu/basic-information/about/index_pt.htm [consultado em 22.07.2016].

[7] *Vide* a este respeito o artº 13º do TUE.

[8] ENGRÁCIA ANTUNES, J., *Os Grupos Societários no Direito da Concorrência*" in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Almedina, 2013, p.379.

[9] Informação disponível em http://europa.eu/pol/comp/index_pt.htm [consultado em 20.07.2016].

[10] Na letra da lei: "[o] estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada" – art. 3º, al. *f)* do Tratado da CE.

[11] GORJÃO-HENRIQUES, M., *ob. cit*. p.638 e ss.

[12] *Ibidem*.

efeito, pretende-se um mercado *livre*, *justo*, *leal* e *não falseado*, ancorado numa competição saudável entre empresas, com o objetivo de fomentar a *economia social de mercado* – dirigida para a melhoria das condições de vida dos povos europeus.

O direito da concorrência é atualmente um aspecto jurídico da maior importância para a economia europeia e mundial[13]. A sua riqueza e eficácia são um ponto de referência para o resto do mundo, na medida em que promovem a inovação e o desenvolvimento das PME´s – acelerando o crescimento econômico– e gerando um ambiente de concorrência leal, justo e robusto entre os vários agentes econômicos, sabido que a livre concorrência traz preços mais baixos, melhor e maior qualidade dos produtos e serviços, variedade de escolha e empresas mais competitivas.

Nesse prospecto, as grandes empresas não podem utilizar o seu poder de negociação para impor condições que dificultem as relações entre os seus fornecedores ou clientes e as empresas concorrentes. A Comissão pode aplicar (e tem aplicado) multas às empresas por este tipo de práticas, na medida em que conduzem a preços mais elevados e/ou a menos opções para os consumidores. Os inquéritos da UE sobre práticas anticoncorrenciais não se limitam aos bens, abrangendo também determinadas profissões e serviços e, ao longo dos últimos anos, a Comissão tomou várias decisões no qual constatou-se práticas anticoncorrênciais, aplicando multas que totalizaram cerca de 1800 milhões de euros.[14]

O direito da concorrência possui caráter *normativo* e *institucional,* bandeira da própria UE – ínsito e originário no próprio Tratado – *in casu*, Título VII do TFUE (art. 101º a 109º)[15]. Assim, é uma verdadeira liberdade de concorrência econômica de natureza jusfundamental. Ao lado do direito originário, mas com valor normativo inferior, temos o *Direito Derivado*[16] – Diretivas ou Regulamentos, para o direito da concorrência, cumpre destacar o Regulamento 1/2003 que densifica e operacionaliza as normas dos art.º 101º e 102º TFUE.

Relativamente ao Regulamento 1/2003, cumpre tecer-se algumas considerações. Este diploma prevê um *regime sancionatório* pela violação das disposições do art. 102º TFUE. Aqui aparecem também, com relevo, as autoridades nacionais[17]– incumbidas da aplicação do direito da concorrência da EU – em cooperação com CE (*European Competion Network*)[18], que resulta de uma atividade concertada, coerente e dinâmica nos domínios da tutela e aplicação da concorrência no espaço europeu.

Igualmente importantes são as Decisões e as Comunicações da CE, estas não têm *efeitos jurídico-vinculativos*, contudo são um importante instrumento para entender a perspectiva da CE e sua atuação; aquelas têm *efeitos jurídico-vinculativos* sobre os agentes do mercado e estão sujeitas ao escrutínio do poder jurisdicional (TJUE).

---

[13] MACHADO, J., *ob. cit.*, pp. 414 e ss.
[14] Disponível em: http://europa.eu/pol/comp/index_pt.htm, [consultado em 20.07.2016].
[15] Uma chamada de atenção também para as liberdades econômicas consagradas nos art. 15º a 17º CDFUE.
[16] Direito emanado pelas instituições europeias, *v.g,.* CE ou PE.
[17] Vide no caso português – Autoridade da Concorrência, disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx [consultado em 20.07.2016].
[18] Cfr. MACHADO, J., *ob. cit*., p. 420.

3. A investigação da Comissão Europeia: o caso Google

A Comissão Europeia, em 30 de Novembro de 2010, emitiu um comunicado de imprensa[19] no qual anunciava a instauração de uma investigação sobre práticas anticoncorrenciais, relacionadas com o *abuso de posição dominante* do Google no mercado europeu de pesquisas *online*.

Pela voz de Joaquim Almunia, à data Vice-Presidente da Comissão Europeia, foram identificadas quatro coordenadas nas investigações da Comissão: *(i)* o possível tratamento preferencial dos seus próprios serviços de buscas verticais[20] nos resultados de pesquisas naturais[21] em detrimento dos produtos de concorrentes; *(ii)* a apropriação não autorizada do conteúdo de sítios de motores de buscas verticais concorrentes para utilização nos seus próprios serviços; *(iii)* a celebração de acordos de exclusividade com parceiros a quem fornece espaços publicitários associados à pesquisa em linha[22], sendo os anúncios fornecidos maioritariamente pela plataforma Google; e *(iv)* a imposição de restrições contratuais a programadores informáticos que os inibem de desenvolver e disponibilizar ferramentas para a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do sistema *Google AdWords* para outras plataformas de publicidade associadas à pesquisa em linha[23].

A fim de evitar o procedimento previsto no artigo 9º do Regulamento (CE) 1/2003[24], o Google apresentou à Comissão um conjunto de medidas corretivas por forma a resolver as (quatro) situações alegadamente identificadas como anticoncorrenciais[25]. Desde então foram feitos testes de mercado para tentar perceber se essas medidas obtiveram resultados satisfatórios – o que pareceu não acontecer. Diante dos resultados instisfatórios, a Comissão proferiu um comunicado[26] de objeções ao Google – que culminou com as investigações iniciadas em Novembro de 2010 – acusando-o de *abuso de posição dominante* nos mercados de serviços globais de busca na *Internet*, no Espaço Econômico Europeu (EEE), e

---

[19] Comunicado de imprensa IP/10/1624 de 30 de Novembro de 2010: "*Antitrust: Commissionprobesallegationsof antitrust violationsby Google"*, disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_en.htm [consultado em 20.07.2016].

[20] Em alternativa e para melhor compreensão:*« [pesquisadores] verticais são buscadores que realizam pesquisas "especializadas" em bases de dados próprias de acordo com suas propensões» apud* http://www.pt.wikipedia.org/wiki/Motor_de_busca [consultado em 22.07.2016].

[21] Trata-se de pesquisas gratuitas distinguindo-se dos resultados que são pagos ou links patrocinados.

[22] Trata-se da lista ordenada que resulta de uma determinada pesquisa *online* orientada por um critério de relevância.

[23] *Vide* a este respeito: "*Statementof VP [Joaquim] Almunia on the Google antitrust investigation*", disponível em: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/372&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en [consultado em 23.07.2016].

[24] Este regulamento estabelece as sanções dos comportamentos previstos no artigo 102º do TFUE. A Comissão Europeia, por sua iniciativa ou mediante denúncia, inicia um processo conducente à aplicação de sanções à empresa infractora. Neste tipo de processos, geralmente, é negociada uma solução de compromisso entre a Comissão e a empresa por forma a suspender este processo. Contudo, se de tal concertação não resultar efeitos positivos serão aplicadas sanções pecuniárias e a injunção de condutas à empresa implicada, *apud* MOTA DE CAMPOS, J., LUÍS DE CAMPOS, J., PINTO PEREIRA, A., "*Manual de Direito Europeu"*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 648 e ss.

[25] Comunicado de imprensa IP/13/371, de 25 de Abril de 2013, *"Antitrust: Commissionseeks feedback oncommit-mentsofferedby Google to addresscompetitionconcerns",* disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-371_en.htm [consultado em 23.07.2016].

[26] Cfr. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_pt.htm [consultado em 23.07.2016].

que se traduz no favorecimento sistemático dos seus serviços comparativos de preços nas páginas de resultados da pesquisa global ou universal.

4. Mercado relevante

Uma das questões mais sensíveis no seio do direito da concorrência é a identificação de *mercado relevante* em que a concorrência ocorre. De resto, qualquer (eventual) "*violação das normas da concorrência, que alegue* efeito anticompetitivo *ou* poder no mercado, *só é possível mediante essa previa delimitação* [de mercado relevante]"[27]. Pelo mesmo diapasão Miguel Gorjão-Henriques define que o abuso de posição dominante só pode acontecer em mercado relevante (*relevantmarket*), de tal sorte a noção de mercado relevante é condição *sine qua non* para a determinação da existência (ou não) de uma posição dominante[28]. Um instrumento indispensável nestas lides é a Comunicação da Comissão 97/C 372/03, relativa à Definição de Mercado Relevante para Efeitos de Direito Comunitário da Concorrência[29], designadamente o considerando 10.

4.1. Do ponto de vista do produto

A *delimitação material* do mercado é feita sob a ótica do consumidor, ou seja, abrange produtos e serviços, os quais o consumidor pode substituir por outros equivalentes[30]. Neste sentido, a *delimitação material*, *in casu*, do mercado configura uma análise complexa em virtude das evoluções e inovações tecnológicas que lhes estão associadas.

Através dos motores de busca (*internet*) é possível obter de forma rápida resultados sobre informações dispostas na rede, mediante a utilização de palavras-chave tecladas pelos utilizadores. Tais resultados são agrupados por uma *ordem de relevância* de acordo com critérios estabelecidos pelos algoritmos utilizados pelos motores de busca.

Os resultados da pesquisa num motor de busca não são apenas os resultados *naturais* ou *orgânicos* ordenados por um determinado critério de relevância; também são resultados especializados, relacionados aos mesmos termos da busca, como imagens, vídeos, notícias, mapas e outros. Para além destes, também são apresentados uma lista de anúncios – chamados de "*resultados patrocinados ou* links *patrocinados, gerados com base nas mesmas palavras-chave utilizadas nas consultas*"[31].

Ao que parece os motores de busca estão ao serviço de dois tipos de utilizadores, ligados por uma plataforma comum, cuja utilização por uma das partes causa impacto directo na outra: temos de um lado os usuários, que utilizam a plataforma *gratuitamente* e, de outro lado os anunciantes, que utilizam a plataforma de forma *remunerada*. No mercado de buscas, o Google (e os demais concorrentes) procuram promover os seus serviços através da qualidade e

[27]Cfr. MACHADO, J., *ob. cit*., p. 424.

[28] De acordo com a jurisprudência comunitária, essa definição (de mercado relevante) é obrigatória para apurar se as condutas em causa são susceptíveis de afectar as trocas comerciais e falsear o tráfico comercial. Neste sentido, *vide*, por ex., Ac. SPO v. Comissão, T-29/92, de 21.2.1995.

[29] Publicado no J.O. C 372, de 09.12.1997 e disponível em: http://www.eur-ex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=PT [consultado em 23.07.2016].

[30]Cfr. MACHADO, J., *ob. cit*., p. 425.

[31]SARETTA FERRARI, L., "*Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?,* in Revista de concorrência e regulação", Ano IV . n.º 14/15 - Abr/Set 2013, p.248.

relevância dos resultados de pesquisa[32]. Assim, o maior fluxo de usuários incita a procura dos anunciantes e, consequentemente, a arrecadação de receita.

Por todo o exposto, verifica-se que a delimitação dos mercados em relação ao produto, deverá englobar tanto o mercado de pesquisa global, como o mercado de publicidade associado à pesquisa em linha, em virtude da sua *infungibilidade*. Contudo, conforme preconiza Lucas Ferrari, o mercado de publicidade em linha poderá ser subdividido no mercado de publicidade associada à pesquisa em linha e no mercado de intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha. Por sua vez, o mercado de buscas global pode ser cindido, ainda, num mercado específico de buscas verticais[33].

4.2. Do ponto de vista geográfico

O mercado geograficamente relevante pretende analisar a extensão de território no qual os produtos e / ou empresas concorrem. A este critério deve presidir a homogeneidade das condições em que as empresas fornecem seus produtos / serviços.

No caso sob análise, a determinação geográfica do mercado pode ser feita utilizando a dialéctica dos casos precedentes da Comissão, baseados em situações análogas, tais como: *Google / DoubleClick*[34] e *Microsoft / Yahoo! Search Business*[35]. A Comissão considerou que os anúncios publicitários são orientados para um público específico, associados a uma certa cultura, por isso o mercado relativo à publicidade em linha deve ser delimitado como um mercado dividido geograficamente de acordo com as fronteiras nacionais ou linguísticas no interior do Espaço Econômico Europeu (EEE).

Quanto ao mercado de buscas globais – no caso *Microsoft / Yahoo! Search Business* – a Comissão Europeia salientou que o conhecimento generalizado dos motores de busca e o caráter geográfico deste mercado, poderiam ser mais amplos do que a limitação a barreiras linguísticas ou nacionais, abrangendo todo EEE.

5. Poder de mercado do Google

O Google assume no mercado supra analisado uma posição de destaque. A quota de mercado da qual dispõe consubstancia quase uma situação de *monopólio perfeito*, pois conforme adianta Joaquim Almunia, em 2010[36], o principal motor de

---

[32]*Vide* a descrição da própria Google: "[o] Índice de Qualidade *é uma estimativa da relevância que os seus anúncios, as suas palavras-chave e a sua página de destino têm junto da pessoa que vê o anúncio. Ter um Índice de Qualidade elevado significa que os nossos sistemas crêem que o seu anúncio, a sua palavra-chave e a sua página de destino são relevantes e úteis para quem vê o anúncio. Ter um* Índice de Qualidade *baixo significa que, provavelmente, os seus anúncios, palavras-chave e página de destino não são tão relevantes e úteis para quem vê o anúncio" [itálico nosso]* disponível em: http://support.google.com/adwords/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=2454010 [consultado em 23.07.2016].

[33]SARETTA FERRARI, L., *últ. ob. cit.*, pp. 249 e ss.

[34]*Vide* a decisão da Comissão Europeia, de 11 de Março de 2008, COMP/M.4731 - Google/DoubleClick. Texto disponível em versão electrônica em: http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf [consultado em: 24.07.2016].

[35]*Vide* a decisão da Comissão Europeia, de 18 de Fevereiro de 2010, COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*. Texto disponível em versão electrónica em: http://www.ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf [consultado em: 24.07.2016].

[36]Ao tempo do início das investigações ao eventual abuso da posição dominante da Google, despoletadas pela Comissão Europeia.

buscas na Europa beneficia de uma quota de mercado de 95%[37]. Concomitantemente, a quota de mercado da publicidade em linha, associada à pesquisa é equivalente[38].

Conquanto, neste contexto, a posição dominante não pode ser aferida somente pela quota de mercado que a empresa dispõe, *"pois está permanentemente exposta ao risco da entrada de novos concorrentes que venham a desenvolver outras tecnologias mais inovadoras e eficientes e que, assim, possam atrair* [para os] *seus usuários e assumir sua parte no mercado"*[39]. Assim, devem ser tidos em conta outros fatores, designadamente os efeitos de rede ou economias de escala capazes de pender o mercado para uma determinada plataforma[40].

Para o efeito, salienta-se uma técnica usada pelo Google: a pesquisa associada a um padrão de procura – a qual poderá produzir efeitos indesejados no mercado. Esta forma de pesquisa torna-se mais apelativa para o usuário[41], realidade que o Google tem em boa consideração – alocando fortes investimentos para este âmbito[42]. Esta estratégia, caso obtenha bons resultados, pode ter efeitos indesejados, designadamente os *"efeitos de rede decorrentes do acumulo de informação sobre o comportamento dos usuários absorvidos pelo motor de busca"*[43].

Com este mecanismo, quanto maior for o número de pesquisas, maior será a informação sobre as preferências dos usuários retida pelo motor de busca, os quais podem adaptar e melhorar os seus logaritmos de busca, fornecendo resultados mais exatos, próximo dos desejados pelo usuário. A progressiva evolução dos motores de busca promove resultados de maior qualidade, os quais são apreendidos directamente pelos usuários, atraindo, consequentemente, um maior número de utilizadores. Esta vantagem do Google torna-a atrativa para os anunciantes, podendo, através desta plataforma, recorrer à base de dados das preferências dos usuários para direcionar a sua política de *marketing*.

Esta conjuntura torna o Google uma ferramenta publicitária imprescindível, conforme salienta a Comissão Europeia na decisão do caso COMP/M.5727 – *Microsoft / Yahoo! Search business*[44], considerando igualmente que os outros motores de busca – concorrentes da Google – não dispõem de volume de tráfego suficiente para ser uma forte alternativa e concorrência. Neste contexto, os custos associados à manutenção de uma plataforma deste tipo são suportados pelos anúncios publicitários associados à pesquisa, sendo o Google detentor da maior parte da quota de mercado.

---

[37]*Vide" Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for competition policy Com-petition in Digital Media and the Internet UCL Jevons Lecture London, 7 July 2010"*, disponível em: http://www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/365[consultado em 24.07.2016]

[38]*Vide* a decisão da Comissão Europeia, de 18 de Fevereiro de 2010, COMP/M.5727 - *Microsoft/Yahoo! Search Business*. Texto disponível em versão electrônica em: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf

[39] SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.,* p. 255.

[40]Cfr. *últ.ob cit*., p. 255.

[41] Maurice Stucke" *Behavioral Antitrust and Monopolization*", in *Journal of Competition Law and Econom-ics*, vol. 8, n.º 3, p. 556 *apud* SARETTA FERRARI, L., *ob cit.*, p. 255.

[42]Cfr. "*The Default Choice, So Hard to Resist",* The New York Times, 16 de Outubro de 2011, dispo-nívelem: http://www.nytimes.com/2011/10/16/technology/default-choices-are-hard-to-resist-online-or-not.html *apud* SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, p. 255.

[43] SARETTA FERRARI, L., *ob cit*., p. 256.

[44]*Vide* nota pé de página nº 39.

Nesta senda, os efeitos de rede, nos mercados de buscas e publicidade em linha criam entraves evidentes à entrada de novos concorrentes[45], evidenciando a posição dominante da Google nestes mercados, pois *não enfrenta uma pressão concorrencial suficientemente eficaz* e, nessa medida, desfruta de um poder de mercado notável e imbatível.

6. Abuso da posição dominante: análise das situações identificadas pela comissão

O art. 102º do TFUE não proíbe nem sanciona a posição dominante; o que não admite é o abuso desse poder no mercado. Uma prática abusiva pode assumir várias formas e ser descrita sob diversas classificações. O art. 102º TFUE contém um rol *exemplificativo* dessas situações abusivas, perante as quais, a empresa com uma posição relevante, dominante, tem a especial obrigação de as cumprir[46].

Como referenciado, a Comissão destacou quatro comportamentos que se podem consubstanciar em práticas abusivas na acepção do artigo 102º do TFUE, abaixo expostas e analizadas:

(i)Favorecimento dos seus próprios serviços de buscas verticais[47] nos resultados de pesquisas naturais[48]

O Google dispõe, no mercado de buscas universais, uma posição dominante, cuja plataforma é um importante meio de veiculação das buscas verticais, inclusive para os motores de busca verticais de outros concorrentes. Sustenta-se que o Google beneficia os seus serviços de pesquisa vertical exibindo-os numa posição destacada nos resultados naturais, prejudicando, dessa forma, os concorrentes no mercado de buscas verticais.

Contudo, o Google refuta essa manigância, sustentando que é natural que alguns sítios da Internet não figurem no topo das listas de resultados, devido à sua menor qualidade ou (ir)relevância[49]. Esta questão parece ter começado a assumir maior relevância a partir de 2007, quando o Google, através do sistema *Universal Search*[50]*,* passou a avocar os seus produtos aos resultados orgânicos de busca, independentemente do seu algoritmo de pesquisa universal[51].

Os sites especializados em buscas verticais dependem, em grande parte, da sua exposição nos resultados de pesquisas naturais do Google para atrair usuários aos seus serviços. Uma posição privilegiada nos resultados dessa pesquisa assume grande importância, pois tornam-se mais populares, e com isso, aumentam seu tráfego de utilizadores, o que possibilita a atração de um maior número de consumidores e de anunciantes[52]. Desse modo, caso a Google beneficie um dos seus sites de buscas vertical na sua lista de resultados naturais, "*este sítio também*

---

[45]Cfr. *últ. ob. cit*., p. 259.

[46]*Vide* neste sentido o Ac. do TJ de 9 de Novembro de 1983, Michlin v. Comissão, proc. 322/81, considerando 57.

[47] A busca vertical permite uma maior focalização nos conteúdos, voltados apenas para temas específicos. A intenção dessa modalidade de busca é a qualidade dos resultados.

[48]O mesmo é dizer pesquisas gratuitas.

[49]Cfr."*Competition in a instant",* disponível em: http://www.googlepublicpolicy.blogspot.pt/2010/09/competition-in-instant.html, [consultado em 20.07.2016].

[50] Este sistema permite incluir numa lista de resultados orgânicos uma mescla de outros resultados especializados, *vide* neste sentido: http://www.googleblog.blogspot.pt/2007/05/universal-search-best-answer-is-still.html, [consultado em 20.07.2016].

[51]Cfr. SARETTA FERRARI, L., *ob. cit.*, p. 262.

[52]*Ibidem*, p. 263.

acabará por alcançar uma melhor posição nas listas de resultados naturais de outros motores de buscas globais como o Yahoo! *ou o* Bing*"*[53].

Com efeito, o Google alarga o seu poder de um mercado em que é dominante para outro mercado que via de consequência acaba por dominar, ou seja, do mercado de buscas naturais para o mercado de buscas verticais. Ora, o mercado de buscas naturais é indispensável para o mercado de buscas verticais, sendo o Google quem detém o controlo desse mercado pode-se deduzir que manipula os resultados de busca, de forma a *privilegiar os seus serviços* de pesquisa vertical[54].

Uma outra situação prende-se com o efeito defensivo da extensão da posição de domínio em um mercado para outro[55], ou seja, para reforçar a sua posição no mercado de buscas universais promove a *eliminação da concorrência* no mercado de buscas verticais. Nesta situação, o tratamento diferenciado (quanto ao posicionamento menos destacado dos resultados de buscas universais de serviços de buscas verticais concorrentes localizados num mercado distinto) em benefício dos seus próprios produtos (e se considerarmos o serviço de pesquisa universal da Google indispensável à prestação dos serviços de busca vertical) pode enquadrar-se num comportamento *anticoncorrencial* devido ao tratamento discriminatório que lhe é dado.

A despeito de tudo o que foi dito, caso o Google, através do seu serviço de busca universal, disponha os seus serviços de busca vertical numa posição privilegiada, fruto da sua relevância e não na manipulação dos resultados de pesquisa, não podemos dizer que há um comportamento discriminatório e abusivo para efeito do art. 102º do TFUE.

(ii) Apropriação não autorizada de conteúdos de sites *de motores de busca verticais de concorrentes*

Uma outra prática anticoncorrencial identificada pela Comissão é a apropriação pelo Google de conteúdos dos *sites* de busca verticais de outros concorrentes, aproveitando-se indevidamente dos esforços realizados por estes. Esta prática reduz a promoção de novos investimentos e inovação, de forma a gerar prejuízos aos consumidores. Assim sendo, este comportamento enquadra-se na previsão estatuída na alínea *b* do artigo 102º do TFUE.

Esta prática pode ter como consequência a eliminação da concorrência nos mercados de busca verticais pela redução do fluxo de usuários, afetando a estrutura da concorrência nestes mercados[56]. Contudo, não se pode deixar de referenciar que há propostas para uma solução alternativa, que seria o enquadrando deste comportamento na disciplina da concorrência desleal[57], visto que o ato em causa é suscetível de criar confusão nos usuários quanto à origem do conteúdo, com claro intuito de desviar a clientela dos concorrentes.

(iii) Acordos de exclusividade com sites *parceiros aos quais fornece anúncios publicitários associados à pesquisa em linha*

---

[53] *Ibidem*, p. 263.

[54] Situação análoga ao Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3 de Outubro de 1985, *SA Centre belge d'études de marché - télémarke-ting (CBEM) c. SA Compagnieluxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Informationpublicité Benelux (IPB)*, proc. 311/84.

[55] Cfr. LUCAS SARETTA FERRARI, *ob. cit*., p. 264.

[56] Esta hipótese é enquadrada, pela jurisprudência, no artigo102º, al.*b)* do TFUE.Cfr. Acórdão TJUE de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-LaRoche/Comissão*, 85/76, considerando 125.

[57] Cfr. SARETTA FERRARI, L., *ob cit*., pp. 268 e ss.

O Google detém uma posição relevante no mercado da intermediação de publicidade associada à pesquisa em linha, e se não dispor de uma posição dominante naquele mercado isoladamente, detém-na no conjunto de mercados (mercado de pesquisa global e o mercado da publicidade em linha). Esta tese foi adotada no caso *Tetra Pak II*[58]*,* no qual, perante contornos análogos, se sustentou a aplicação do art. 102º do TFUE. Nesta senda, a celebração de acordos de exclusividade no fornecimento de publicidade com *sites* que dependem da plataforma de pesquisa global do Google pode enquadrar-se num *abuso de posição dominante*e, além do mais, não se vislumbra qualquer benefício para consumidor com a celebração de tais acordos, não beneficiando do regime previsto no Regulamento (CE) 330/2010[59].

O principal objetivo destes acordos parece ser a eliminação da concorrência no mercado de intermediação publicitária e a concomitante absorção de todo o mercado de buscas globais. Uma vez que os outros concorrentes dependem dos anúncios publicitários para sustentarem as suas despesas com a manutenção dos serviços de busca global, a detenção da quota majoritária do mercado de intermediação publicitária teria como consequência (ainda que indirecta) a aniquilação da concorrência daquele mercado de buscas.

Premissa relevante para inferir esta realidade é o facto do fornecimento dos anúncios relacionados com a pesquisa em linha do sistema *AdSense*ser acompanhado de uma disponibilização de caixas de pesquisa personalizadas para utilização nos *sites* parceiros. A exclusividade imposta pelo Google impossibilita que motores de buscas concorrentes distribuam as suas caixas de pesquisas para esses *sites*, inviabilizando a promoção dos seus conteúdos, e, em consequência, o fluxo de usuários diminui[60], dificultando o desenvolvimento do seu motor de pesquisa.

(iv) Restrições à portabilidade de dados relacionados com a publicidade em linha

O último tópico referenciado pela Comissão, que poderia configurar uma situação abusiva de posição dominante é a imposição de restrições contratuais a programadores informáticos que utilizem os recursos de interoperabilidade do seu sistema *AdWords*, proibindo-os de disponibilizar ferramentas que permitam aos anunciantes a transferência de dados de campanhas publicitárias desse sistema para plataformas concorrentes[61].

Esta restrição de portabilidade tem um efeito negativo para os anunciantes, uma vez que são obrigados a configurar separada e manualmente as suas campanhas publicitárias, dificultando sobretudo a sua administração. Todas estas dificuldades na transposição de dados da plataforma do Google para outras visam promover uma concentração de campanhas publicitárias numa só plataforma, passando os concorrentes da Google a receber menos anunciantes – menos financiamento –nas suas plataformas de publicidade associada à pesquisa em linha.

Destarte, a conduta do Google em restringir a portabilidade dos dados de campanhas publicitárias do seu sistema *AdWords*cria evidentes dificuldades à entrada no mercado de buscas e de publicidade associada à pesquisa em linha de novos concorrentes, *eliminando* por outro lado a concorrência já existente,

[58]Cfr. Acórdão TJUE, 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak c. Comissão, proc. C-333/94, considerando 31.
[59]O presente regulamento prevê a celebração de determinados acordos verticais e práticas concertadas.
[60]Cfr. *últ. ob. cit*., p. 272.
[61]*Ibidem*, p. 273.

reforçando a sua posição de domínio no mercado de pesquisa em linha, portanto, violando o disposto no art. 102º do TFUE.

7. Reflexões finais

O mercado digital assume uma relevância importante nos nossos dias. Em tempos pretéritos havia dificuldade em enxergar isso. Atualmente, as tecnologias de informação e da comunicação (TIC) estão inseparavelmente ligadas a todos os aspectos da vida contemporânea. É, de resto, o mercado com maior número de *consumidores* (*lato sensu*) e com uma dinâmica empiricamente incalculável e infinita (podemos anunciar, comprar, vender, reclamar, profissionalizar, sociabilizar, entre outros.). Nessa medida, concorrem enormes desafios para a *agenda digital*, no que diz respeito à concorrência.

A política da concorrência na UE assume uma enorme importância na efetiva concretização do mercado interno, sendo um esteio da própria "construção europeia" – e condição de toda a política econômica da União. Os "novos mercados", com atrações evidentes, ostentam serias dificuldades, designadamente na definição de mercado relevante, em que a Comissão Europeia tem dado resposta de forma salutar[62].

O estabelecimento de uma efetiva concorrência, independentemente do mercado é fundamental para manter um fluxo transacional de produtos e serviços equilibrado, para benefício dos consumidores. Assim deve ser no mercado tradicional, como no *mercado digital*, garantindo a possibilidade de entrada de novos concorrentes nesse mercado com fito de promover o desenvolvimento tecnológico. Em suma: diligenciar sempre no sentido de garantir um mercado concorrencial.

A política da concorrência da UE tem um papel importante e decisivo para ajudar a Europa a sair da crise melhor preparada para um crescimento mais equilibrado e sustentável, no qual se as empresas não possuírem tecnologia e capacidade de aliar produção, qualidade e preço, não possuem oportunidades de concorrência e sobrevivência, visto a voracidade do mercado financeiro global.

Referências Bibliográficas:

DE CAMPOS, M., DE CAMPOS, J. L., PINTO PEREIRA, A., "*Manual de Direito Europeu"*, 7ª edição, Coimbra Editora, 2014.

ENGRÁCIA ANTUNES, J., "O*s Grupos Societários no Direito da Concorrência*", AAVV in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier, Ed. Almedina, 2013.

GORJÃO-HENRIQUES, M., "*Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense"*, Ed. Almedina, 2013.

GORJÃO-HENRIQUES, M., "*Direito da União"*, 6ª Edição, Ed. Almedina, 2010.

LEITÃO MARQUES, M., "*Concorrência – Estudos"*, Ed. Almedina, 2006.

MACHADO, J., "*Direito da União Europeia"*, 2ªEdição, Coimbra Editora, 2014.

MOURA SILVA, M., "*O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia"*, Ed. Almedina, 2010.

MOURA SILVA, M., "*Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino"*, Almedina, 2009.

MOURA SILVA, M., "*Direito da União Europeia – Jurisprudência Essencial",* AAFDF, 2007.

PORTO, L. y ANASTÁCIO, G., *"Tratado de Lisboa Anotado e Comentado"*, Ed. Almedina, 2012.

[62] *Vide* os casos *Google/DoubleClick* e *Microsoft/Yahoo! Search Business.*

QUADROS, F., "*Direito da União Europeia"*, 3ª Edição, Ed. Almedina, 2013.
SARETTA FERRARI, L., "*Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?"*, in Revista de concorrência e regulação, Ano IV, n.º 14/15,Abr/Set - 2013.

Abreviaturas:

UE – União Europeia
TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia
CEE – Comunidade Econômica Europeia
TJUE – Tribunal de Justica da União Europeia
PME – Pequena e Média Empresa
CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE – Comissão Europeia
PE – Parlamento Europeu

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 369-396
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La protección de datos en el sector audiovisual

The protection of data in the audiovisual sector

VÍCTOR SEISDEDOS POTES[1]
MARIO DE LA PEÑA TRIGUERO[2]
Universidad de León (España)
Universidad Carlos III (España)

Sumario: 1. Planteamiento inicial. 2. El manejo de datos personales en el sector audiovisual. 3. Uso de imágenes en Televisión. 4. Referencia a las obras fotográficas. 5. Problemas con la "*Connect TV*". 6. Concursos, juegos y sorteos de televisión. 7. Resoluciones aplicables al sector audiovisual. 8. Conclusiones finales. 9. Bibliografía

Resumen: Se trata de analizar el tratamiento de datos personales en el sector audiovisual, en especial al uso de imágenes en televisión, obras fotográficas, analizando toda la problemática en la "*Connect TV*", siempre bajo un prisma práctico siguiendo las principales resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos.

Palabras clave: Protección de Datos. Sector audivisual. Connect TV. Tratamiento de datos en juegos de azar.

Abstract: It is analyzing the processing of personal data in the audiovisual sector, especially the use of images on television, photographic works, analyzing all the problems in the "Connect TV", always a practical prism following the main resolutions of the Spanish Agency data Protection.

Key words: Data Protection. Audiovisual Section. Connect TV. Data processing gambling

1. Introducción

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA), indica en su artículo 3 que el ámbito de aplicación de la misma está sujeta ante los servicios de comunicación audiovisual que se encuentren en España, y por extensión (en su artículo 2) define a los servicios de comunicación audiovisual como aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicación electrónicas, programas con objeto de informar entretener o educar al público general, así como emitir comunicaciones comerciales.

---

[1] Doctorando en Derecho en la Universidad de León; Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III de Madrid (España), Licenciado en Derecho y abogado.

[2] Máster en Derecho de las Telecomunicaciones. Universidad Carlos III de Madrid (España); Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid; abogado.

Asimismo, la LGA reconoce el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural (artículo 4) con una programación que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía (artículo 5), siempre bajo una óptica de una comunicación audiovisual transparente (artículo 6), todo ello siempre centrado en proteger al consumidor o usuario final.

Asimismo, la Ley de Propiedad Intelectual entiende por obra audiovisual "*las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras*".

A nuestro juicio, la ley es lo suficientemente amplia para incluir en su seno a las nuevas formas tecnológicas de obras expresadas por imágenes y sonidos que han ido apareciendo en el mundo audiovisual. Por lo tanto, cualquier obra multimedia en la que se incluyan contenidos audiovisuales deberá tener presente la normativa que se establecerá en el presente informe.

A lo largo de este informe se centrará el foco en justamente la protección del usuario en su vertiente de los datos personales. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (en adelante LOPD) tiene por objeto garantizar y proteger los datos personales, así como las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas que se deriven de dichos datos personales (artículo 1 y 2 LOPD). Es por ello, que el sector audiovisual no está exento de ello.

No son pocos los casos que existen sobre la práctica de confrontación de derechos emanados de relaciones contractuales del sector audiovisual, propiedad intelectual, privacidad, competencial, entre otros, que chocan con el derecho de protección de datos. Es por ello que este informe tratará de traer a colación a través de en casos prácticos los problemas que se emanan sobre el tratamiento de datos personales en un ámbito plural y diverso del sector audiovisual.

2. Manejo de datos personales en el sector audiovisual (consentimiento y derechos ARCO)

En primer lugar es esencial intentar definir lo que entendemos por sector audiovisual. Si bien, la definiciones altamente compleja, la LGCA no nos ofrece ninguna pista al respecto. En este *macrosector* podríamos incluir debemos incluir a tres sectores: (1) empresas productoras – ejerciendo acciones de producción y posproducción de contenidos (tales como contenidos cinematográficos, eventos deportivos y/o espectáculos), empresas comercializadores de derechos, y otros eventos de entretenimiento); (2)

radiodifusores; y finalmente (3) operadores de telecomunicación – ejerciendo acciones de distribución de dicho contenido (aquí podríamos incluir internet y/u otros análogos sistemas en redes de comunicación, así como sistemas basados en soportes físicos)[3]. No obstante, este esquema se ha visto altamente criticado por la doctrina, indicando que el sector audiovisual "clásico" puede catalogarse como aquel que está compuesto por servicios de difusión tradicionales (radio y televisión), así como la televisión emitida por cable o codificada (es decir, televisión de pago).

Sea como fuere, la definición del ámbito del sector audiovisual no es del todo necesaria a expensas del presente trabajo. A lo largo de este informe, cuando hacemos alusión al sector audiovisual, entendemos (dadas las nuevas y diversas modalidades de producción, distribución de los contenidos) a un sector audiovisual *no clásico*, dado que las nuevas tecnologías están cogiendo cada día más relevancia y fuerza.

Generalmente y con carácter previo al inicio de una producción audiovisual, las productoras de televisión solicitan, a todos aquellos que vayan a aparecer delante de las cámaras, el consentimiento expreso tanto para la captación y difusión de su imagen, voz, nombre y apellidos y demás datos que pudieran ser recogidos con ocasión de la grabación del programa como, para la cesión en exclusiva y con facultad de cesión a terceros de los derechos de explotación derivados de la eventual participación en el programa.

De igual modo, se informa al interesado de que se van a ceder sus datos a la cadena de televisión que va a emitir el programa y la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los mismos, en cumplimiento con la normativa de protección de datos.

La firma de dicho documento supone que si bien, según establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, dichos derechos son irrenunciables, no existe intromisión ilegítima en dicho ámbito al existir consentimiento expreso por parte de su titular. Asimismo, la existencia de dicho consentimiento, otorga seguridad a quienes van a invertir en la producción audiovisual es decir, a productoras y televisiones, toda vez que dicha Ley Orgánica establece que si bien, el titular puede revocar en cualquier momento su consentimiento, éste deberá indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

---

[3] Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones."*El Sector Audiovisual y su evolución*". 2005. P. 9 y 10. Disponible en: https://coit.es/descargar.php?idfichero=425

Por otro lado, en lo que respecta al derecho a la cancelación de los datos de carácter personal que señala la normativa de aplicación (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha Ley Orgánica) debemos tener en cuenta en términos generales que:

(i) El ejercicio de este derecho por parte de su titular dará lugar a que se supriman los datos que éste solicite ello, sin perjuicio del deber de bloqueo que supondrá que los datos deban conservados únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante la prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a su supresión.

(ii) No se puede exigir contra prestación alguna por el ejercicio de dicho derecho

(iii) El responsable del fichero (que normalmente será la productora audiovisual, que es quien recaba los datos en primera instancia) deberá resolver la solicitud de cancelación en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud.

(iv) Si los datos cancelados hubieran sido cedidos previamente (por ejemplo, a la cadena de televisión que vaya a emitir el programa) el responsable del fichero deberá comunicar dicha cancelación al cesionario, en idéntico plazo, para que a su vez, también en el plazo de diez días, proceda a cancelar dichos datos

Por tanto, si aquel titular de los datos que dio su consentimiento expreso para la captación y difusión de su imagen, voz, etc., revoca su consentimiento expreso para la utilización de los mismos, se podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados en los términos señalados en la Ley Orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen sin embargo, desde la óptica de la normativa de protección de datos, si dicho titular solicita la cancelación de sus datos, se tendrán que cancelar los mismos de forma gratuita en unos plazos muy breves.

El último supuesto puede parecernos un tanto inviable, por la situación en la que dejaría a las empresas del sector audiovisual sin embargo, la Agencia Española de Protección de Datos ya se ha pronunciado al respecto en un supuesto de estas características.

En este sentido (pese a que posteriormente explicaremos en profundidad los derechos ARCO), en su Resolución número 3169/2012 la Agencia Española de Protección de datos (AEPD) analizó la denuncia de una persona que solicitó a la productora la cancelación de las imágenes correspondientes a su enfermedad y proceso quirúrgico y ello, a pesar de que con carácter previo había firmado una autorización en virtud de la cual le cedía en exclusiva, "*con facultad de cesión en exclusiva a terceros, para todo el mundo y por el plazo máximo que la ley otorga, los derechos de imagen y voz que pudieran corresponderle por su intervención, así como los derechos de fijación, reproducción, comunicación pública, distribución u transformación por cualquier procedimiento técnico*".

La productora, siguiendo los plazos y demás obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos, anteriormente mencionadas, procedió a cancelar los datos y a comunicar dicha cancelación al interesado. Sin embargo, unos meses después el programa fue nuevamente emitido sin que la productora pudiera acreditar que había cumplido con la obligación de comunicar la cancelación efectuada, a la cadena de televisión para que a su vez ésta procediera a actuar en el mismo sentido.

Finalmente y aún a pesar de que la propuesta de resolución del expediente solicitaba imponer a la productora una multa de 40.001, la Agencia Española de Protección de Datos impuso a la productora una multa de 3.000, atendiendo a los criterios de graduación de las sanciones previstos en la LOPD.

En conclusión, si una persona solicita la cancelación de sus datos en virtud de la normativa en materia de protección de datos, aún a pesar de que previamente haya autorizado expresamente la utilización de los mismos, las productoras y cadenas de televisión deberán cancelar dichos datos de forma gratuita, ello supone que una vez realizada la grabación, editado el video y en general, creado el programa nos encontremos con que es posible que no se puedan emitir. Ahora bien, ello no impide que dichas entidades puedan acudir a jueces y tribunales y solicitar la indemnización por daños y perjuicios, incluida las expectativas justificadas, prevista para la revocación del consentimiento en la Ley Orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En conexión a este último punto sobre el derecho de cancelación, si hay un abanico básico sobre el que se ha de primar la Ley Orgánica de Protección de Datos, es sobre los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Todos estos derechos –junto con el de información- son derechos que ostentan todas las personas que garantizan el tratamiento legítimo de los datos personales.

En primer lugar, el derecho de información, es aquél que ampara a que en el momento en que se procede a la recogida de los datos personales, el interesado sea informado previamente de modo expreso, preciso e inequívoco de, entre otros, la existencia de un fichero, de la posibilidad de ejercitar sus derechos (con especial énfasis a los Derechos ARCO) y del responsable del tratamiento. Está recogido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Artículo 5.1 de la LOPD

1. *Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*

a. *De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*

b. *Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*

c. *De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*

d. *De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*

e. *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*

En segundo lugar, el derecho de acceso (artículo 15 de la LOPD y artículo 27 RLOPD), es el aquel que permite al ciudadano conocer y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, es decir, que toda persona física pueda controlar por sí mismo el uso que se hace de sus datos personales, y en particular, el derecho a obtener información sobre si éstos están siendo objeto de tratamiento y, en su caso, la finalidad del mismo, así como la información disponible sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.

Artículo 15 de la LOPD

1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

2. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos.

3. El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo podrá ser ejercitado a intervalos no inferiores a doce meses, salvo que el interesado acredite un interés legítimo al efecto, en cuyo caso podrán ejercitarlo antes.

En tercer lugar, el derecho de rectificación (artículo 16 de la LOPD y artículo 31 del RLOPD) se caracteriza porque permite corregir errores, modificar los datos que resulten ser inexactos o incompletos y garantizar la certeza de la información objeto de tratamiento.

Artículo 16.2 de la LOPD

Serán rectificados o cancelados, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

En cuarto lugar, el derecho de cancelación (artículo 16 de la LOPD) permite que se supriman los datos que resulten ser inadecuados o excesivos sin perjuicio del deber de bloqueo recogido en la LOPD, que en virtud del artículo 16.3 de la LOPD deberá únicamente conservarse a disposición de la Administración (véase ejemplo anteriormente explicado).

Artículo 16.3 de la LOPD

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión

Finalmente, el derecho de oposición (artículo 34 del RLOPD) es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo.

Artículo 34 del RLOPD

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento.

Tras ver una definición de los derechos ARCO (así como el derecho de información), se ha de establecer que en todos los ámbitos del sector audiovisual, se reconoce estos derechos. Asimismo, en la práctica, en el uso de un contrato de producción se recogen datos personales de las partes firmantes al

mismo, pudiéndose ejercitar cualquiera de estos derechos con los plazos legalmente fijados indistintamente de las fases de ejecución de la obra audiovisual.

En la diversidad de contratos que rigen el sector audiovisual (contrato de producción, de coproducción, de coproducción internacional, de edición, etc.) es frecuente el manejo de datos de carácter personal. Por ello, siguiendo el principio de información (artículo 5.1 LOPD) y de calidad del dato (artículo 3 LOPD), se incluye una cláusula de tratamiento de datos de carácter personal.

Ejemplo de cláusula a incluir en los diversos contratos

Todos los documentos, informaciones, acuerdos, contratos y precontratos, quedando incluidos los correos electrónicos y todo tipo de comunicaciones para la realización de este contrato, así como cualquier conocimiento o información que pudiera tenerse sobre cualquiera de las dos partes o sus actividades son información completamente confidencial, por lo que deberá ser tratada con el más absoluto de los secretos, aun extinguida la relación contractual.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que sus datos personales quedarán incorporados y serán tratados en los ficheros del _____ (modalidad del contrato, por ejemplo EDITOR) y del AUTOR, con el fin de poder mantener la presente relación contractual. Le informamos de la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre sus datos de carácter personal solicitándolo por escrito junto a una fotocopia de su DNI en la siguiente dirección indicada en la cabecera del presente contrato.

3. Uso imágenes en Televisión

Otro de los sectores donde la protección de datos se ve más afectada son los usos de imágenes en los medios de radiodifusión (en especial con la Televisión). A continuación, establecemos, a través de la jurisprudencia, un análisis pormenorizado de los ejemplos que a nuestro juicio resultan más ilustrativos en esta materia:

1. El Procedimiento de Tutela de Derechos TD/00535/2006 (iniciado por pretendida audiencia de atención a los derechos de acceso, cancelación y rectificación de datos de carácter personal de los

reclamantes, aunque también se incluían valoraciones sobre la posibilidad de usar las imágenes en los medios y si para esto es preciso la solicitud de autorización] y sancionador E/01177/2006 (por supuesta vulneración de los artículos 6, 7 y 11 de la LOPD). Es importante considerar la particularidad de que en este caso las imágenes habían sido tomadas de internet, pero que posteriormente habían sido manipuladas. Ambos procedimiento fueron archivados mediante resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 22 de agosto de 2007.

Frente a esas resoluciones de archivo se interpone por los reclamantes recurso contencioso-administrativo especial para la defensa de sus derechos fundamentales, siguiéndose el mismo con el número de procedimiento 1/2007 ante la Sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Ese recurso se resolvió mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 1 de octubre de 2008, por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por los reclamantes, manifestando la Sala que la resolución de archivo de actuaciones dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 22 de agosto de 2007 no estaba suficientemente motivada.

Ese criterio es confirmado por la Sección séptima de la Sala tercera de Tribunal Supremo, de fecha 16 de diciembre de 2010, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional, y en la que se ordena "*la retroacción y dejando la sentencia libertad a la hora de apreciar, o no la existencia de vulneración de la Ley orgánica 15/1999, cualquier valoración incidental de la sentencia lo es a los efectos exclusivos de demostrar la procedencia de que por la Agencia se realice una mínima actividad conducente a depurar la denuncia formulada*" así como obligando y "*ordenando la retroacción de las actuaciones*" pero *"dejando plena libertad la administración a la hora de sancionar o no*" (fundamento de derecho sexto de esa Sentencia, página 8 de la misma).

2. De esa resolución judicial resulta la incoación de un segundo expediente sancionador (PS/00572/2011) frente al medio por presunta infracción del artículo 4.3 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que señala en su apartado c) que "*los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado"*, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma que considera como tal "*tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con*

conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave", pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 € a 300.000 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada LO, según la redacción dada por la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de Economía Sostenible y de aplicación en virtud con los establecido en el art. 182.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

Dicho procedimiento se archiva mediante Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 7 de junio de 2012, al entender la AEPD que las infracciones imputadas estaban prescritas.

Frente a esa resolución se ha interpuesto por los reclamantes un segundo procedimiento contencioso, cuya sentencia está pendiente de resolución.

3. Finalmente, y en cuanto a las valoraciones sobre la necesidad, o no, de recabar el consentimiento de los titulares de los datos (imágenes), para su uso en tv, construimos una teoría en base contenido del considerando 17 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y la libre circulación de mercancías, que establece que "*en lo que respecta al tratamiento del sonido y la imagen aplicados a fines periodísticos o de expresión literaria o artística, en particular en el sector del audiovisual, los principios de la Directiva se aplican de forma restringida, según lo dispuesto en el art. 9*", así como en base al contenido de ese art. 9 ("*tratamiento de datos personales y libertad de expresión*", establece que "*en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV, y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la media en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión*"). Igualmente sostenemos que aunque la LOPD no establece ninguna previsión específica al respecto (ni el Reglamento tampoco), siendo un derecho del art. 18 CE enfrentado a un derecho del art. 20, serían igualmente aplicables, por analogía, los principios generales contenidos en el art. 20 CE, y la misma encontró el respaldo de la AEPD.

4. Referencia a las obras fotográficas

Tal como hemos visto anteriormente, la importancia de la LOPD sobre los diversos sujetos que intervienen en el sector audiovisual, se proyectan sobre los Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

En clara conexión con este punto, es inexcusable conectar estos derechos sobre las obras fotográficas. Pese a que puramente su conexión clara está con la propiedad intelectual, no es infrecuente la difusión a través de medios audiovisual (tal como veremos en el anterior punto), de ahí que sea esencial hablar sobre los derechos de propiedad intelectual, conectado con la protección de datos y la comunicación audiovisual.

Pues bien, para no teorizar en exceso consideramos esencial establecer un caso puramente práctico: supongamos que un caso hipotético que podría ser perfectamente válido. Un fotógrafo profesional, el cual guarda un libro o *book* (conocidos bajo ésta última nomenclatura inglesa) de fotos que ha tomado a una serie de modelos (pudiendo ser profesionales o no) el cual es difundido a través de medios audiovisuales (televisión o internet – bajo una proyección extensiva de la definición de sector audiovisual-)

En virtud de la LOPD (en sus artículos 15 y 16) se les reconoce tanto el Derecho de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición. No obstante, si hay un derecho que trae mayor problemática en este supuesto es el derecho de cancelación. Por ejemplo, ante una eventual solicitud de una de las modelos para la supresión y / o destrucción de una fotografía incluida en el *book* traería una confrontación entre dos normativas distintas: la propiedad intelectual (con su máximo exponente normativo: la Ley de Propiedad Intelectual), confrontando con la protección de datos (con la Ley Orgánica de Protección de Datos). En particular, con el derecho del autor sobre su obra, reconocido en la Ley de Propiedad Intelectual (y, en particular, en los artículos 1, 2, 4, 10.h, 14 y 17). Por otro, con el de cancelación de los datos de carácter personal reconocido en el artículo 16.1 LOPD y el 23 del reglamento.

Aunque recientemente, la Sentencia del STUE de 29 de enero de 2008 (Caso Promusicae – Telefónica) resolvió sobre un caso similar de confrontación de estos dos derechos, consideramos que en el caso que estamos analizando sí pueden encontrarse ambos derechos por medio de una reinterpretación del artículo 3b del reglamento: *"Cancelación: Procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles*

responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos".

Trayendo a colación la interpretación de la doctrina, podemos indicar los siguientes matices sobre este artículo 3b del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos:

(1) El legislador ha querido dar preferencia a la aplicación del derecho de protección de datos, determinando que en todo caso los datos han de ser finalmente suprimidos tras concluir el periodo de bloqueo.

(2) Dicho bloqueo de los datos de carácter personal tiene lugar cuando del tratamiento de los datos hubieran nacido responsabilidades, es decir, cuando la destrucción de los datos pudiera vulnerar derechos de terceros surgidos del tratamiento, se adoptará siempre la medida del bloqueo.

En el caso de obras fotográficas, la recogida de datos se produce en el momento de la captura de la imagen, siendo todo el proceso posterior a éste, parte del tratamiento (revelado, reproducción, visionado, venta, exposición, etc.). Precisamente, del tratamiento del dato surge el derecho de propiedad intelectual del autor sobre su obra, es decir, primero surge la protección de los datos personales (a través de la Ley Orgánica de Protección de Datos) y posteriormente el derecho de autor (a través de la Ley de Propiedad Intelectual). Ante una solicitud de una modelo solicitando el ya indicado derecho de cancelación de un dato de carácter personal en forma de imagen (artículo 5.f RLOPD), se debe aplicar, al amparo del 5.b del RLOPD, la figura del bloqueo hasta que deje de existir el conflicto de derechos): "(…) *la cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales* (…)", así como también del artículo 16.3 de la LOPD: "*la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión*".

En ese momento, si pudiese seguir aplicándose la normativa de protección de datos por existir un derecho de protección de datos, la fotografía tendría que ser destruida. Este momento llegará cuando cese alguno de ellos. Para saber con certeza cuál prevalecerá deberemos realizar una ponderación de

derechos, necesitando obligatoriamente que analizar cuál de los dos derechos propiedad intelectual o protección de datos, desaparece primero:

(1) Derecho de propiedad intelectual:

- Derechos patrimoniales: toda la vida del autor y setenta años más después de su muerte (según el cómputo general del artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual).
- Derechos morales: algunos se extinguen con la muerte del autor pero otros perduran para siempre, unidos a la obra.

(2) Derecho de protección de datos: prevalece durante toda la vida de la persona física (ámbito objetivo de aplicación de la LOPD y su Reglamento). La normativa de protección de datos no es aplicable a las personas fallecidas, por lo que su derecho se extingue (artículo 2 del RLOPD: "*este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos*").

Por tanto, tras este análisis a través de la ponderación de los derechos podemos concluir que: mientras el Derecho de Propiedad Intelectual puede llegar a durar eternamente, el de protección de datos desaparece con el fallecimiento de su titular. Así pues, el fotógrafo profesional, deberá bloquear la fotografía hasta que desaparezca el conflicto de derechos (ese momento llegará con el fallecimiento de la modelo). Durante ese tiempo la fotografía deberá permanecer inaccesible. De esta forma se respeta el derecho de la titular de los datos y no se dañan -en exceso- los del autor.

Aclaración: tras la muerte de la modelo, cabría considerar por parte de sus herederos si el desbloqueo de los datos vulnera el derecho fundamental al honor del 18 de la Constitución.

5. Problemas de privacidad en la "Connect TV"

Al hablar de la protección de datos en el sector audiovisual es necesario conectarlo con la privacidad de los actuales nuevos modelos de televisores conectados a internet (también conocidas como "*Smart TV"*).

Continuando con la dinámica del trabajo, es esencial realizar la explicación siguiendo un ejemplo práctico. Actualmente, leyendo las condiciones del usuario de estas televisiones conectadas a internet, podemos la ausencia total de privacidad sobre el usuario final. Por ejemplo, en la televisión conectada

de la marca LG, podemos observar que nos van ofreciendo anuncios en función de los nuestros gustos. Lógicamente, para que te ofrezcan esos anuncios está fuera de toda duda jurídica y/o tecnológica que previamente deben haber recopilado cierta información de cada cliente, realizada a través de controles de seguimiento.

Aparte de los problemas éticos y de privacidad que conlleva la vigilancia de usuarios y ciudadanos (en este caso, además, el consumidor ha pagado por tener un televisor y no tendría por qué estar obligado a ver anuncios innecesarios), los Smart TV de LG ofrecen una funcionalidad que permite desactivar el sistema de recopilación de datos. El problema es que esta opción está activada por defecto (si el usuario no sabe que existe este sistema, acepta automáticamente enviar sus datos sin previo consentimiento) y, lo que es aún más grave, el televisor sigue recopilando información incluso después de desactivar dicha funcionalidad. Además, no es fácil encontrar esta opción en el menú. Es decir, bajo la óptica de la protección de datos, se está efectuando un tratamiento de protección de datos en virtud del artículo 3.b de la LOPD.

Artículo 3.b LOPD

Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias

Es decir, cada vez que el espectador cambia de canal, el Smart TV registra y envía información acerca de las preferencias del usuario sobre los programas, sus búsquedas y hábitos online (también registra las palabras claves de búsqueda) y otros tipos de datos que podrían ser relevantes para desarrollar anuncios personalizados.

Según el vídeo corporativo de la marca, "*el sistema Smart Ad de LG propone anuncios, por ejemplo, de trajes de hombre para un usuario de sexo masculino, de maquillaje o perfumes para las mujeres. Además, Smart Ad de LG crea unos informes para que los anunciantes puedan verificar la eficacia de sus campañas publicitarias*". Es decir, la marca que vende esta cesión de tu privacidad por funcionalidad, pero sin recabar ni el consentimiento expreso e inequívoco de los usuarios (que por ende son consumidores).

Asimismo, el Smart TV registra toda la información en formato simple y sin encriptación. Tras como hemos visto anteriormente, queda fuera de toda duda la transferencia internacional de datos, y dicha transferencia se hace sin establecer unas medidas de seguridad necesarias que garanticen (si es que es posible) el tratamiento de datos en otros estados fuera del estado de origen.

Otro punto que la doctrina especializada ha criticado es el acceso a los puertos USB de estos televisores. Los televisores conectados (Smart TV) pueden ver los nombres de los archivos que contienen los USB que se conectan a los televisores, de esta forma podría conseguir saber si existe por ejemplo material pornográfico o archivos descargados ilegalmente en el USB.

Ante todos estos problemas de privacidad, ausencia de seguridad y recopilación de datos personales, empresas del sector (véase LG o Samsung) consideran que quien compra un televisor acepta los términos de uso y autorizan a la recopilación de datos. A nuestro juicio, el consumidor es el eslabón más débil de la cadena y poco puede hacer al respecto salvo dejar de comprar estos productos.

Esta era la advertencia que hasta hace unos meses mostraban las políticas de privacidad de Samsung:

"*Por favor, tenga en cuenta sus palabras con información confidencial personal o de otra índole, porque esta información será capturada y transmitida a un tercero para el uso de reconocimiento de voz*"

Ahora las políticas de privacidad son más largas, aunque no necesariamente más claras:

"*Si habilita el reconocimiento de voz, se puede interactuar con su Smart TV con la voz. Para proporcionarle la función de reconocimiento de voz, algunos comandos de voz interactivos pueden ser transmitidos (junto con información de identificación del dispositivo) a un proveedor de servicios de terceros (en la actualidad, Nuance Communications Inc.) que convierte los comandos de voz interactivos a texto en la medida necesaria para proporcionar las características de reconocimiento de voz. Además, Samsung puede recopilar y su dispositivo puede capturar comandos de voz y textos asociados, para poder ofrecer mejoras en las funciones de reconocimiento de voz. Samsung recopilará comandos de voz interactiva sólo cuando usted hace una petición de búsqueda específica para la televisión inteligente haciendo clic en el botón de activación, ya sea en el control remoto o en la pantalla, y cuando habla por el micrófono en el control remoto*"

No está del todo claro si los micrófonos pueden capturar conversaciones que estén sucediendo en el salón. Samsung dice que no "*monitoriza*" lo que se dice en el salón, pero la pregunta sigue siendo si puede grabarlo, aunque sea de forma inadvertida.

Samsung no es la única empresa que escucha a sus usuarios. Microsoft a través de la Xbox One tiene una característica similar y otras empresas del sector como Phillips o la ya citada LG también.

Estas empresas han sido consultadas sobre su política de privacidad por diversas asociaciones de consumidores. El director general adjunto de privacidad de la empresa Rechen Herault recientemente dijo "*Nuance respeta la privacidad de sus usuarios en el uso de datos de voz. Nuestro uso de tales datos se limita al desarrollo y mejora de nuestro reconocimiento de voz y tecnologías de comprensión del lenguaje natural. Como se indica en nuestra política de privacidad, terceros trabajan bajo contrato con Nuance, conforme a estrictos acuerdos de confidencialidad, para ayudar a Nuance a confeccionar y entregar el servicio de reconocimiento de voz, y para ayudar a Nuance a desarrollar, ajustar y mejorar sus productos y servicios. Nosotros no vendemos los datos de voz para marketing o publicidad*"

Samsung reconoció que los dispositivos que cuentan con reconocimiento de voz envían a otra empresa los registros, es decir, están cediendo datos a empresas que se encargan del tratamiento de datos de carácter personal. Véase la importancia que LOPD otorga al contrato de encargado de tratamiento por cuenta de terceros, que aquí es vulnerado por completo.

Anexo de Smart TV - Samsung

"*Para que pueda disfrutar de la función de reconocimiento de voz, algunos comandos de voz podrán transmitirse (junto con información relativa a su dispositivo, como los identificadores del mismo) a un servicio externo que convierte la voz en texto o en la medida necesaria para poder proporcionarle las funciones de reconocimiento de voz*

Debe tener en cuenta que si las palabras que dice incluyen información personal o confidencial de cualquier tipo, esta información se incluirá en los datos capturados y transmitidos a un tercero cuando usted utilice el reconocimiento de voz." Es decir que todo lo que el televisor registre mientras está funcionando el sistema de reconocimiento de voz será enviado a un tercero que el usuario no conoce.

Según este texto, el proveedor del "*servicio externo*" puede identificar el dispositivo y, de esa forma también, podría llegar hasta el usuario o, al menos, su comprador. Tal como hemos visto, están cediendo datos a terceros sin el consentimiento del titular de los datos, conducta estipulada como grave en el artículo 44.3.k de la LOPD (con una sanción de 40.001 a 300.000 euros, según el artículo 45.2 de la LOPD).

Artículo 44.3.k LOPD

k) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave.

En el artículo cinco de la LOPD se indica que "*el tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias*", es decir, que se exige el consentimiento del usuario el cual ha de ser por escrito. Sin embargo, en el artículo sexto, se aclara que "*cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara* (…) *quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios*".

Después de diversas denuncias, LG ha admitido que algunos de sus televisores inteligentes recopilan información sin consentimiento del usuario. Incluso en una respuesta dada por LG al investigador Graham Culey, hacen referencia a que se está preparando una actualización de firmware para corregir lo más pronto posible este problema en todos los televisores inteligentes LG afectados.

6. Concursos, juegos y sorteos de televisión

En el sector audiovisual existen otras cuestiones horizontales relacionadas directamente con el sector. La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) también tiene que velar por la protección de los datos personales ante el uso de éstos por parte de los difusores (o productores relacionados) en el ámbito de concursos y servicios similares que usan la difusión audiovisual clásica como base de la actividad.

Es por ello que la Agencia de Protección de Datos tiene conocimiento de que desde hace años han proliferado en los medios televisivos un gran número de formatos a través de los cuales se recaba la participación pública, lo que en ocasiones puede suponer la recogida indiscriminada de datos personales de la

audiencia. Este tipo de actividades deberían siempre llevar asociado el establecimiento, por parte de todas las entidades implicadas, de las garantías adecuadas que permitan asegurar que el tratamiento de tales datos no menoscaba en el ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental como es el de la protección de sus datos de carácter personal, tal y como lo consagran las sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Agencia Española de Protección de Datos, ha analizado alguno de los ficheros relativos a este tipo de programas. Algunas líneas básicas de esta inspección son que:

- La inscripción de ficheros con datos de concursantes revelaba su intervención en la producción de este tipo de programas, pero también la cesión a terceras empresas para el uso de estos datos para incluirlos en futuros procesos de selección de concursantes.
- En estos ficheros se incluía datos referidos tanto a personas que intervienen de forma presencial como a aquellas otras que participan por vía postal, telefónica (incluyendo el envío de mensajes cortos SMS) o a través de Internet.
- Junto con los programas concebidos fundamentalmente como concursos o juegos de participación de la audiencia, existen otros más generales, de los que se habían declarado ficheros con datos de personas, generalmente niños, asociados para formar parte de clubes promotores de actividades diversas (culturales, deportivas, ocio), los cuales pueden utilizar los datos de los miembros o socios para el envío de publicidad de las entidades patrocinadoras.
- Se consideraron también otros programas que no eran siempre concursos pero que, con el reclamo de un premio a sortear entre los participantes, sondeaban la opinión de la audiencia al respecto de cuestiones diversas, obteniendo para ello sus datos personales (asociados, por tanto, a la opinión manifestada). Algunos de éstos utilizan la vía de los mensajes cortos SMS para obtener estas opiniones.
- En la inscripción de los ficheros relacionados con determinados concursos que implican la convivencia de los participantes se hacía constar que contienen datos de los que la LOPD considera especialmente protegidos, en particular, relativos a la salud y vida sexual.
- La AEPD también detectó que la recogida de estos datos se hacían a través de líneas de tarificación adicional (generalmente 906), siendo estas líneas reguladas la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, del

Ministerio de la Presidencia, de desarrollo, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el título III de la Ley General de Telecomunicaciones. Las líneas de tarificación adicional son atendidas por compañías especializadas en la prestación de servicios de *audiotex*, y que almacenan en sus propios servidores las grabaciones de audio con los datos facilitados telefónicamente. La locución está orientada a que facilite sus datos, los cuales suelen consistir en: nombre y apellidos, número telefónico de contacto, edad y población de residencia, aunque en ocasiones también se recaban datos sobre domicilio, estado civil y número de D.N.I.

- Otras de las vías utilizadas son (aunque ya minoritaria) el envío de mensajes cortos (SMS) a través de telefonía móvil. Al igual que con los servicios de *audiotex*, es generalmente la cadena de televisión la que contrata estos servicios con la compañía titular de un número corto de los denominados "*premium*", que a su vez ha suscrito contrato con las operadoras de telefonía móvil que actualmente disponen de licencia en nuestro país. De esta forma cualquier usuario puede remitir mensajes cortos desde su terminal móvil al citado número, siendo recibidos en la "*plataforma de mensajería*" de la propia titular del número, donde quedan almacenados en función del número telefónico remitente. Esta misma vía se ha utilizado también en alguna ocasión como alternativa para recabar datos de los interesados en participar en el "casting" de un concurso recogiendo datos análogos a los anteriores.
- Asimismo, es esencial hablar del siguiente caso. Una compañía musical, lanzó un concurso (para seleccionar a un presentador) a través de internet. A través de un formulario recababan un extenso número de datos personales (nombre y apellidos, D.N.I., dirección completa, sexo, fecha de nacimiento, número de teléfono, dirección electrónica, características físicas, estudios, profesión, disponibilidad, experiencia televisiva, opiniones y preferencias musicales). Se recogieron más de 12.000 interesados/as en participar en un proceso de selección de presentadores del canal temático asociado al citado formato televisivo. Estos datos sirvieron posteriormente de base para elegir y convocar a los candidatos más idóneos.
- Finalmente, dentro de las iniciativas que tienen mayor implantación en las televisiones (tanto públicas como privadas), cabe

> citar la organización de programas orientados al público infantil, que llevan asociada la creación de un club de socios cuyos fines son la promoción de actividades culturales y de ocio, con la consiguiente celebración de sorteos y concursos entre los miembros del club. Generalmente la inscripción en el club puede realizarse por correo postal, a través de Internet o a través de cupones que aparecen en publicaciones escritas. Se ha observado que en ocasiones los datos del socio se recaban con la intención de ser utilizados con fines comerciales, pero aquí hay que aletarse de la recogida de datos personales de menores (siendo considerados por el artículo 7 de la LOPD como datos especialmente sensibles y teniendo que implantar un nivel de seguridad alto).

En lo relativo a la celebración de los sorteos, generalmente interviene un notario, aunque no siempre de la misma forma. Cuando la participación tiene lugar a través de una línea 906, el notario suele personarse en el lugar en que se han almacenado las grabaciones de audio y el sistema informático facilita "*aleatoriamente*" una relación de posibles ganadores, de la que el notario extrae al elegido. Cuando la participación tiene lugar a través de mensajería móvil, la compañía de servicios remite al notario un soporte informático conteniendo el texto íntegro de los mensajes recibidos y el número de teléfono remitente. Este soporte es posteriormente devuelto a la compañía de servicios para su custodia.

La cuestión que más nos preocupa es que ninguna de las compañías que trabajan en las alternativas anteriores recoge los datos cumpliendo las premisas de la LOPD. Quizá uno de los incumplimientos más generalizados de la LOPD que se han detectado consiste en la incompleta información que se facilita al ciudadano en el momento de recabar sus datos personales. Así, las locuciones utilizadas en los sistemas *audiotex* no incluyen en muchos casos referencias a los extremos previstos en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica (derecho de información al titular de los datos personales). De esta forma, las personas que facilitan sus datos al sistema automático no tienen conocimiento del destino final que se dará a los mismos, tanto si participan en un sorteo como si lo hacen en un proceso de selección de concursantes; y aquí es totalmente esencial recordar que la recogida de datos en estas plataformas supone un tratamiento de datos de carácter personal.

De la misma forma, puede decirse que los mensajes cortos remitidos por teléfono móvil, que se almacenan junto con el número llamante, constituyen en sí mismos datos personales, de acuerdo con la definición incluida en la LOPD,

que comprende *"cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*". Así, el mero hecho de disponer de ese número telefónico permitiría al destinatario del mensaje determinar quién ha manifestado una determinada preferencia al votar, sin más que telefonear a ese número (este criterio ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en sentencia de 8 de marzo de 2002 (procedimiento ordinario 948/2000).

Asimismo otro atisbo de vulneración deriva de la ausencia de información respecto al responsable del tratamiento de datos, de cuya identidad y dirección es preciso informar en el momento de la recogida de los datos. Como ya se ha mencionado, las compañías que prestan los servicios de *audiotex* en acciones comerciales que llevan asociado un sorteo suelen ser contratadas por las cadenas de televisión. Sin embargo, no siempre le queda claro al participante a quién corresponde la responsabilidad del fichero al que se incorporarán sus datos personales, dado que las locuciones utilizadas no informan adecuadamente a este respecto. De forma análoga sucede cuando dichos servicios se aplican a procesos de selección de concursantes, siendo contratados los servicios en tales casos por la productora del concurso. Lo que sí resulta evidente, a la vista de todo ello, es que cuando el ciudadano realiza su llamada telefónica se puede sentir indefenso al no tener conocimiento de los destinatarios concretos de los datos que facilita (la productora, la compañía de televisión o la propia compañía de audiotex), ni de la finalidad con la que podrían ser tratados al margen de la que justifica la llamada.

Pero esta ausencia de información es aún más gravante a través de los mensajes cortos (SMS) donde en ningún caso conocido por la Agencia ni por la Doctrina, la compañía informa de la recogida de los datos al titular de los datos. Y algo parecido sucede cuando la selección de concursantes o participantes se realiza por correo postal.

Es por ello que hay que indicar una serie de recomendaciones esenciales para erradicar la indefensión de los titulares de los datos:

1. Información en el momento de recogida de los datos (tal como exige el artículo 5 de la LOPD).

2. Consentimiento del titular al tratamiento de datos de carácter personal (tal como exige el artículo 6.1 de la LOPD).
3. Los datos recogidos no podrán ser excesivos, siendo pertinentes y adecuados (artículo 4.1 LOPD).
4. La finalidad de utilización de los datos, ha de ser la informada en el momento de la recogida y no de otra distinta. A este precepto hay que añadir

que se ha de erradicar la cesión de datos sin consentimiento expreso e inequívoco del titular de los datos.

5. Asimismo hay que garantizar los derechos ARCO. En especial hay que recordar que en virtud del artículo 4.5 de la LOPD la empresa que trate los datos ha de cancelar los datos cuando han dejado de ser necesarios para la finalidad que fueron recabados.

6. El tratamiento de datos por cuenta de terceros, obligatoriamente ha de estar regulado por los requisitos que exige el artículo 12.1 LOPD: por escrito, mediante un contrato, indicando las medidas de seguridad.

7. De conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la LOPD, no podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la Ley Orgánica.

8. Finalmente han de implementarlas medidas necesarias para el tratamiento seguro de los datos. En virtud del artículo 9 de la LOPD, el responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal.

7. Resoluciones aplicables al sector audiovisual

Asimismo, es esencial establecer en este apartado (conjuntamente con las ya indicadas) algunas de las resoluciones más destacadas de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en materia de protección de datos vinculados con el sector audiovisual:

1. Resolución 1296/2012: dos personas denuncian a Telecinco y Europortal Jumpy España, por su participación en la difusión de unas imágenes suyas en el programa de televisión "*Aquí hay tomate*", así como en su sitio web. Las imágenes consistían en unas fotografías tomadas subrepticiamente por un *paparazzi* durante sus vacaciones. Dichas fotografías, fueron manipuladas haciendo desaparecer el traje de baño de los anunciantes y haciéndoles aparecer cuál si estuviesen completamente desnudos. Finalmente la AEPD procede a archivar este procedimiento sancionador debido a que las fotografías se encontraban alojadas en una página web dedicada a este tipo de montajes, y la Agencia entendió que era público y notorio que esas fotografías habían sido manipuladas, así como la fácil conexión con la página web.

2. Sentencia de la Audiencia Nacional 5744/2008: en esta Sentencia, los demandantes (que son actores) anteriores interponen recurso ante la Audiencia Nacional dado que consideran que la resolución de la AEPD no se ajusta a derecho. En nuestro país la STC 14/2003, de 30 de enero, entró de lleno en esta cuestión. El Tribunal Constitucional tras recordar que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado en el art.18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas. Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal esta Sentencia del Tribunal Constitucional considera que la fotografía es un dato de carácter personal sujeto al régimen legal de protección, doctrina extensible a todos los medios de reproducción de imagen. La AN establece que "*es indudable la divulgación*" y que "*ello supone un tratamiento de datos personales por parte de Telecinco*". Según indica la Audiencia, parece que la razón de fondo la ostenta la Agencia dado que considera que el tratamiento de los datos efectuado, sin el consentimiento de los afectados, estaría amparado en la libertad de expresión reconocida con carácter general en el art. 20 de la Constitución Española y, en relación con el derecho fundamental a la propia imagen, en las excepciones contenidas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

No obstante hay que indicar que tanto la libertad de expresión como el derecho a la propia imagen entendida aquí como dato de carácter personal, forman parte de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, sin que se establezca entre ellos ninguna jerarquía. Serán las circunstancias concretas de cada caso las determinantes de la prevalencia de uno u otro derecho. Para ello se ha de atender a la naturaleza de la información que se facilita, la finalidad perseguida, el medio utilizado, el número de destinatarios posibles, la existencia de intereses generales en la obtención de ese tipo de información y su afectación al derecho a la propia imagen en su manifestación de autodeterminación informativa. Pues bien, partiendo de estos criterios de ponderación, no suscita ninguna a la AN que en este caso concreto la divulgación de las fotografías manipuladas de los actores, haciendo aparecer falsamente desnuda en lugares públicos a través de televisión y de Internet no está amparada por la libertad de expresión reconocida en el art. 20 de la Constitución Española ni tiene

encaje en ninguna de las excepciones recogidas en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

La Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal tiene como principal función (art. 37.a de la LOPD) la de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos. Tiene por tanto el deber jurídico de actuar en los términos previstos en la citada Ley, lo que conlleva en un caso como el enjuiciado, en el que estamos en presencia de posibles infracciones tipificadas en la LOPD, la obligación de abrir el procedimiento sancionador que corresponda. Su inactividad, acordando el archivo de la denuncia, no está justificada como ya hemos visto ya que ni están amparados los tratamientos de datos efectuados en el consentimiento de los afectados, ni en la libertad de expresión ni en las excepciones contempladas en el art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982 .

En su consecuencia, el acuerdo de archivo de las actuaciones iniciadas como consecuencia de denuncias presentadas contra las compañías es contrario al ordenamiento jurídico y lesivo del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Procede, por tanto, estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo ordenando a la AEPD incoar el correspondiente procedimiento sancionador, sin prejuzgar este Tribunal el resultado del mismo, rechazando el resto de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda por las razones expresadas en el fundamento tercero de esta sentencia.

3. Resolución del expediente 1094/2006: el reclamante interpuso denuncia contra Gestevisón Telecinco y Europortal Jumpy España ante la AEPD por la difusión de comentarios e imágenes relativas a su persona en el programa "*Aquí hay tomate*". Telecinco y Europortal Jumpy alegan de manera muy similar en que el artículo 20.1 CE y el 8 de la Ley 1/1982, sobre derecho civil al honor, que excepciona la necesidad de obtención del consentimiento de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y en el caso que nos ocupa la notoriedad es indiscutible. La AEPD responde en la presente resolución que la expresión "*cualquier medio"* recogida en los preceptos constitucionales permite admitir todo medio capaz de realizar dicha reproducción o difusión. La falta de especificación, hace que sea admisible cualquier procedimiento de divulgación debiendo solo aplicar una interpretación restrictiva fundada en la protección de otros derechos constitucionales. El Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 12/1982

declaró que "*no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprenden en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible"*. En el presente caso, la difusión de manifestaciones en relación al denunciante no implicarían ninguna vulneración a la LOPD, esto es, en relación al tratamiento de los datos de carácter personal del denunciante. No obstante, se podría estar vulnerando otra normativa vigente en la que la AEPD no es competente.

4. Resolución de E/00028/2007: los reclamantes interponen denuncia contra Europortal Jumpy España, Televisión, Hachette Filipacchi, y Multiediciones Universales, en base a cuatro fotografías tomadas en la terraza de su domicilio y posteriormente difundidas por los medios televisivos. En ambos escritos, los denunciantes reclaman así mismo contra las citadas compañías por no haber atendido su solicitud de acceso, tutelándose por la Agencia el derecho de los reclamantes a través de los procedimientos TD/00056/2007 y TD/00057/2007, respectivamente. En relación al consentimiento de las personas que son objeto de investigación periodística, para el tratamiento de sus datos de carácter personal, Europortal Yumpy España, ha manifestado que "*a los efectos de las actividades objeto de información, resulta de aplicación preferente el art. 20.1 a) de la Constitución Española y el art.8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que excepciona la necesidad de obtención del consentimiento de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública*". Hachette Filipacchi por su parte alega que aparecen publicados en las revistas del Grupo sin que posteriormente se realice tratamiento alguno de datos personales. La AEPD a expresión "*cualquier medio*" recogida en los preceptos constitucionales transcritos, permite admitir todo medio capaz de realizar dicha reproducción o difusión. La falta de especificación hace que sea admisible cualquier procedimiento de divulgación, debiendo sólo aplicar una interpretación restrictiva fundada en la protección de otros derechos constitucionales. En el presente caso, la difusión de la imagen de los denunciantes obtenida en la terraza de su domicilio particular, no implicaría ninguna vulneración a la LOPD, esto es, en relación al tratamiento de los datos de carácter personal de los denunciantes. Ello sin perjuicio de la vulneración a otra normativa de la

que la Agencia Española de Protección de Datos no es órgano competente para resolver sobre las infracciones que pudieran haberse cometido.

8. Conclusiones

Tal como hemos visto anteriormente, los problemas de protección de datos y privacidad no están exentos en el sector audiovisual. Los cambios y desarrollo de nuevos modelos hacen que se recojan datos para ofrecer un servicio personal y comportamental al usuario.

Por ello, hay que indicar que algunas recomendaciones:

- Los medios de comunicación no se pueden albergar en el derecho de información o de notoriedad pública para difundir imágenes de personas en ámbitos puramente privados.
- Los fabricantes de televisiones conectadas a internet, deben informar así como recabar el consentimiento de los usuarios para el tratamiento de sus datos para ofrecer un servicio personalizado al mismo. Asimismo, de erradicar algunas prácticas abusivas de seguimiento de la privacidad de los usuarios; y finalmente, tratar los datos en países con un nivel de protección adecuado (siendo análogo a España) eliminando transferencias internacionales fuera del ámbito europeo.
- Los derechos ARCO también se han de reconocer en todas las frases de creación, edición o difusión de una obra audiovisual.
- Todos los prestadores de servicios y medios de comunicación audiovisual, han de implantar las medidas necesarias para garantizar un tratamiento seguro de los datos personales.
- La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) debería velar por el cumplimiento de todas estas premisas, y sobre todo, incidir sobre la conexión a internet de empresas fabricantes de Smart TV´s.
- También hay que ser cuidadosos en la recogida y el tratamiento de datos personales en medios audiovisuales cuyas finalidades son los concursos y/o sorteos. Se deberá establecer obligatoriamente una comunicación previa en la que se informe sobre la recogida, el tratamiento, la cesión (en su caso), así como los medios para ejercitar los derechos ARCO.

9. Bibliografía

MOREIRAS, MIGUEL. *"La Protección Jurídica de la Obra". Editorial Al, 1995.*

ENRICH, ENRIC. *"La obra audiovisual*". Editorial copyrait.

ENRICH, ENRIC. "*Coproducción internacional: aspectos jurídicos*". Editorial copyrait.

GAVARA DE CARA, SANTIAGO. "*La autorregulacion de los medios de comunicación como sistema de control*". Editorial Bosch Internacional, 2013.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 6 (2017), pp. 397-400
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Recensión: "Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa" de Rubén Miranda Gonçalves (Coord.)

Review: "Public Administration, Youth and Participative Democracy" of Rubén Miranda Gonçalves (Coord.)

MÓNICA CANO GUZMÁN[1]
Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

Si existe una forma de organización social en la que todos los ciudadanos tienen mayor libertad e igualdad es, sin duda, la democracia. Cuando los ciudadanos participan de manera directa en las decisiones públicas de un Estado se denomina democracia participativa.

La obra "Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa" recoge las aportaciones de varios expertos en Derecho Público sobre cuestiones como la relación existente entre los jóvenes y la democracia participativa con la Administración Pública. Todas ellas, fueron analizadas en el marco del Simposio Internacional sobre Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa, financiado por la Dirección Xeral de Xuventude e Voluntariado de la Xunta de Galicia.

La obra fue coordinada por Rubén Miranda Gonçalves investigador en Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho; Diplomado en Estudios de Defensa Nacional (USC-CESEDEN). Actualmente es Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Europea de Madrid y Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela y director de la revista científica Cadernos de Derecho Actual.

El presente libro, de 218 páginas, está distribuido en quince capítulos y contiene las aportaciones de investigadores destacados de distintas universidades del mundo como: España, Italia, Portugal, Reino Unido, Brasil y Chile.

A continuación se hace un breve resumen de cada capítulo:

Capítulo I: L'iniziativa legislativa dei cittadini dell'Unione europea e l'iniziativa legislativa popolare nell'ordinamento giuridico italiano: autentiche forme di democrazia partecipativa o illusioni di partecipazione?

El artículo fue realizado por **Alessandro Rosanò** quien de manera breve aborda la iniciativa legislativa de los ciudadanos europeos y la iniciativa legislativa popular en la ley italiana, reconociendo la importancia de la iniciativa legislativa de los ciudadanos europeos no solo como clave para resolver los problemas del déficit democrático de la Unión Europea sino como un instrumento fundamental. Sin embargo critica el derecho de iniciativa legislativa en el sistema jurídico italiano ya que no les permite a los ciudadanos de Italia tomar una verdadera opinión pública en el parlamento.

Capítulo II: Democracia participativa en perspectiva histórica europea

Fue realizado por Gabriel Martín Rodríguez hace un breve recuento del origen de la democracia "la verdadera democracia griega surgió en el siglo V a.C y alcanzó su forma más avanzada en Pericles en la ciudad de Atenas" (Martín, 2016, p.41) y fue en la Grecia clásica donde se dieron las primeras formas políticas democráticas especialmente de democracia participativa o directa (Martín, 2016, p.41)

[1] Analista política, egresada con mención honorífica de la Tercera Generación de Cuadros (ICADEP); Licenciada en Ciencias Políticas por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (México); Experta en oratoria y debate, siendo campeona del Certamen de Declamación, Oratoria y Debate obteniendo el primer premio. Jurado profesional en concursos de oratoria.

El autor afirma que las democracias tradicionales no están en crisis como otros autores mencionan y para sostener su argumentación menciona a los Estados como: Francia, Italia, Alemania, Reino Unido, Estados Unidos, Japón, Rusia quienes gozan de un sistema democrático plenamente consolidado mencionando también el éxito de la Unión Europea.

Sostiene que los partidos políticos, la política y la democracia clásica no están en crisis sino que deben actualizarse con cautela: "Adaptación no significa sustitución. Lo viejo siempre puede complementarse a lo nuevo" (Martín, 2016, p.54).

Capítulo III: Democracia participativa e juventude no Brasil

Realizado por Antônio Pereira Gaio Júnior y Cleyson de Moraes Mello

Los autores plantean en su artículo la necesidad de promover la participación democrática en la juventud de Brasil por medio de las políticas públicas que se destinan a este sector, debido a que los jóvenes representan el nuevo horizonte en una perspectiva de formación de valores y actitudes de futuras generaciones. Hacen hincapié en la necesidad de reflexionar sobre la juventud que está articulada con un concepto de desarrollo civilizatorio que profundiza y contextualiza la democracia, así como programar reflexiones en torno a las políticas públicas destinadas a la juventud que efectivamente puedan articular un proyecto de acción para el futuro.

Capítulo IV: A crise do sistema democrático ocidental: a degradação da confiança dos jovens nas instituições democráticas por Rui Miguel Zeferino Ferreira

El trabajo es consecuencia de los crecientes peligros y temores para la juventud que se vienen observando en las últimas décadas con la evitación política en los países más desarrollados. Se pretende abrir caminos hacia nuevas soluciones de democracia basándose en que la democracia es el único modelo que permite la sustitución de unos gobernantes por otros.

El autor sostiene que el trabajo legislativo tiene que consistir siempre en el respeto a ciertos principios y no sólo en la adopción de decisiones concretas, relativas a la actuación sobre ciertas cuestiones.

Capítulo V: La reforma a la Constitución chilena de 1980 y la relación entre democracia y constitucionalismo por Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

En su aportación hace una breve explicación del caso chileno en el tema de la Constitución Política de Chile de 1980. En este sentido se originó bajo una dictadura y no responde a las necesidades de la época ni favorece a la democracia. Tampoco cumplió con los requisitos exigidos en un acto electoral democrático. El autor sostiene que cualquier proceso de reforma constitucional, como la que se está promoviendo en Chile se debe considerar principal objetivo de una Constitución Política: "limitar el poder, incluso cuando ese poder cuenta con legitimidad democrática" (Poyanco, 2016, p.100) y velar por la ciudadanía.

Capítulo VI: Democracia participativa: uma via de diálogo no contexto da problemática das drogas por Arlen José Silva de Souza

Aborda que la democracia representativa se enfrenta a una crítica y crisis sobre las formas de representatividad, en la esfera de la democracia participativa como vía de dialogo y emancipación social. La sociedad se ha enfermado con uso y abuso de drogas, licitaciones o ilícitas, y el Estado ha adoptado la llamada "guerra contra las drogas" como forma de enfrentamiento al problema.

A lo largo de su trabajo, menciona que democracia representativa y democracia participativa son elementos esenciales para solucionar los problemas de las drogas. El problema fue la ausencia de dialogo participativo en las políticas públicas de enfrentamiento a problema de las drogas.

Por lo tanto, el enfrentamiento de la problemática de las drogas debe tener por herramienta las acciones de la democracia participativa, por medio dialogado instante en que las discusiones preceden a las políticas públicas respetando las peculiaridades de cada región con la integración de los consejos municipales antidrogas y de la sociedad organizada

Capítulo VII: La democracia participativa y representativa en las universidades españolas por Álvaro Alzina Lozano

El trabajo se centra en la participación estudiantil en las universidades y entorno a la democracia participativa. Sostiene que el gran desafío de la comunidad universitaria es construir una democracia participativa y se debe pensar en la forma de cómo participar en las decisiones del presupuesto universitario, política académica y en la estructuración organizativa. El autor nota que lo que predomina en las universidades es la democracia representativa y concluye que es competencia de los representantes y la Universidad plantear nuevos canales de comunicación para que el alumnado se involucre en el gobierno de las Universidades.

Capítulo VIII: A integração participativa de jovens investigadores na lusofonia por Fábio da Silva Veiga

Una de las preguntas que abrió este capítulo fue la de dar respuestas de cómo hacer la integración científica de jóvenes (y no jóvenes) en la lusofonia. El autor plantea que la solución pasaría por la participación activa de los jóvenes investigadores ante las universidades, facultades y centros de investigación a través de acciones movilizadas por centros representativos, como la Unión de estudiantes, centros académicos, grupos informales de investigación y cualquier forma de asociación que representara un objetivo en torno a la integración científica de jóvenes en el espacio lusófono.

Capítulo IX: Os desafios do ideal de cidadania europeia na "modernidade líquida": os jovens e a democracia participativa como instrumento de superação por J. Eduardo Amorim

El presente capítulo tiene por objetivo confrontar el ideal de ciudadanía europea con los elementos y características de “modernidad neta”, concepción creada por el sociólogo polaco Zygmunt Bauman. El autor sostiene que la democracia participativa es el medio de acercamiento del ciudadano al poder político, y por eso un instrumento que amplía y fortalece la democracia haciendo el ciudadano más activo y participante de las decisiones políticas; siendo los jóvenes los poseedores del total dominio de los elementos que caracterizan, la modernidad liquida.

Capítulo X: La iniciativa legislativa popular como mecanismo de democracia participativa: especial referencia a la Comunidad Autónoma de Galicia por Rubén Miranda Gonçalves

El autor comienza definiendo que es la iniciativa legislativa popular, así como el origen de la democracia y como a lo largo de la historia la democracia ha ido adquiriendo diversas formas como: democracia directa, democracia representativa y democracia participativa.

El autor afirma que la democracia participativa en un tipo de democracia en la que los ciudadanos juegan un papel relevante en la toma de decisiones públicas para mejorar aspectos económicos, sociales y políticos etc. y surge como una reacción frente a las debilidades, insuficiencias y crisis de la democracia representativa, pero que cada vez son más los mecanismos de participación ciudadana que los Estados van incluyendo en sus ordenamientos jurídicos, hace mención del marco jurídico del Estado español de la Constitución de 1978.

Concluye que en los Estados democráticos contemplan en sus Constituciones mecanismos para que los ciudadanos tengan la oportunidad de participar en la vida política, económica, cultural y social pero también afirma que estos no siempre se ven practicados en la realidad.

Capítulo XI: A força democrática das redes sociais: uma análise brasileira num contexto de regulaçao das drogas por Guilherme A. Souza Godoy

Se hace hincapié en que la nueva generación de jóvenes han nacido en contacto con la tecnología y que en este sentido, los organismos de gobierno también se adaptan, creando mecanismo y herramientas para estar donde los jóvenes frecuentan para general una democracia participativa.

Capítulo XII: A juventude no contexto autárquico Barcelense: da atribuiçao municipal ao orçamento participativo por Irene Portela, Mateus Neiva

La definición de políticas de juventud constituye actualmente un desafío de los municipios, a pesar de tratarse de una tarea cometida en primera mano al Estado. Los autores pretenden, analizar las políticas locales de juventud en Barcelos, su implementación y el impacto. Sostienen que la juventud constituye una preocupación de nivel internacional, pues han asumido un papel preocupante a nivel local.

Capítulo XIV: iDemocracia

El artículo fue realizado por Víctor M. Santana Lorenzo aborda la importancia de la ciudadanía para involucrarse en la vida política y de exigir participación en ella. Menciona que es la sociedad quien debe pelear para recuperar los poderes perdidos, así como demandar que sean escuchadas sus necesidades sociales y poder participar en la política, la sociedad debe reconocer que en la actualidad los líderes no representan al pueblo sino a sus partidos “los líderes de esos partidos no trabajan para ti. Trabajan para sí mismo y para su partido. Los candidatos que se presentan a las elecciones trabajan para el líder que los ha colocado ahí (Santana, 2016, p.200).

Hace hincapié en la tecnología como una herramienta útil para poder participar en la toma de decisiones públicas “la tecnología debería estar al servicio de los ciudadanos también desde los gobiernos. Tecnologías que faciliten el estar conectados a la toma de decisiones, el ser parte activa a la hora de votar leyes y, por supuesto, a la hora de votar” (Santana, 2016, p.200).

Capítulo XV: Os entraves do exercício da democracia na atualidade brasileira por Camila Clarisse Romero Gomes

La autora hace un breve recuento sobre la democracia desde su origen y su significado. A pesar del paso gradual de la democracia representativa a la democracia participativa hace hincapié en que todavía existen muchos obstáculos a su ejercicio y en caso de Brasil aquellos vinculados al pedido de reforma política referente a la forma de elección de los representantes políticos. Concluye en que es necesario la reforma política para posibilitar una limitación de los gastos de los partidos y de los candidatos pues esto generaría una mayor igualdad de condiciones en la disputa electoral.

Conclusión:

Democracia significa “gobierno del pueblo” y a lo largo de la historia ha sufrido trasformaciones desde su origen como: democracia directa, democracia representativa y democracia participativa en esa última se centró el libro de “Administración Pública, Juventud y Democracia Participativa”.

En la actualidad la mayoría de los Estados del mundo han adoptado como forma de gobierno la democracia y lo ha establecido en sus marcos jurídicos debido a que es una forma de organización social en la que se busca que todos los ciudadanos sean libres e iguales y que participen en las decisiones públicas.

La democracia no solo debe estar establecida en un marco jurídico con sus principales valores como la: libertad, igualdad, participación de la ciudadanía en la toma de decisiones pública y protección de las minorías sino deben ser garantizadas en la realidad.

El presente libro recoge las aportaciones de varios expertos en Derecho Público sobre cuestiones como la relación existente entre los jóvenes y la democracia participativa con la Administración Pública, es un libro que nos aborda la participación de los ciudadanos desde diferentes vertientes.

La obra es una gran aportación no solo para la comunidad científica sino a la sociedad en general, reconoce la importancia de la juventud en la democracia participativa como medio para la toma de decisiones públicas en la cual no solo deben estar plasmados en la Constitución sino en la realidad por medio de mecanismos.

Aún hay mucho por hacer para garantizar los valores de la democracia en todos los Estados, pero debemos reconocer los avances y provechar los nuevos medios para incentivar la participación ciudadana.