CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 7. Extraordinario – 2017

Volumen Extraordinario

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 7. Extraordinario - *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),* **Flavio Martins,** (*Damásio Educacional, Brasil),* **Laura Miraut Martín** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*. **Jose Eduardo Cardozo** *Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil*. **José Barroso Filho** *Superior Tribunal Militar do Brasil*. **Angelo Viglianisi Ferraro** *Universitá Mediterranea, Italia*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira** *Universidade Federal do Maranhão, Brasil*. **Daniela Serra Castilhos** *Universidade Portucalense, Portugal*. **Carlos García Soto** *Universidad Monteávila, Venezuela.*

© 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 7 (2017) · ISSN 2340-860X · ISSNe 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

A informação como mecanismo de obtenção e defesa do direito ao desenvolvimento de cidades sustentáveis: Os exemplos de gestão democrática implementados em Santos e em São Paulo, no Brasil
Gabriela Soldado Garcez 09

Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização
Sidney Guerra & Lilian Balmant Emerique 25

A identificação criminal pela biometria
Francivaldo Gomes Moura 43

Questões de soberania fiscal: a residência das pessoas singulares como fator de conexão para efeitos de tributação
Patrícia Anjos Azevedo 61

Intervenção estatal financeira e desenvolvimento sustentável: os desafios de uma primeira resolução socioambiental editada no Brasil
Fernando Bertoncello & Thaís Cárnio 77

Poder y economia: la ética puesta contra la pared
Jaime Alberto Ángel Álvarez 99

Normas legisladas como pontos de partida e o papel das convicções do julgador no processo de tomada de decisão. (Uma abordagem crítico-realista)
Enoque Feitosa 117

O alimento para além do ato de comer: perspectivas jurídicas, socioeconômicas e culturais
Aparecida Zuin 125

O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira
Marcelo Rocha & Margareth Zaganelli 147

Transparencia y «buena gobernanza» como valores reguladores de la actividad regulatoria privada
Francisco García-Garrido 163

Responsabilidades da administração pública na liberação de alimentos transgênicos no Brasil
Valmir Pozzetti 185

Responsabilidade patrimonial do estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal?
Ana Lucia Pereira & Ana Elisa Giovanini 205

O caso *apple* e a análise da governança corporativa *versus* planejamento tributário
Maria de F. Ribeiro & Lucas Maciel 221

A crise da globalização: um estudo sobre os efeitos do *brexit* e da política do governo trump e os desafios para as metas do acordo de Paris
Sébastien Kiwonghi & Marcos Rodrigues 241

A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro
Juliana da Silva & Maria Áurea Cecato 257

A adequação dos meios de solução de conflitos na perspectiva dos direitos fundamentais: um ensaio pela cultura mediação e da paz
Andrea Caracciola & Ana Claudia Andreucci 273

Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil.
Ana Claudia Andreucci & Michelle Junqueira 289

Aplicação da justiça restaurativa: uma analise da experiência luso-brasileira
Jarcel de Freitas S. & Clara M. Carvalho 305

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 9-23
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A informação como mecanismo de obtenção e defesa do direito ao desenvolvimento de cidades sustentáveis: Os exemplos de gestão democrática implementados em Santos e em São Paulo, no Brasil

(Information as a mechanism for obtaining and defending the right to sustainable cities development: Examples of democratic management implemented in Santos and Sao Paulo, at Brazil)

GABRIELA SOLDANO GARCEZ[1]
Universidade Católica de Santos (Brasil)

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações a respeito do direito de propriedade no Direito Civil brasileiro. 1.1. A função social como limitador do direito de propriedade. 1.2. A dimensão ambiental da função social da propriedade. 2. O caminho a percorrer para as "cidades sustentáveis". 2.1. A informação como instrumento para viabilizar a participação da sociedade: Uma visão para a defesa da gestão participativa. 3. O exemplo de gestão democrática implementado em São Paulo, no Brasil. 3.1. Alguns exemplos de projetos na cidade de Santos a respeito da educação ambiental. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo pondera sobre "cidades sustentáveis", indicando como o princípio da função socioambiental da propriedade contribui para a implementação desta realidade urbana, relacionando-o a defesa do direito ao desenvolvimento sustentável e acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos direitos fundamentais e humanos. Assim, é possível demonstrar que a participação da sociedade, a partir da informação, servirá como fundamento para integrar com qualidade as questões que envolvam interesses primários, a ensejar a persecução do desenvolvimento sustentável. Por fim, indica-se os exemplos de gestão democrática implementados na cidade de Santos (através de projetos pela educação ambiental e inclusão social) e em São Paulo (por meio de plataformas online como "Infocidade", "Observa Sampa", "São Paulo Aberta" e "Planeja Sampa"), ambas no Brasil.

Palavras-Chave: Cidades sustentáveis; gestão democrática; informação; São Paulo; Brasil.

Abstract: This article focuses on "sustainable cities", indicating how the principle of the socio-environmental function of property contributes to the implementation of this urban reality, relating it to the defense of the right to sustainable development and access to the ecologically balanced environment, both fundamental and human rights. Thus, it is possible to demonstrate that the participation of society, based on information, will serve as a basis for integrating quality issues that involve primary interests, leading to the pursuit of sustainable development. Finally, it brings the examples of democratic management implemented in the city of Santos (through projects for environmental education and social inclusion) and at São Paulo (through online platforms such as "Infocidade", "Observes Sampa", "São Paulo Aberta "and" Planeja Sampa "), both in Brazil.

[1] Doutora em Direito Ambiental Internacional, pela Universidade Católica de Santos

Keywords: Sustainable City; Democratic management; Information; São Paulo; Brazil.

Introdução

A Constituição Federal brasileira de 1988 tem como fundamento, no que se refere ao planejamento urbano, a criação de mecanismos que implementem as funções das cidades, de modo a garantir qualidade de vida, visando a obtenção e defesa do direito ao desenvolvimento sustentável, com a junção dos aspectos econômico, social e ambiental. Daí, a preocupação da Constituição com a efetivação do princípio da função socioambiental da propriedade urbana, nos artigos 170 e 182, que impõem ao proprietário o dever de agir em conformidade com a preservação da qualidade ambiental.

Por função socioambiental, entende-se a imposição do exercício de direitos visando o interesse da coletividade. Ademais, o Código Civil, respeitando esta determinação constitucional, inovou ao tratar da proteção ambiental no exercício do direito de propriedade, no parágrafo 1º, do artigo 1.228. Dessa forma, a propriedade pode sofrer limitações para atender o interesse coletivo, adaptando-se as necessidades ambientais de cada local.

Tais determinações têm a finalidade precípua de fomentar o desenvolvimento de cidades sustentáveis, através de compromissos assumidos no contexto nacional, regional e local. Neste sentido, para a efetividade destes compromissos, é essencial a participação da sociedade civil nas ações e políticas públicas a respeito.

Entretanto, para que isto seja possível, é necessário que a população esteja adequadamente informada. A informação torna-se, dessa forma, condição e ferramenta para a conscientização cidadã sobre a sustentabilidade, vez que confere a possibilidade de criação de práticas eficientes para a melhor utilização dos espaços urbanos, aliada a qualidade de vida e preservação do meio ambiente.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo avalia o conteúdo constitucional brasileiro a respeito da função socioambiental da propriedade, indicando seu conceito e importância, relacionando este princípio à obtenção e defesa do desenvolvimento sustentável.

Após, pondera sobre os desafios das cidades brasileiras em tornarem-se “cidades sustentáveis”, de modo a garantir qualidade de vida. Em seguida, aborda de que forma o acesso a informação por parte da população pode contribuir para a criação desta nova realidade social urbana.

Assim, o trabalho pretende responder o seguinte questionamento: É possível a participação da sociedade civil na formação e implementação de compromissos para cidades sustentáveis, a partir da concessão de informação adequada? Tal indagação será respondida ao demonstrar que a informação pode ser considerada como catalizador da mobilização popular, vez que permite ao cidadão ter fundamento para participar com qualidade nas questões que envolvam interesses primários, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por fim, indica, como exemplos e parâmetros, os modelos de gestão democrática implementados: a) na cidade de Santos, através de projetos que influenciam e buscam a concretização da educação ambiental e da inclusão social; b) na cidade de São Paulo, através de instrumentos de transparência e gestão, que permitem o conhecimento por parte da sociedade civil das questões urbanas municipais e, representa, dessa forma, um avanço legal e institucional para os mecanismos de governança participativa. Tome-se, como exemplo, plataformas como “Infocidade”, “Observa Sampa”, “São Paulo Aberta” e “Planeja Sampa”, que servem como referência empírica das questões abordadas no texto.

1. Breves considerações a respeito do direito de propriedade no Direito Civil brasileiro

O direito de propriedade está garantido na Constituição Federal brasileira de 1988 como um direito individual e também uma cláusula pétrea (artigo 5º, *caput* e inciso XXII, e artigo 170, incisos II e III).

> Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (...)
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade (...).

Por outro lado, o Direito Civil Brasileiro classifica a propriedade em direito real, conforme o artigo 1.225, inciso I, ou seja, um direito que recai diretamente sobre a coisa e que independe para o seu regular exercício de prestação a ser fornecida por terceiros[2].

> O direito real é o que afeta a coisa direta imediatamente, sob todos ou sob certos respeitos a segue em poder de quem quer que a detenha. Distingue-se pelas peculiaridades seguintes: a) tem por objeto imediato coisa corpórea, móvel ou imóvel; b) põe a coisa que é seu objeto em relação imediata com o sujeito do direito, sem dependência de ato ou prestação de pessoa determinada, isto é: a existência e o exercício do direito real pressupõe tão somente o sujeito ativo do direito e a coisa sobre que recai; c) Por parte de terceiros corresponde-lhe, não a obrigação positiva de dar ou fazer, mas a obrigação negativa e geral de lhe respeitar o exercício, — obrigação comum a todos os direitos e que se traduz na inviolabilidade que os reveste; d) da aderência direta e absoluta do direito real à coisa resulta que as ações criadas para protegê-lo podem ser intentadas contra quem quer que o usurpe ou ofenda.[3]

Ademais, a propriedade é constituída dos direitos de usar, gozar, dispor, usufruir e reivindicar um determinado bem de quem o possua injustamente.

Esse é o entendimento do artigo 524, do Código Civil: "*A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*".

Pode ser oponível a todos os indivíduos. Entretanto, não é um direito absoluto, mas subjetivo limitado, tendo em vista que deve respeitar os demais preceitos legais e constitucionais, entre eles a função social da propriedade. Pois, ao lado das restrições voluntárias ao direito de propriedade (como o usufruto, a superfície e as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, entre outras), também existem limitações oriundas da natureza do direito de propriedade ou da própria lei, como é o caso da preservação do meio ambiente através da proteção à função socioambiental da propriedade, "*com o escopo de coibir abusos e impedir que o exercício do direito de propriedade acarrete prejuízo ao bem-estar social, permitindo desse modo o desempenho da função social da propriedade,*

---

[2] RODRIGUES. Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 76.
[3] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*, 2.ed, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2004, p.47/48. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496209>.

imprescindível para que se tenha um mínimo de condições para a convivência social"[4].

1.1. A função social como limitador do direito de propriedade

A função social da propriedade está constitucionalmente prevista no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, bem como consta como princípio geral da ordem econômica (artigo 170, inciso III, todos da Constituição, sendo imposta tanto aos particulares quanto ao Poder Público.

Não pode ser objeto de emenda (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV), tendo em vista encontrar-se garantida no rol dos direitos individuais fundamentais.

Na legislação civil, a função social da propriedade está contida no parágrafo 1º, do artigo 1.228, do Código Civil:

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

A função social nada mais é do que a imposição legal de deveres jurídicos ao proprietário, que somente pode exercer o seu direito de propriedade conciliando seus interesses particulares com os interesses da coletividade.

Dessa forma, impõe-se ao proprietário o dever de exercer seu direito em benefício de outrem, "*e não apenas de não exercer em prejuízo de outrem*"[5].

"*A concepção puramente individualista de propriedade, conferindo-lhe direito absoluto de usar, fruir e dispor da coisa teve de ser revista, para que os interesses da sociedade não fossem prejudicados pelo poder indevidamente exercido pelo titular do imóvel, em ofensa ao bem comum*"[6].

É, portanto, uma atividade imputada ao sujeito. Trata-se de um direcionamento do exercício do direito a propriedade, pois o proprietário terá de realizar determinadas obrigações, visando promover os interesses da coletividade.

> Com isso, a função social da propriedade a vincula não só a produtividade do bem, como também aos reclamos da justiça social, visto que deve ser exercida em prol da coletividade. Fácil é perceber que os bens, que constituem objeto do direito de propriedade, devem ter uma utilização voltada à sua destinação socioeconômica. Este princípio está atrelado, portanto, ao exercício e não ao direito de propriedade. [...] Afasta o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade, que deve ser utilizada para o bem comum. [7]

Tais deveres podem ser traduzidos na imposição de obrigações positivas (de fazer) ou negativas (de não fazer). Pode, ainda, consistir na imposição de encargos, limitações ou, até mesmo, sanções ao proprietário para que cumpra seu papel social, o que implica em profunda alteração na concepção clássica do direito de propriedade, antes exercido apenas como um direito absoluto, submetendo-se, a partir deste princípio, ao interesse coletivo e bem estar geral, com ares, portento, de dever coletivo, uma vez que "*a propriedade não pode mais atender só ao*

---

[4] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas*, 23.ed, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 105.

[5] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

[6] LISBOA, Roberto Senise. "O contrato como instrumento de tutela ambiental". *Revista de Direito do Consumidor,* 35, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 173.

[7] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 107.

interesse do indivíduo, egoisticamente considerado, mas também ao interesse comum, da coletividade da qual o titular do domínio faz parte integrante"[8].

"*A Administração pode atuar através de limitações e também da função social da propriedade para condicionar o exercício do direito de propriedade e das atividades privadas em geral à promoção do bem comum*"[9].

Dessa forma, para o atendimento deste princípio é necessário que o uso da propriedade seja não apenas compatível com a sua destinação socioeconômica, mas também, por exemplo, com as relações de trabalho, o bem-estar social, a utilidade de exploração, entre outras questões.

"*Modernamente ainda mais se firmou a defesa do interesse geral, ingressando no direito público, a noção de que à propriedade corresponde uma função social: ao poder do proprietário se acresce o dever perante a comunidade na qual ele se integra*"[10].

Pressupõe, portanto, um uso efetivo e socialmente adequado da propriedade, a fim de equilibrar os interesses particulares com a função social, a fim de atender as necessidades e interesses públicos, para cumprimento de seu dever para com a sociedade, conjugando-os.

> A função social da propriedade na forma jurídico-positiva seria a instrumentalidade da propriedade dos bens de produção e, na forma jurídico-negativa, uma limitação aos poderes do proprietário para atender aos interesses sociais, como saúde pública, cultura, economia popular, segurança nacional, higiene etc.[11]

Atualmente, impõe-se também o respeito a função ambiental como requisito imprescindível para a legalidade da destinação da propriedade.

1.2. A dimensão ambiental da função social da propriedade

A função ambiental da propriedade está contida na Constituição Federal, no capítulo em que se refere a "Ordem Econômica e Financeira", no artigo 170, inciso VI, que prescreve que a ordem econômica tem de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, através de diversos princípios, entre eles a defesa do meio ambiente, "*inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*".

> Com efeito, malgrado tenha a Constituição de 1988 consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista – porque instrumentalizou uma ordem econômica apoiada na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa econômica privada -, instituiu ela no art. 170 numerosos princípios limitando e condicionando o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida. [12]

Está, ainda, prescrita no parágrafo 1º, do artigo 1.228, do Código Civil, já transcrito neste trabalho.

> Os princípios constitucionais de proteção ambiental constituem alicerces da função social da propriedade, que a estruturam,

---

[8] PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 271.
[9] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*, São Paulo, LTr, 1999, p. 96.
[10] PADILHA, Norma Sueli. Op. cit., p. 269.
[11] DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 109.
[12] NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Constituição Federal para concursos,* 2.ed, Bahia, Editora Juspodivm, 2001, p. 772.

> compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, voltadas para a preservação da vida humana[13].

De acordo com este princípio, o proprietário somente pode exercer seu direito real de propriedade em conformidade com a preservação da qualidade ambiental do local para as presentes e futuras gerações, conforme prescreve o princípio da solidariedade intergeracional contido no artigo 225, caput, da Constituição Federal. Se, não agir desta forma, o direito será ilegítimo.

"*A coletividade é o titular do bem jurídico ambiental, portanto, ilegítima a utilização da propriedade pelo particular se desconsiderar este direito difuso que limita o exercício do regime particular e fruição da propriedade*"[14].

Neste sentido, percebe-se a supremacia do interesse público por meio da proteção do meio ambiente, em detrimento dos interesses privados.

> A efetividade do princípio da função social da propriedade em sua dimensão ambiental significa simultaneamente a implementação dos valores da ética ambiental, não só no que diz respeito à propriedade imóvel, mas a todas as outras formas, quer estejamos analisando bens de consumo ou de produção, bem móveis, imóveis ou imateriais[15].

A função ambiental da propriedade protege também o particular, ou seja, o proprietário de seus próprios abusos, tendo em vista que ele também será atingido pela atividade degradadora que efetiva ou potencialmente vier a exercer.

Dessa forma, quando as autoridades impõem os chamados "espaços territoriais protegidos" (como, por exemplo, as áreas de preservação permanente ou reserva legal, disciplinadas por meio do Código Florestal, Lei nº. 12.651/12, com conceitos descritos no artigo 3º, incisos II e III, respectivamente, da mencionada Lei), a manutenção destes locais será considerada como condição para o reconhecimento efetivo do direito de propriedade.

Tais espaços serão transmitidos com a venda do imóvel (pois, na realidade, trata-se de obrigação *propter rem,* ou seja, uma obrigação que se prende ao titular do direito, bastando a simples condição de proprietário ou possuidor para a realização do ato necessário), bem como não são indenizáveis.

Isso ocorre porque, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado prescinde ao direito real de propriedade.

No que se refere à propriedade rural, a função socioambiental está prescrita no artigo 186, da Constituição Federal de 1988, que prescreve a utilização dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente. Cumpre, portanto, a função socioambiental na medida em que, "*explorada eficientemente, possa contribuir para o bem estar não apenas de seu titular, mas, por meio de níveis satisfatórios de produtividade e, sobretudo, justas relações de trabalho, possa assegurar a justiça social*"[16].

> Artigo 186, da Constituição de 1988 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

---

[13] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.
[14] PADILHA, Norma Sueli. Op. cit., p. 272.
[15] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.
[16] PADILHA, Norma Sueli. Op. cit., p. 272.

> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, se o proprietário do imóvel rural não cumprir a função socioambiental da propriedade fica sujeito ao conteúdo do artigo 184, da Constituição Federal de 1988, que prevê a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, sendo certo que a Lei nº. 8.629/93 (que regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária) detalha os requisitos ensejadores de tal penalidade (artigo 9º).

Por outro lado, quanto à propriedade urbana, visando o desenvolvimento sustentável e consecução e defesa de "cidades sustentáveis", a função ambiental está regulada no artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que impõe que os municípios sigam as diretrizes estabelecidas nos Planos Diretores, instrumento de ordenação do uso e ocupação do território obrigatório aos municípios com mais de 20 mil habitantes por ser instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (artigo 182, parágrafo 1º), com aprovação por meio de lei municipal (emitida pela Câmara Municipal) após realização de estudos por equipe multidisciplinar para atendimento de diretrizes específicas, bem como participação da população e de associações representativas da sociedade, além de revisão a cada 10 anos.

Os Planos Diretores contêm critérios e exigências fundamentais para ordenar a cidade ao estabelecer diretrizes para atender as necessidades locais específicas, diferentes segmentos sociais da população e diversas funções urbanas, a fim de integrar qualidade de vida, justiça social e desempenho de atividades econômicas.

Cabe a estes Planos determinar o conteúdo da função ambiental e colocá-lo em prática, por meio, por exemplo, da Política de Desenvolvimento Urbano e de Desenvolvimento Sustentável, segundo o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001), que os regulamenta.

A Constituição, portanto, "*instituiu um parâmetro para a definição do seu atendimento. Tal parâmetro é exatamente o conjunto de medidas a serem adotadas ou de ações a serem empreendidas, consoante o Plano Diretor*"[17].

Assim, ao conjugar o interesse social ao interesse particular, o proprietário exercerá direito legítimo à propriedade, vez que terá de colocar em prática mecanismos que garantam a associação e a manutenção do equilíbrio entre o aspecto socioeconômico e valores ambientais, em conformidade com a estrutura básica do tripé do desenvolvimento sustentável (econômico, ambiental e social), conforme artigo 4º, inciso I, da Lei nº. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), ao afirmar que o desenvolvimento econômico-social deve ser compatível com a preservação do equilíbrio ecológico.

> A função social e ambiental não constitui um simples limite ao exercício de direito de propriedade. A função social e ambiental vai mais longe e autoriza que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, para que sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente[18].

Percebe-se que, o particular deve assegurar uma melhor verificação da aplicabilidade dos recursos existentes, para garantir que, ao longo do tempo, a interação entre homem e natureza seja adequada para as presentes e futuras

---

[17] DALLARI, Adilson de Abreu. "Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo". *Direito urbanístico e ambiental*. Dallari, Adilson de Abreu; Disarno, Daniela Campos Libório (orgs), Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 25.

[18] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2011, p. 59-60.

gerações, ao oferecer à coletividade uma utilidade correta daquela propriedade, bem como condicionar seu uso ao bem estar social, tornando-a instrumento de progresso e desenvolvimento.

> A ecologização da Constituição, portanto, teve o intuito de, a um só tempo, instituir um regime de exploração limitada e condicionada (sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana quanto rural, um forte explícito componente ambiental. Os artigos 170 e 186, II, da Constituição brasileira, inserem-se nessa linha de pensamento de alteração radical do paradigma clássico da exploração econômica dos chamados bens ambientais. Como novo perfil, o regime de propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicos essenciais.[19]

Tal sistemática visa, portanto, asseverar que as cidades brasileiras sejam cada vez mais sustentáveis, pois "*já se reconhece hoje em dia que a preservação do meio ambiente tornou-se essencial para a própria existência da vida em sociedade*"[20].

2. O caminho a percorrer para as "cidades sustentáveis"

Por meio da função socioambiental da propriedade, a Constituição Federal de 1988 abrange dois grandes princípios ou valores: o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade ambiental. A aliança destes dois princípios é condição necessária para o enfrentamento dos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes da vida e convivência em espaços urbanos.

A busca por melhores condições do ordenamento do ambiente urbano garante qualidade de vida à população, através da realização de "cidades sustentáveis", que visam, por exemplo, criação de "espaços verdes" (como parques ou praças), melhoria da mobilidade urbana (com ações para a diminuição dos gases do efeito estufa e combate ao aquecimento global), o uso adequado da infraestrutura urbana, planejamento de transporte público ou incentivo ao uso de transportes alternativos (como bicicletas), o descarte de resíduos sólidos e a reciclagem (através de incentivo à criação de cooperativas), o gerenciamento do solo, a economia de água e energia, a diminuição da poluição, utilização de materiais renováveis e/ou recicláveis, instalação de empreendimentos e/ou edificação adequadas (com programas de reuso de água), atividades voltadas à educação ambiental (pelo consumo consciente), entre outras políticas públicas que contribuem para a sustentabilidade ambiental.

Tal configuração urbana ideal não é possível para obtenção e defesa sem a participação eficiente e efetiva da sociedade, vez que a Constituição Federal de 1988 determina que é responsabilidade tanto do Poder Público quanto da coletividade o respeito e a preservação do meio ambiente, para que haja a possibilidade do oferecimento de ferramentas visando a mobilização rumo a cidades brasileiras mais econômica, social e ambientalmente sustentáveis.

Neste sentido, o Estatuto da Cidade exige a gestão democrática dos espaços urbanos, através da participação da população tanto na elaboração dos Planos Diretores quanto na fiscalização da implementação de seus mecanismos, por meio de (artigo 40):

---

[19] CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, 6.ed, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 72.

[20] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "Princípios Fundamentais do Direito Ambiental". *Revista de Direito Ambiental*, 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 54.

> I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;
> II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;
> III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Entretanto, a população somente terá fundamento para participar deste debate a partir do acesso a informação adequada.

2.1. A informação como instrumento para viabilizar a participação da sociedade: Uma visão para a defesa da gestão participativa

Nas últimas décadas, é notório o avanço da sociedade brasileira no que se refere ao conhecimento dos direitos individuais e coletivos e dos deveres cívicos, conferindo-lhes o efetivo direito à participação, seja por meio de audiências públicas, consultas, entidades de classe, ordenamento jurídico ou mobilização popular, a fim de assumir uma postura ativa em prol da defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Essa sistemática inclui, também, a utilização dos espaços urbanos, tendo em vista que o cidadão passa a preocupar-se com a destinação de sua própria propriedade, de modo a dar-lhe a finalidade socioambiental correta, em conformidade com o que prescreve o Código Civil, a Constituição Federal, entre outras ordens normativas.

Entretanto, para inclusão neste debate com qualidade, a população tem de ser informada adequadamente.

O direito à participação pressupõe, portanto, o direito ao acesso à informação, escrito como um dos objetivos principais da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81, artigo 4º, inciso V e artigo 9º, inciso XI).

Este é um princípio básico do regime democrático brasileiro, além de essencial para a participação ativa e eficiente da comunidade na busca por conquistar sua cidadania na defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da "*formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico*" (conforme ditames do artigo 4º, inciso V, da Política Nacional citada).

No cenário internacional, o direito à informação é expressamente abordado, primeiramente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), no artigo 19: "*Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*"[21].

Posteriormente, a Declaração de Estocolmo (de 1972) também realça a importância da divulgação de informações, da pesquisa científica e do livre intercâmbio de experiências para a educação e garantia do acesso dos países em desenvolvimento às tecnologias ambientais (Princípios 19 e 20)[22].

Neste mesmo raciocínio, a Declaração do Rio de Janeiro (de 1992) traz a obrigação dos Estados de notificarem em casos de desastres e outras emergências que possam ultrapassar as fronteiras, bem como a obrigatoriedade de informação sobre atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental; o direito de

---

[21] UNITED NATIONS - UN. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 03 de abril de 2017.

[22] UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503>. Acesso em 05 de abril de 2017.

informação perante às autoridades públicas, além do dever dos Estados de disponibilizar informações à sociedade, tendo em vista que "*environmental issues are best handled with participation of all concerned citizens*" (Princípios 10, 18 e 19)[23].

Já a Agenda 21, no Capítulo 40[24], institui um programa de melhoria de disponibilidade de informações, reforçada pela Agenda 2030 (que traz os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável, adotados pela Organização das Nações Unidas, numa tentativa de estimular ações pelos próximos 15 anos em áreas cruciais para a humanidade e para o planeta) no Objetivo 16, que visa promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, que assegurem "*o acesso público à informação*", além de proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e acordos internacionais (Objetivo 16.10)[25].

Dessa forma, de posse da informação, o cidadão pode até mesmo contribuir para dar finalidade adequada a sua propriedade, numa visão efetiva da gestão participativa do espaço urbano, pois estar informado o habilita a interferir na vida pública, vez que estará consciente da necessidade de proteção ambiental para a obtenção de qualidade de vida.

O direito a informação torna-se, assim, instrumento e mecanismo para a obtenção e defesa da participação democrática, posto que atuará como catalizador da mobilização popular, ao conceder fundamento para o cidadão se envolver com qualidade nas questões que abarquem interesses primários, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos individuais fundamentais, caso da propriedade e da função socioambiental.

Assim, para melhor resolução e gestão dos problemas do ambiente, inclusive no que se refere a destinação da propriedade, deve haver cooperação entre Estado e sociedade, realizada por meio de diversos programas incentivadores.

3. O exemplo de gestão democrática implementado em São Paulo, no Brasil

No município de São Paulo, alguns programas foram implementados visando a interação entre Estado e sociedade no que diz respeito ao meio ambiente urbano, através da criação de mecanismos de transparência e concessão de informação, com base na apropriação de instrumentos de governança, para que se possa alcançar (e, posteriormente, defender) a ampla participação da sociedade no que diz respeito a proteção do meio ambiente.

Tome-se, como exemplo, os canais eletrônicos denominados: "Infocidade", "Observa Sampa", "São Paulo Aberta" e "Planeja Sampa".

O "Infocidade"[26], criado pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, coloca à disposição da população dados sobre a cidade de São Paulo, com indicadores que compõem o acervo atualizado de informações (tabelas, mapas e gráficos) disponibilizadas pelas secretárias de cada Prefeitura Municipal, com temas como: demografia, abastecimento de água, trabalho, transporte, mapas das redes de equipamentos sociais, entre outros tópicos urbanos essenciais.

---

[23] UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. *Declaração do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>. Acesso em 04 de abril de 2017.

[24] UNITED NATIONS - UN. *Agenda 21*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em 04 de abril de 2017.

[25] UNITED NATIONS - UN. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em 03 de abril de 2017.

[26] PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Infocidade*. Disponível em: <http://infocidade.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 14 de maio de 2017.

Já o site "Observa Sampa"[27] traz indicadores de desempenho da Prefeitura do Estado de São Paulo e dados georreferenciais da cidade, bem como análises e avaliações a serem utilizadas para políticas públicas com a finalidade de propiciar a participação popular por meio do monitoramento de tais políticas através da concessão de informação sobre estudos técnicos realizados pela Prefeitura, capazes de mensurar a qualidade de vida dos paulistanos por meio do acesso a equipamentos sociais indispensáveis.

Por outro lado, o "Planeja Sampa"[28] tem o objetivo principal de transformar São Paulo numa cidade transparente e participativa, por meio da criação de mecanismos para ouvir a população, como Conselhos, audiências e consultas públicas, além dos clássicos canais eletrônicos (incluindo as redes sociais).

Este instrumento tem por prioridade também a junção das metas municipais com a Lei Orgânica Municipal e o Plano Plurianual, para que a população possa ter acesso a gestão e verificar se as promessas de campanha são cumpridas dentro do orçamento permitido.

É possível, ainda, que o cidadão possa contribuir para selecionar áreas prioritárias de atuação para o próximo ano, através de uma consulta pública online. Por exemplo, em 2015, os munícipes votaram como prioridade a criação de unidades habitacionais, possibilidade de incremento na coleta seletiva, revitalização de praças e calçadas e pavimentação.[29] Os projetos para viabilização de tais áreas deficitárias estarão disponíveis, e também poderão ser acompanhados pela população.

Por fim, a "São Paulo Aberta"[30] visa fomentar ações e atividades para um governo aberto à iniciativa popular (através da articulação de transparência, acesso a informação, novas tecnologias e integração da política pública), pois a plataforma permite uma interação online entre munícipes e Prefeitura.

Os exemplos citados demonstram a tentativa de administrar a cidade (capital de um dos maiores estados brasileiros) de acordo com as prioridades trazidas pela população, perfazendo critérios de justiça, equidade social e também qualidade ambiental.

3.1. Alguns exemplos de projetos na cidade de Santos a respeito da educação ambiental

No município de Santos, no Estado de São Paulo, também foram implementados projetos e programas para a mencionada interação entre Estado e sociedade visando a proteção ambiental, por meio da concessão de educação ambiental e/ou da defesa da participação ampla da sociedade no que diz respeito a este direito indisponível.

Tome-se, como exemplo, a Campanha "Cidade sem Lixo"[31], que visa conscientizar a população acerca da responsabilidade pelo lixo que produz, bem como pelos prejuízos causados com o descarte incorreto de resíduos. As ações vão desde a imposição de multas para os cidadãos que jogarem resíduos nas áreas públicas da cidade (com valores desde R$150,00 a R$1.000,00) até a organização de circuitos de palestras e encenações teatrais, com a participação de alunos de escolas públicas.

---

[27] PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Observa Sampa*. Disponível em: <http://observasampa.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 16 de maio de 2017.

[28] PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Planeja Sampa*. Disponível em: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 17 de maio de 2017.

[29] PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Planeja Sampa – Consulta Pública: interface Digital – parte II*. Disponível em: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/consultas-publicas/>. Acesso em 16 de maio de 2017.

[30] PREFEITURA DE SÃO PAULO. *São Paulo Aberta*. Disponível em: <http://saopauloaberta.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 13 de maio de 2017.

[31] PREFEITURA DE SANTOS. *Cidade sem Lixo.* Disponível no site: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=tags/cidade-sem-lixo>. Acesso em 13 de julho de 2017.

Outra campanha, denominada "Quem cuida, recolhe"[32], visa incentivar os cidadãos a recolher os detritos de seus animais de estimação, com a realização de atividades ao ar livre, bem como com estagiários percorrendo os grandes corredores urbanos para falar sobre conscientização, reciclagem e compostagem entre os munícipes. Haverá também com a imposição de multas (no valor de R$50,00, em razão da Lei Complementar nº. 533/2005).

Vale mencionar, ainda, o projeto "Observatório Litoral Sustentável"[33], de cunho permanente, com participação de representantes e alunos das Universidades da cidade, para a realização de fóruns, debates e audiências públicas com a finalidade de concessão de informação sobre o desenvolvimento sustentável do litoral paulista, bem como acompanhar a implementação de ações das Agendas de Desenvolvimento Sustentável das cidades da Baixada Santista de forma participativa e inclusive através de atividades envolvendo educomunicação socioambiental.

Há, também, um programa para urbanização, voltado ao desenvolvimento socioeconômico sustentável, chamado de "Alegra Centro"[34] (criado pela Lei Complementar municipal n.° 470, de 2003), iniciativa de parceria entre setor público e privado que visa a preservação da memória urbana através da conservação do patrimônio histórico existente.

O programa busca o incremento de atividades (voltadas ao turismo e instalação de comércios, como restaurantes, lojas e hotéis, e também soluções comunitárias e habitacionais, como instalações voltadas à área esportiva e cultural, além da renovação de edifícios históricos, como exemplo, a instalação do Museu Pelé no antigo Casarão do Valongo) para valorizar a paisagem urbana do centro da cidade, por meio de isenções fiscais (para aqueles empreendedores que preservem e recuperem no todo ou em parte a fachada ou o telhado do imóvel, mantendo-o nas condições originais).

Percebe-se que, por meio de tais mecanismos dispostos pelo Poder Público o cidadão pode conhecer as necessidades da cidade a fim de dar destinação correta à sua propriedade, preenchendo os requisitos necessários à função socioambiental, refletindo sobre propostas e soluções para o planejamento urbano sustentável.

Dessa forma, a efetivação e defesa do princípio da participação democrática, é essencial para a resolução dos problemas do meio ambiente, o que pode ser realizado através da cooperação e intensificação das relações horizontais (entre particulares) e verticais (entre o Estado e a sociedade), com participação de diferentes grupos de interesse na execução da política ambiental, a partir do acesso a informação de qualidade. Pois, "*o exercício da cidadania ambiental não pode separar-se do meio ambiente urbano e da sua respectiva qualidade de vida*"[35].

Conclusão

A concessão de informação adequada permite adquirir senso de responsabilidade, conscientização e conhecimento acerca de direitos e deveres cívicos, incluindo o respeito e a defesa e preservação pelo meio ambiente, além do entendimento necessário para a realização da função socioambiental da propriedade, manifestando-se no "poder-dever" de agir em prol do meio ambiente, e da própria sociedade.

A dimensão ambiental constitui-se na manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade em favor da coletividade. Tal responsabilidade deve ser

---

[32] PREFEITURA DE SANTOS. *Quem cuida recolhe.* Disponível no site: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=tags/quem-cuida-recolhe>. Acesso em 13 de julho de 2017.

[33] PREFEITURA DE SANTOS. *Observatório litoral sustentável.* Disponível no site: <http://litoralsustentavel.org.br/>. Acesso em 13 de julho de 2017.

[34] PREFEITURA DE SANTOS. *Alegra Centro*. Disponível em: <http://www.portal.santos.sp.gov.br/alegra/index1.htm>. Acesso em 13 de julho de 2017.

[35] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 977.

exercida tanto pelo Estado (através da imposição de áreas de preservação), quanto pelo particular (proprietário do local, que deve respeitar tal imposição).

Vale ressaltar que, a função socioambiental pode ser concretizada através de obrigações negativas (obrigações de não fazer ou imposição de determinados comportamentos ao proprietário para adequar o imóvel) e obrigações positivas (como a recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente).

Assim, não é um simples limite ao exercício do direito de propriedade. É, na verdade, vista como pressuposto e elemento integrante do direito de propriedade, pois, se não respeitada, inexiste o direito constitucionalmente previsto.

Portanto, basta a condição de proprietário (titular do direito real) para que tenha a responsabilidade pela manutenção da qualidade ambiental daquele local. Entretanto, tal manutenção somente poderá ser realizada de forma adequada a partir do momento em que o cidadão tem acesso a informação.

A informação é absorvida pela população, que a partir do conhecimento adquirido, tem o potencial de utilizar determinado imóvel em benefício da coletividade, o que contribui para a formação de um senso comum em prol do meio ambiente.

Neste sentido, existem diversos exemplos de plataformas de concessão de informação. Em São Paulo, neste trabalho foram citados os sites “Infocidade”, “Observa Sampa”, “São Paulo Aberta” e “Planeja Sampa” e “Alegra Centro”, que objetivam, de forma geral, conceder informação sobre as questões urbanas, através de diferentes mecanismos de transparência, gestão e governança, visando maior interação e cooperação entre os mais diversos setores da urbe para o incremento e manutenção da qualidade ambiental.

Já na cidade de Santos, estão em andamento diversos projetos para concessão de informação, através de planejamento pela educação ambiental, como: “Quem cuida, recolhe”, “Cidade sem Lixo”, “Observatório Litoral Sustentável”, “Alegra Centro”, entre outros (realizados tanto de modo horizontal, ou seja, entre particulares e, por vezes, por iniciativa de particulares, como também de modo vertical, por iniciativa e implementação do Poder Público), que prescindem de ampla participação da população para obtenção de seus objetivos, uma vez que a defesa e proteção do meio ambiente é de responsabilidade tanto do Poder Público quanto da coletividade para a manutenção do equilíbrio ecológico das presentes e futuras gerações.

Referências Bibliográficas

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*, São Paulo, LTr, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, 6.ed, São Paulo, Saraiva, 2015.

DALLARI, Adilson de Abreu. “Solo criado: constitucionalidade da outorga onerosa de potencial construtivo”. *Direito urbanístico e ambiental*. Dallari, Adilson de Abreu; Disarno, Daniela Campos Libório (orgs), Belo Horizonte, Fórum, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas,* 23.ed, São Paulo, Saraiva, 2008

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988,* São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. “O contrato como instrumento de tutela ambiental”. *Revista de Direito do Consumidor,* 35, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*, São Paulo, Letras Jurídicas, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. "Princípios Fundamentais do Direito Ambiental". *Revista de Direito Ambiental*, 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Constituição Federal para concursos,* 2.ed, Bahia, Editora Juspodivm, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*, 2.ed, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 2004, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496209>.

RODRIGUES. Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*, 5.ed, São Paulo, Saraiva, 2007.

UNITED NATIONS - UN. *Agenda 2030*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em 03 de abril de 2017.

UNITED NATIONS - UN. *Agenda 21*. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf >. Acesso em 04 de abril de 2017.

UNITED NATIONS - UN. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 03 de abril de 2017.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97 &articleid=1503>. Acesso em 05 de abril de 2017.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME – UNEP. *Declaração do Rio de Janeiro*. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78 &articleid=1163>. Acesso em 04 de abril de 2017.

PREFEITURA DE SANTOS. *Alegra Centro*. Disponível em: <http://www.portal.santos.sp.gov.br/alegra/index1.htm>. Acesso em 13 de julho de 2017.

PREFEITURA DE SANTOS. *Cidade sem Lixo.* Disponível no site: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=tags/cidade-sem-lixo>. Acesso em 13 de julho de 2017.

PREFEITURA DE SANTOS. *Observatório litoral sustentável.* Disponível no site: <http://litoralsustentavel.org.br/>. Acesso em 13 de julho de 2017.

PREFEITURA DE SANTOS. *Quem cuida recolhe.* Disponível no site: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=tags/quem-cuida-recolhe>. Acesso em 13 de julho de 2017.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Infocidade*. Disponível em: <http://infocidade.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 14 de maio de 2017.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Observa Sampa*. Disponível em: <http://observasampa.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 16 de maio de 2017.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Planeja Sampa*. Disponível em: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 17 de maio de 2017.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *Planeja Sampa – Consulta Pública: interface Digital – parte II*. Disponível em: <http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/consultas-publicas/>. Acesso em 16 de maio de 2017.

PREFEITURA DE SÃO PAULO. *São Paulo Aberta*. Disponível em: <http://saopauloaberta.prefeitura.sp.gov.br/>. Acesso em 13 de maio de 2017.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 25-42
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização

Human rights and public policies to combat poverty in the context of globalization

SIDNEY GUERRA[1]
LILIAN BALMANT EMERIQUE[2]
Universidade de Rio Verde - UniRV (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Pobreza: uma questão de direitos humanos. 3. Políticas públicas de combate à pobreza e as questões de direitos humanos. A. O Programa Bolsa Família: aspectos gerais. B. Bolsa Família e dignidade da pessoa humana. 4. Globalização x pobreza: à guisa de conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: No contexto de um mundo globalizado, com seus diversos desdobramentos e implicações, o Estado acaba por ser demandado com maior frequência para enfrentar os reclamos de uma sociedade ávida por justiça social. Assim, para alcançar esse desiderato, precisa assumir múltiplos papéis e emitir comandos normativos pertinentes, bem como desenvolver políticas públicas para enfrentar as mazelas sociais, e, por consequência, dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
Indubitavelmente que um dos sérios problemas que afligem parcela significativa da população tem pertinência com a pobreza. Neste sentido, o presente estudo aborda a necessidade de fomentar políticas públicas de combate à pobreza na medida em que a marginalização socioeconômica gera violações sistemáticas aos direitos humanos.

Palavras-chave: pobreza; políticas públicas; direitos humanos.

Abstract: In the context of a globalized world, with its various ramifications and implications, the state turns out to be sued more often to meet the demands of a society eager for social justice. Thus, to achieve this, must assume multiple roles and issue relevant legal standards and to develop public policies to address social ills, and, therefore, give effect to the constitutional principle of human dignity.
Undoubtedly one of the serious problems that afflict a significant portion of the population is irrelevant to poverty. In this sense, the present study addresses the need to foster public policies to combat poverty as the socioeconomic marginalization generates systematic violations of human rights.

Keywords: poverty, public policies and human rights.

[1] Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador. Advogado no Rio de Janeiro. sidneyguerra@terra.com.br
[2] Pós-Doutora em Ciências Jurídico-políticas, doutorado e mestrado em Direito e mestrado em Ciência Política e Relações Internacionais. Professora e pesquisadora na área de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Graduação e Mestrado). lilamarcia@gmail.com

I. Introdução

No contexto de um mundo globalizado, com seus diversos desdobramentos e implicações, o Estado acaba por ser demandado com maior frequência para enfrentar os reclamos de uma sociedade ávida por justiça social.

Assim, para alcançar esse desiderato, precisa assumir múltiplos papéis e emitir comandos normativos pertinentes e desenvolver várias políticas públicas para enfrentar as mazelas sociais, bem como promover a dignidade da pessoa humana em consonância com o dispositivo constitucional que preceitua, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da Constituição de 1988).

Entretanto, com certa frequência, ocorre uma fragilidade da busca por parte de muitos cidadãos afastados do amparo das políticas públicas, diante do Poder Judiciário, quando estas se referem a demandas que envolvem a tutela dos direitos sociais, uma vez que a sociedade civil apropria-se timidamente dos mencionados direitos como verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis e justiciáveis.

A convergência no tratamento da matéria de pobreza e direitos humanos não é natural; antes a aproximação relaciona-se com uma preocupação maior com a interdisciplinariedade de tratamento das questões associadas à pobreza e carece de construção de pontes de saberes que enriqueçam os diálogos e debates para a produção de consensos teóricos e práticos, sempre que possível, como formas de progredir na luta contra a pobreza.

Seguindo o entendimento de Grove (GROVE, 2006) evidencia-se que a pobreza é uma frontal violação aos direitos humanos, como se vê: *"(...) la pobreza es una privación o violación de los derechos humanos económicos, junto con violaciones asociadas de derechos humanos sociales, culturales, civiles y políticos interdependientes e interrelacionados. Esta definición de la pobreza basada en los derechos humanos implica reconocer la dignidad y el valor de cada ser humano y el derecho por igual de todas las personas a gozar de sus derechos humanos inherentes e indivisibles. El aceptar la no discriminación y la igualdad, que son el centro de los derechos humanos, incluye el compromiso con la igualdad sustantiva o de hecho (igualdad de circunstancias básicas, así como de los resultados) además de una igualdad formal o de derecho (igualdad ante la ley, en potencia, a pesar de las enormes desigualdades estructurales)."*[3]

O direito de ser livre da pobreza, pelo asseguramento de condições condignas de existência, é geralmente negligenciado pelos poderes constituídos seja pela ausência de normas claras e objetivas ou pela execução de políticas públicas assentadas em critérios tão restritos que dificultam o acesso ou a manutenção do benefício para hipossuficientes. Ademais, podem ser somadas dificuldades formais e materiais para assegurar a prestação jurisdicional e, como resultado, o problema torna-se dramático. Muito embora o contingente populacional dependente do intervencionismo estatal para superar a condição de pobreza seja reduzido no Brasil e reconhecida a possibilidade de o Estado assegurar a observância do mínimo existencial, fato é que há bem mais pessoas que mereceriam atenção estatal.

Por este motivo, tem pertinência a assertiva de Terán (TERÁN, 2006) no sentido de que: *"Las personas que viven en situación de pobreza sufren violaciones a sus derechos humanos (económicos, sociales, culturales, civiles y políticos), por lo que el respeto, la protección, la promoción y la realización de los*

---

[3] GROVE, Chris. "Los derechos humanos y la lucha para erradicar la pobreza". In *El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humanos***.** CUADERNO OCASIONAL 05. Coordinado por el Equipo de Investigación de Social Watch. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006, p. 24.

derechos humanos son fundamentales para la erradicación de la pobreza. Al respecto, es importante analizar las omisiones y acciones del Estado, para identificar medidas que estén afectando u obstaculizando la realización de los DESCA; por ejemplo: políticas estatales discriminatorias y excluyentes en materia de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; diseño y aplicación de programas alimentarios o de vivienda inadecuados culturalmente; adopción de medidas legislativas o presupuestales regresivas que afectan el sistema de protección social; no aplicación del máximo de recursos disponibles (incluidos los de la cooperación internacional) para atender las necesidades prioritarias de la población, con énfasis en la población extremadamente pobre; falta de una adecuada regulación y control de los actores no estatales como empresas privadas nacionales o transnacionales que no respetan los derechos laborales o que dañan el medio ambiente."[4]

Assim, o amparo às pessoas para que tenham condições de vida digna é descumprido por toda ação concreta que reduza, em termos de acesso, ao bem jurídico tutelado pelo mínimo existencial, como também pela omissão de concretização de uma previsão normativa ou mesmo pela falta de edição de um ato normativo que viabilize o alcance de um *status* jurídico favorável ao indivíduo.

O Poder Judiciário é uma instância cada vez mais cobrada na promoção de inclusão social na medida em que se trata de poder com maior autonomia e independência em relação aos demais poderes constituídos. O sujeito, diante da prerrogativa constitucional de inafastabilidade da jurisdição, procura o órgão jurisdicional na esperança de resguardar ou aplicar sua pretensão ou direito em juízo. Tal atuação nas instâncias judiciais é polêmica e alvo de críticas que aqui não pretendemos enquadrar, mas reconhecemos que alguns excessos são cometidos e merecem uma análise mais depurada da doutrina em relação aos níveis de cabimento da intervenção judicial sobre as políticas públicas de direitos sociais.

As políticas públicas instituídas para erradicar a pobreza e conferir ao ser humano um tratamento digno vêm apresentando falhas funcionais e estruturais e até não se concretizam por falta, em várias situações, de interesse político.

As práticas de inclusão social (políticas governamentais) que normalmente são de competência ou atribuição a ser executada pela Administração Pública (diga-se, Poder Executivo), são atingidas (ou adiadas) porque em muitos casos são desviadas dos seus objetivos.

A ausência de conhecimento sobre direitos fundamentais é um fator que contribui para que as políticas públicas não sejam reconhecidas como forma de cumprimento de deveres e realização de direitos passíveis de serem exigidos na esfera do Poder Judiciário.

Com alguma frequência o paternalismo e assistencialismo permeiam o Estado e a sociedade brasileira, pois o acesso à alimentação, moradia, saúde, educação, cultura, lazer, entre outros, ainda não são reconhecidos plenamente como direitos fundamentais, ao contrário, é comum que os direitos sociais sejam confundidos como favor político, caridade ou privilégio de certas pessoas em detrimento de outras.

Daí resulta imperioso que omissões perante direitos fundamentais, das quais afastam a aplicabilidade e o respeito aos direitos sociais, sejam rebatidas. A comunidade científica deve se pronunciar, bem como ações por parte dos cidadãos e do Ministério Público devem ocorrer, em forma de provocação ao Poder Judiciário, com a finalidade de garantir a não violação de direitos elementares e a

[4] TERÁN, Areli Sandoval. "La importancia de la perspectiva de derechos humanos en las estrategias de desarrollo y de erradicación de la pobreza". In *El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humanos.* Cuaderno Ocasional 05. Coordinado por el Equipo de Investigación de Social Watch. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006, p. 36.

observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Em resumo, medidas concretas de políticas públicas devem ser tomadas para que sejam efetivados valores substanciais e inafastáveis as pessoas em consonância com os princípios e objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Assim sendo é que o presente estudo aborda a questão da pobreza e da marginalização sócio-econômica como formas de alijamento dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, ou seja, como violação sistemática aos direitos humanos no contexto de uma ordem globalizada.

II. Pobreza: uma questão de direitos humanos

É corrente a compreensão no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos que os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.[5] Assim, evidenciando-se a violação dos chamados direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais) esse fato, poderá trazer vários desdobramentos no campo dos chamados direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos). *In casu*, ocorrendo à pobreza extrema, por certo que o exercício dos demais direitos estará comprometido.

De fato, a pobreza extrema é incompatível com o exercício do *direito a um nível de vida adequado*, tal como preceituado no art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos. Por isso mesmo que levando-se em conta todos os aspectos da vida são interdependentes é que se chega ao entendimento de que as pessoas extremamente pobres estão privadas de um conjunto de direitos. Isso porque estas pessoas acabam por se tornar verdadeiros "excluídos sociais" na medida em que não podem praticar e exercer direitos econômicos, culturais e, por óbvio, os sociais.

A pobreza extrema constitui um exemplo do vínculo indivisível que une os direitos humanos que revela a fragilidade de divisões meramente conceituais e fragmentadas sobre os mesmos, geralmente associadas à reflexões superficiais para problemas complexos e respostas reducionistas, contabilizadas em índices e análises incapazes de quantificar a intensidade de exclusão social vivenciada pelas pessoas em situação de pobreza.

A pobreza ultrapassa a falta de ingresso, possui dimensões econômicas, sociais e de governabilidade. Economicamente, os pobres estão privados de ingressos e recursos, mas também de oportunidades. Os mercados e os empregos são normalmente de difícil ingresso por causa das baixas capacidades e da exclusão geográfica e social. O acesso limitado à educação de qualidade afeta a possibilidade de obter trabalho e de ter acesso à informação que possa melhorar as suas oportunidades e, por consequência, a qualidade de vida. As deficiências na saúde em razão da nutrição inadequada, higiene e serviços de saúde limitam ainda mais suas perspectivas de trabalho e de realizar ao máximo seu potencial físico e mental. Esta debilidade é exacerbada pela insegurança devido às condições marginais de vida, sem recursos em que se apoiar, complicando ou mesmo impossibilitando a superação de certos impactos. As dificuldades acentuam-se pela estrutura das sociedades e as instituições que tendem a excluir os pobres de participar no processo decisório sobre o desenvolvimento social e econômico.

Os dilemas relacionados com a pobreza não se equacionam, certamente, com a mera ratificação de tratados internacionais e com a promulgação de leis ao nível nacional. A legislação por si só não pode garantir os direitos humanos. Instituições são necessárias para apoiar o processo jurídico, assim como uma cultura de normas e ética sociais para reforçar, não amenizar, as estruturas jurídicas. Também é essencial uma atmosfera econômica propícia. Porém, com uma base de pobreza extrema e de ingresso muito baixo é difícil

[5] Nesse sentido, vide GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2011.

constituir uma estrutura que baste para garantir todos os direitos humanos a todas as pessoas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que a pobreza extrema constitui uma violação generalizada a todos os direitos humanos, tanto civis e políticos como econômicos, sociais e culturais. Os requerimentos ao direito humano a uma vida digna transcendem os conteúdos igualmente fundamentais do direito a não ser executado arbitrariamente, do direito a integridade pessoal, do direito a liberdade pessoal, dos direitos relacionados com o sistema de democracia representativa e os demais direitos civis e políticos. Ademais de destinar recursos públicos em montante suficiente para os direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados devem zelar pelo uso apropriado de tais recursos. A experiência demonstra que a pobreza pode atingir seriamente a institucionalidade democrática, pois constitui uma desnaturalização da democracia e torna ilusória a participação cidadã, o acesso à Justiça e o efetivo desfrute, em geral, dos direitos humanos.

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas a pobreza é definida como *"una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales."* (E/C.12/2001/10, §8) A pobreza extrema emerge quando esta *"afecta a varios ámbitos de la existencia, tiende a prolongarse en el tiempo haciéndose persistente y obstaculiza gravemente las posibilidades de recobrar los derechos y reasumir las propias responsabilidades en un futuro previsible."* (E/CN.4/Sub.2/1996/13, Anexo III).

As pessoas confrontadas com a pobreza extrema têm uma ausência de perspectiva de vida e a incapacidade de exercer uma real responsabilidade em sua vida e de seus agregados. Impende assinalar a exclusão social dentro do conceito de pobreza extrema, uma vez que sublinha a importância do aspecto relacional e da marginação social que sofrem estas pessoas e que podem ser a causa ou consequência desta pobreza. Logo, para além da falta de recursos econômicos, a falta de recursos relacionais e afetivos deveria ser mais considerada ao analisar o fenômeno da pobreza extrema. Também formam parte do desenvolvimento humano os bens intelectuais e culturais, normalmente de ingresso muito limitado para as pessoas em extrema pobreza.

Em suma, a pobreza extrema inviabiliza o gozo de direitos; por certo que se apresenta como violação à dignidade humana e, em certos casos, ameaça para o direito à vida. Indubitavelmente que a situação ora apresentada traduz, de igual forma, em violações sistemáticas em diversos campos, isto é, direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como atenta contra as liberdades, especialmente a de ser livre da pobreza e corresponde a negação do direito ao desenvolvimento.

Diante dos fatos, torna-se imperioso que os Estados adotem e ponham em ação medidas legislativas e administrativas para reverter esse quadro adverso no que se refere a pobreza extrema, adotando-se uma política de distribuição equitativa e não discriminatória dos serviços públicos. Urge converter as estratégias de combate à pobreza voltadas para dar satisfação das necessidades mais imediatas dos sujeitos que vivem em condições indignas para outra visão fundada nos direitos cuja concretização plena exige a implementação de estratégias voltadas para remoção das causas da pobreza.

Evidencia-se que é indispensável à criação de mecanismos eficientes que permitam zelar pelo respeito por aqueles direitos e pelo cumprimento das obrigações. Mas afinal, que tipo de soluções podem ser propostas? Será necessário e eficaz recorrer à intervenção do sistema judicial ou podem existir outras formas de intervenção mais rápidas?

Com efeito, dentre as formas cabíveis de obrigar à prestação de contas distinguem-se quatro grandes grupos: a) a via judicial, incidindo sobre atos

ou omissões; b) a via quase judicial, por exemplo, a criação da figura do Provedor ou o recurso a organizações que zelam pelo cumprimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos; c) a via administrativa, por exemplo, através da publicação de relatórios acerca do impacto de certas medidas sobre os direitos humanos; d) a via política, por exemplo, através da intervenção dos Parlamentos.

Estas vias não são mutuamente excludentes e/ou exclusivas. Importa que a opção adotada busque uma combinação de soluções que melhor permita servir os objetivos no tocante às estratégias de combate à pobreza, garantindo, em qualquer caso, que os mecanismos gerados tenham condições de funcionamento correto, sejam transparentes e, sobretudo, acessíveis às pessoas que vivem em situação de pobreza.

Nos documentos internacionais podem ser coletados princípios que devem reger a luta contra a pobreza extrema:

a) A pobreza é uma condição que se caracteriza pela privação contínua ou crônica dos recursos, capacidade, opções, segurança e poder necessários para desfrutar de um nível de vida adequado e de outros direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

b) A pobreza extrema e a exclusão social constituem uma violação da dignidade humana, pelo que se deve dar prioridade a adoção de medidas nos planos nacional e internacional para eliminá-las.

c) As pessoas que vivem em extrema pobreza estão legitimadas para exigir que as políticas e programas nacionais e internacionais cujo objetivo seja erradicar a pobreza extrema sejam organizados e levados a efeito respeitando os princípios dos direitos humanos e os demais princípios que regem a luta contra a pobreza.

d) As pessoas que vivem em condições de pobreza extrema têm o direito a desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, incluindo o de participar na adoção das decisões que lhes concernem e contribuem para o bem estar de sua família, sua comunidade e da humanidade.

De fato, a discriminação contra pessoas em situação de pobreza é uma forma de violação de direitos humanos. São formas de discriminação a estigmatização dos pobres e suas associações, agrupamentos, locais de residência e sua qualificação como pessoas sem direito, perigosas, violentas ou com outras características negativas. A discriminação por causa de sua imagem, vestimenta, aspecto físico ou qualquer outro motivo relacionado com sua situação de pobreza extrema constitui uma violação de direitos humanos.

As pessoas que se encontram em condições de pobreza tem o direito de participar plenamente na vida da comunidade que residem, ter domicílio, possuir documento de identidade ou qualquer outro documento que identifique sua cidadania ou sua condição legal e desfrutar de todos os direitos civis e políticos enunciados na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além dos direitos previstos no ordenamento jurídico interno dos Estados.

Os governos em particular estão obrigados a acabar com a violência exercida por agentes do Estado ou alheios a este contra pessoas que vivem em situação de pobreza, especialmente crianças e mulheres, e proporcionar proteção policial adequada. O Estado não pode se furtar a responsabilidade de elaborar programas de educação para a população em geral, e em particular para os corpos da polícia, a fim de prevenir a discriminação contra as pessoas hipossuficientes.

Portanto, um dos primeiros passos a ser dado neste propósito é superar o preconceito existente em relação às causas da pobreza. No Brasil e em vários outros países existem suficientes recursos materiais, humanos e institucionais para tentar erradicar a pobreza sem eliminar as pessoas que estão sujeitas a esta condição. Por isso, não há razões plausíveis para supor que a pobreza é invencível, um estado crônico, natural e insuperável da humanidade. A

pobreza pode ser aplacada e até erradicada com uma autêntica e consciente motivação coletiva e vontade política.

Outro preconceito contra o qual é preciso avançar diz respeito à crença de que a pobreza é resultado do "querer dos pobres", isto é, por não se realizarem o esforço necessário para obtenção de melhores condições de vida ou ainda, a crença de que estes são desregrados ou usam a pobreza como um disfarce para buscar privilégios e benefícios sociais. Esta percepção é fruto de visões culturais arraigadas, erguidas sob preconceitos e disseminadas como um lugar comum, sem fundamentação científica que lhes dê respaldo.

Sem embargo, um dos grandes fatores que contribui para a permanência destas falsas ideias é o fato da pobreza colidir frontalmente com a dignidade humana e praticamente calar a voz dos atingidos, retirando-lhes, inclusive, a possibilidade de mobilização e a capacidade de reivindicação de níveis mais adequados de vida, para além de uma vil sobrevivência. O empoderamento dos pobres torna-se indispensável para remover estes obstáculos sociais e dar uma perspectiva mais adequada sobre as causas da pobreza.

O combate à pobreza tem de ocupar lugar central na condução das políticas públicas. A agenda política e os programas partidários não podem se furtar a dar visibilidade e orientar medidas propositivas para solucionar este poblema. A macroeconomia não pode ser direcionada tão somente para o crescimento econômico, a competitividade, a inovação tecnológica, produtividade ou a consecução de equilíbrio orçamental e externo. O fator humano deve permear o econômico de modo a construir um modelo e estratégias que realmente possa impactar positivamente a luta contra a pobreza, produzindo um nível de desenvolvimento humano e coesão social.

Assim, são necessárias políticas públicas que verdadeiramente coloquem ênfase na erradicação da pobreza, fixando metas e objetivos concretizáveis e a definição de critérios de avaliação de resultados e a definição dos responsáveis pela sua consecução nos níveis mais elevados da governação.

Dentre as políticas públicas indicadas para compor uma estratégia de combate à pobreza, podem ser mencionadas as de repartição de rendimentos, que visam corrigir os mecanismos do mercado; as políticas de segurança social, principalmente na valoração de benefícios em patamares compatíveis com um nível de vida acima da linha de pobreza; as políticas ativas de emprego e de fixação de salários, visto a pobreza concentrar índices elevados entre os desempregados, as pessoas com empregos precários e baixos salários; as políticas de correção das desigualdades feita pelos governos através da política fiscal e das transferênciais sociais; e, por último, as políticas de ordenamento do território e de desenvolvimento local que permitam fixar as populações nos seus territórios de origem, mediante a valorização dos respectivos recursos locais.

Para vencer a pobreza é recomendável a existência de equipamento social de resposta às necessidades sociais e a existência de serviços de proximidade, sem olvidar de mecanismos que atendam os grupos socialmente mais vulneráveis a pobreza. A validade desses equipamentos é sentida no próprio impacto sobre a pobreza e pelo retorno positivo na geração de empregos e espaços de convívio, na socialização e na inclusão social. A rede social municipal é um instrumento potencialmente útil para arquitetar um plano de desenvolvimento social local, o que se enquadra perfeitamente na máxima de pensar global e agir local. Para obter sucesso nas propostar devem-se construir procedimentos adequados de acompanhamento que promovam uma avaliação crítica permanente e confronte os resultados alcançados com as práticas propostas para corrigir em tempo as imperfeições identificadas.

É importante ressaltar o capital humano das pessoas em estado de pobreza e dos excluídos. A educação tem um papel fundamental nesta área e deve servir de instrumento para inclusão e melhoria das condições pessoais para enfrentar o problema da pobreza geracional, rompendo-se, assim, com o chamado "ciclo vicioso".

III. Políticas públicas de combate à pobreza e as questões de direitos humanos

Antes de inserirmos o debate sobre as políticas públicas de combate à pobreza, vale recordar que o Estado age por ações desenvolvidas pela Administração, pelos órgãos governamentais e órgãos administrativos para dirigir, governar e exercer a sua vontade na busca de um resultado útil e adequado. Portanto, os planos de ação e suas diretrizes competem aos órgãos governamentais; a execução fica a cargo dos órgãos administrativos a eles subordinados. Nesse sentido, ressalta-se a concepção de políticas públicas enquanto "programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2002).[6]

A realização de políticas públicas, entendidas aqui como programas de ação estatal, encontra relação estreita com os direitos sociais e estes serão concretizados por meio de prestações positivas do Estado.[7]

O direito de acesso às políticas públicas é abarcado pelos aspectos formal e material do princípio da igualdade. Isso ocorre porque se por um lado exige-se a universalidade no acesso às políticas públicas, por outro, as prestações sociais destinam-se à correção das desigualdades sociais (ABREU, 2008).[8]

A concretização da igualdade vai além do conteúdo da isonomia, exigindo tratamentos distintos para tornar os indivíduos iguais ou ao menos oferecê-los acesso proporcional às oportunidades para que almejem, segundo seu mérito, progredir dentro da sociedade. A igualdade material compatibiliza-se com a noção de discriminação positiva, ou a prestação positiva de políticas que efetivem essa igualdade. Ela é o critério mais elevado do sistema constitucional, e representa o critério maior contido na Constituição para a interpretação dos Direitos Sociais (BONAVIDES, 2003).[9]

Feitas estas breves considerações pontuamos que o conciso estudo sobre as políticas públicas contemporâneas de combate a pobreza brasileira tem por objetivo demonstrar a premente necessidade de submetê-las ao crivo dos direitos humanos. Esta aproximação é imperiosa para que os programas instituídos pelo Governo não venham a propagar mecanismos que contrariam os próprios eixos centrais que as políticas públicas visam resolver.

Sem embargo, os programas de transferência condicionada de renda conseguiram, depois da década de 1990, especial nota no debate sobre as políticas públicas de proteção social e combate à pobreza. Frente às transformações nas condições de vida ligadas ao aumento do desemprego, precarização das relações de trabalho e crise de laços e vínculos sociais, tais programas emergem como alternativas às ações tradicionais de assistência social.

Assim, para além do alívio da miséria e da fome, visam garantir impactos positivos no desenvolvimento de capital humano, por meio da transferência de benefícios monetários não contributivos associados às contrapartidas sociais. As contrapartidas ou condicionalidades exigidas das famílias ou indivíduos podem incluir a manutenção dos filhos na escola, o uso dos serviços básicos de saúde ou ainda, a inserção em ações complementares de capacitação profissional e geração de emprego e renda favorecendo, portanto, efeitos em longo prazo no perfil de desigualdades sociais.

---

[6] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. Cit.* P. 39.

[8] ABREU, Lidiane Rocha. ***Bolsa Família: uma política pública de acesso aos direitos sociais***. In: *Âmbito Jurídico,* Rio Grande, 94, 01/11/2011 [Internet]. **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10740. Acesso em 03/05/2012.

[9] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 374.

A implementação de múltiplas experiências na Europa, América Latina e África despertam o interesse no acompanhamento das ações e na avaliação de resultados. Ainda que sejam reiterados pontos de contato entre as distintas iniciativas, existem evidências de que o desenho operacional e os processos de cadastramento, seleção e monitoramento variam de acordo com dinâmicas político–institucionais locais. Assim, a despeito das semelhanças entre as iniciativas, critérios de elegibilidade, suportes financeiros e gerenciais, as estratégias para propor e avaliar programas adotados tende a espelhar as especificidades dos perfis locais de pobreza, exclusão e proteção social. No contexto brasileiro, marcado pelas profundas disparidades regionais e desigualdades sociais, desponta sempre o detate de como as políticas de transferência condicionada de renda podem impactar as condições de vida e saúde da população. MAGALHÃES, BURLANDY, SENNA, 2007).[10]

a) O Programa Bolsa Família: aspectos gerais

O programa brasileiro de transferência direta de renda, chamado Bolsa Família, tem recebido atenção internacional devido aos avanços na área de distribuição de renda. Todavia, o programa ainda padece de obstáculos quando submetido a uma avaliação sob a ótica dos direitos humanos. Antes de tratar deste assunto, importante traçar breves considerações sobre o programa.

O Programa Bolsa Família (PBF) é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País. O Bolsa Família integra o Plano Brasil Sem Miséria (BSM), que tem como foco de atuação os 16 milhões de brasileiros com renda familiar per capita inferior a R$ 70 mensais e está baseado na garantia de renda, inclusão produtiva e no acesso aos serviços públicos, de acordo com a Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e o Decreto nº 5.749, de 11 de abril de 2006.

O PBF possui três eixos principais: a) transferência de renda, b) condicionalidades e, c) ações e programas complementares. A transferência de renda procura promover o alívio imediato da pobreza. As condicionalidades reforçam o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social. Já as ações e programas complementares objetivam o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários consigam superar a situação de vulnerabilidade.

A gestão do Bolsa Família é descentralizada e compartilhada entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios sendo que os entes federados trabalham em conjunto para aperfeiçoar, ampliar e fiscalizar a execução do Programa.

O Bolsa Família seleciona as famílias com base nas informações inseridas pelo Município no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. O Cadastro Único é um instrumento de coleta de dados que tem como objetivo identificar todas as famílias de baixa renda existentes no Brasil.

Com base nos dados do Cadastro Único, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) seleciona, de forma automatizada, as famílias que serão incluídas no PBF. No entanto, o cadastramento não implica a entrada imediata das famílias no Programa e o recebimento do benefício.[11]

---

[10] MAGALHÃES, Rosana; BURLANDY, Luciene; SENNA, Mônica de Castro Maia. "Desigualdades sociais, saúde e bem-estar: oportunidades e problemas no horizonte de políticas públicas transversais" In: *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: v. 12, n. 6, nov./dez. 2007, p. 1415-1421.

[11] O Bolsa Família atende mais de 13 milhões de famílias em todo território nacional. O Programa tem vários tipos de benefícios: o básico, o variável, o variável vinculado ao adolescente (BVJ), o variável gestante (BVG) e o benefício variável nutriz (BVN). O valor do benefício pago pelo PBF varia de R$ 32 a R$ 306, de acordo com a renda mensal da família por pessoa, do número de crianças e adolescentes de até 17 anos e do número de gestantes e nutrizes componentes da família.

O Bolsa Família dispõe de benefícios financeiros transferidos mensalmente às famílias beneficiárias. As informações cadastrais das famílias são mantidas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Cadastro Único) e para receber o benefício são considerados a renda mensal per capita da família, o número de crianças e adolescentes até 17 anos e a existência de gestantes e nutrizes.[12]

As Condicionalidades são os compromissos assumidos, tanto pelas famílias beneficiárias do Bolsa Família, quanto pelo poder público, para ampliar o acesso dessas famílias a seus direitos sociais básicos. Por um lado, as famílias devem assumir e cumprir esses compromissos para continuar recebendo o benefício e, por outro, as condicionalidades responsabilizam o poder público pela oferta dos serviços públicos de saúde, educação e assistência social.[13]

O poder público deve fazer o acompanhamento gerencial para identificar os motivos do não cumprimento das condicionalidades. A partir daí, são implementadas ações de acompanhamento das famílias em descumprimento, consideradas em situação de maior vulnerabilidade social.

A família que encontra dificuldades em cumprir as condicionalidades deve, além de buscar orientações com o gestor municipal do Bolsa Família, procurar o Centro de Referência de Assistência Social, o Centro de Referência Especializada de Assistência Social ou a equipe de assistência social do município. O objetivo é auxiliar a família a superar as dificuldades enfrentadas.[14]

---

[12] O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) trabalha com quatro tipos de benefícios: Benefício Básico (R$ 70, concedidos apenas a famílias extremamente pobres, com renda per capita igual ou inferior a R$ 70); Benefício Variável (R$ 32, concedidos pela existência na família de crianças de zero a 15 anos, gestantes e/ou nutrizes – limitado a cinco benefícios por família); Benefício Variável Vinculado ao Adolescente (BVJ) (R$ 38, concedidos pela existência na família de jovens entre 16 e 17 anos – limitado a dois jovens por família); e Benefício Variável de Caráter Extraordinário (BVCE) (valor calculado caso a caso). Esses valores são o resultado do reajuste anunciado em 1º de março e vigoram a partir dos benefícios concedidos em abril de 2011.
Também em 2011 foi implantado o Retorno Garantido de famílias que tenham se desligado voluntariamente do PBF, bem como novas regras de reversão de cancelamento de benefícios. Por meio da Instrução Operacional nº 48 Senarc/MDS, publicada em 13 de outubro de 2011, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome divulgou os procedimentos operacionais a serem adotados nestes casos, assegurando o retorno imediato de famílias que realizem o Desligamento Voluntário e futuramente possam necessitar retornar ao Programa.

[13] Na área de saúde, as famílias beneficiárias assumem o compromisso de acompanhar o cartão de vacinação e o crescimento e desenvolvimento das crianças menores de 7 anos. As mulheres na faixa de 14 a 44 anos também devem fazer o acompanhamento e, se gestantes ou nutrizes (lactantes), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento da sua saúde e do bebê. Na educação, todas as crianças e adolescentes entre 6 e 15 anos devem estar devidamente matriculados e com frequência escolar mensal mínima de 85% da carga horária. Já os estudantes entre 16 e 17 anos devem ter frequência de, no mínimo, 75%. Na área de assistência social, crianças e adolescentes com até 15 anos em risco ou retiradas do trabalho infantil pelo Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, devem participar dos Serviços de Convivência e Fortalecimento de Vínculos e obter frequência mínima de 85% da carga horária mensal.

[14] O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) faz o acompanhamento das condicionalidades do Bolsa Família de forma articulada com os Ministérios da Educação e da Saúde. Nos municípios, o acompanhamento deve ser feito intersetorialmente entre as áreas de saúde, educação e assistência social. Os objetivos do acompanhamento das condicionalidades são: a) monitorar o cumprimento dos compromissos pelas famílias beneficiárias, como determina a legislação do programa; b) responsabilizar o poder público pela garantia de acesso aos serviços e pela busca ativa das famílias mais vulneráveis; c) identificar, nos casos de não cumprimento, as famílias em situação de maior vulnerabilidade e orientar ações do poder público para o acompanhamento dessas familias.

Esgotadas as chances de reverter o descumprimento das condicionalidades, a família pode ter o benefício do Bolsa Família bloqueado, suspenso ou até mesmo cancelado.[15]

b) Bolsa Família e dignidade da pessoa humana

Preliminarmente, impende assinalar que um dos problemas, geralmente apontados em relação ao PBF, está localizado na concepção do programa cuja debilidade refere-se ao fato de não ser concebido conjuntamente com uma perspectiva de direitos humanos. Um dos pontos críticos consiste nos critérios de acesso, uma vez que este não é garantido de forma incondicional, conforme o entendimento do STF.[16] Segundo Zimmermann não há a garantia de acesso irrestrito ao benefício porque existe uma limitação da quantidade de famílias a serem favorecidas em cada município (critério da seletividade), isto é, cada município é contemplado com certo número de famílias beneficiárias e caso surjam novas famílias carenciadas e em iguais condições de direito que as tornem aptas a

[15] O descumprimento das condicionalidades do Programa Bolsa Família por parte das famílias pode gerar alguns efeitos em seu benefício financeiro. Esses efeitos são gradativos, tornando possível a identificação das famílias que não cumprem as condicionalidades e acompanhá-las a fim de que os problemas que geraram o descumprimento possam ser resolvidos. Os efeitos vão desde a advertência da família, passando pelo bloqueio e pela suspensão do benefício, podendo chegar ao cancelamento conforme indicado: **1º descumprimento –** a família receberá apenas uma advertência, que não afeta ou altera o recebimento do benefício; **2º descumprimento –** a família terá seu benefício bloqueado por 30 dias, mas receberá acumulado no mês seguinte; **3º descumprimento –** o benefício da família será suspenso por 60 dias; **4º descumprimento –** o benefício da família será novamente suspenso por 60 dias. Nesses dois períodos de suspensão, a família ficará sem receber o benefício; **5º descumprimento –** a família terá o benefício cancelado. No caso de famílias beneficiárias com adolescentes de 16 e 17 anos matriculados na escola, os efeitos do descumprimento das condicionalidades do jovem (caso não atinja frequência escolar mensal de no mínimo 75%) incidirão exclusivamente no benefício deste, da seguinte forma: **1º descumprimento –** há advertência; **2º descumprimento –** o benefício será suspenso por 60 dias; **3º descumprimento –** o benefício referente ao jovem é cancelado. Ao final de cada período de acompanhamento, conforme o calendário de cada condicionalidade, o MDS informa por meio do Sistema de Condicionalidades (Sicon) as famílias que descumpriram as condicionalidades no período. A família em descumprimento é notificada através de correspondência escrita e pela mensagem do extrato bancário do benefício. Então, o efeito dessa repercussão vai para a folha de pagamento.

[16] O questionamento sobre o registro no Cadastro e o direito adquirido ao benefício foi objeto de ações e, neste Recurso Extraordinário resultou na compreensão de que o caso não pode ser objeto de tutela antecipada conforme se pode vislumbrar na seguinte ementa: "Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que, com base na Lei 10.836/2004, entendeu que o mero preenchimento do Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) não gera direito adquirido à concessão do benefício Bolsa Família, a qual depende do preenchimento de alguns requisitos. Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se, em suma, ofensa ao princípio da isonomia. Sustentou-se, ainda, que a recorrente preenche os requisitos previstos na Lei 10.836/2004 e no Decreto 5.209/2004, razão pela qual o benefício Bolsa Família deve ser concedido. Além disso, requereu-se o deferimento de tutela antecipada. A pretensão recursal não merece acolhida. Com efeito, a apreciação da alegada ofensa à Constituição demanda a análise das normas infraconstitucionais aplicáveis ao caso (Lei 10.836/2004 e Decreto 5.209/2004). A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Além disso, para se verificar se a recorrente preenche os requisitos para a concessão do benefício seria necessário o revolvimento das provas constantes dos autos, o que inviabiliza o recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279 do STF. Isso posto, com base no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso, prejudicado o pedido de antecipação de tutela. Publique-se. Brasília, 30 de agosto de 2010. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI- Relator - Processo: RE 628231 AM, Julgamento: 30/08/2010, Publicação: DJe-169 DIVULG 10/09/2010 PUBLIC 3/09/2010.

receber o benefício, ainda assim não serão contempladas em razão do limite fixado municipalmente (ZIMMERMANN, 2006).[17]

Outro equívoco é que a lógica do programa está fundamentada no discurso humanitário da ajuda e da assistência, ao invés do provimento de direitos. Quando o discurso passa pela proposição de ordem assistencialista o mais provável é que a medida seja utilizada como instrumento de barganha político-eleitoreira e não fica firmado o compromisso de manutenção do programa pelos governos subsequentes, que porventura sejam eleitos. A concessão de favores ou benefícios de caráter humanitários contraria a lógica de direitos que podem e devem, quando violados, ser objeto de demandas judiciárias. O objetivo do programa é a busca da autonomia das pessoas carenciadas. Por isso, o programa não deveria contemplar uma dimensão temporal máxima de acessibilidade, mas sim ser atribuído às pessoas enquanto perdurar o quadro de vulnerabilidade. Sendo os valores atribuídos às famílias tão reduzidos é improvável que se criem laços de dependência voluntária. Deste modo, para que o projeto alcance um efeito positivo em longo prazo e alcance os Objetivos do Milênio, torna-se imprescindível que este unifique suas práticas com o enfoque da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a Constituição brasileira de 1988 formada após duro período de negação do valor da pessoa humana, restaurou um regime político democrático no Brasil, consolidando ao longo de seu texto a proteção a inúmeros direitos e garantias fundamentais. Assim, o legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro). [18]

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitá-lo, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade.

Frise-se, por oportuno, que esse reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo direito resultam justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano, e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o direito reconhece e protege esta dignidade (SARLET, 2005).[19]

Konder Comparato assinala que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas (COMPARATO, 1999)[20]

Sarlet[21] (SARLET, 2001) propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana, que além de reunir a perspectiva ontológica e instrumental, destacou-lhe a faceta intersubjetiva quanto a dimensão negativa (defensiva) e a positiva (prestacional):

---

[17] ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: o caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 3. n. 4, 2006, p. 145-159.

[18] "Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político." (grifos nossos).

[19] SARLET, Ingo W. *Dimensões da dignidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.14

[20] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20

[21] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

"Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos."

Gouvêa[22] (GOUVÊA, 2003) aponta para a necessidade de garantia de direitos sociais mínimos para o desenvolvimento da vida digna, sem os quais os direitos da liberdade permaneceriam num mero esquema formal.

Robert Alexy[23] (ALEXY, 1997) admite que a norma da dignidade da pessoa humana pode ser percebida como princípio, devendo gerenciar todo ordenamento, e como regra, tratando da questão das condições mínimas de existência, e nesse sentido, com caráter absoluto.

A dignidade da pessoa humana ganha destaque, não obstante esta se merecer como um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como sua natureza necessariamente polissêmica (SARLET, 2005).[24] Sua valorização ganha importância tanto no âmbito do direito interno dos Estados (com a previsão legislativa consagrada nas Constituições substanciais e/ou formais na categoria de direito fundamental e, não tão raramente, na categoria de estrutura organizacional dos próprios Estados), como no plano internacional (em especial, com a celebração de vários Tratados Internacionais).

A dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana que não pode ser afastada de quem quer que seja. Portanto, o Estado deve assegurar condições para que a pessoa possa viver de forma digna, observando-se, portanto, liberdades negativas (abstenção) como também as liberdades positivas (promoção), havendo a proteção e o reconhecimento do mesmo (Estado) para que todos possam alcançar o ideal de uma vida digna. Neste sentido, ganha destaque neste estudo o Programa Bolsa Família para minimizar os efeitos negativos da pobreza no Brasil e, portanto, a necessidade de fomentar essa política pública.

Buzanello ao estudar o direito à alimentação, que se apresenta como um dos principais problemas produzidos pela pobreza, a falta de alimento, sustentou que "o direito à alimentação adequada, apesar de já consagrado em textos de âmbito internacional, demanda maior preocupação pelos Estados na implementação interna de ditas diretrizes. Em termos simples, pode ser conceituado como o direito que toda pessoa tem de obter alimentação saudável, fácil de ser conseguida, de qualidade, em quantidade suficiente e de forma estável. Afinal, a fome, a miséria e a desnutrição são assuntos pouco discutidos no cenário macroeconômico, em que a ânsia capitalista de auferir crescentes lucros não se compadece com os graves abismos sociais, presentes em especial nos países

---

[22] GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.10.

[23] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centros de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 108.

[24] SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16 complementa a ideia: "Uma das principais dificuldades reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico normativa."

menos desenvolvidos, que, de fato, representam nichos de violência e um verdadeiro "genocídio silencioso", nos palavras de Jean Ziegler, na função de Relator Especial da ONU sobre o Direito à Alimentação (BUZANELLO, 2007)." [25]

Essa ânsia capitalista decorre, em larga medida, dos resultados que são produzidos na atualidade pela globalização que trazem consequências danosas para efetividade de direitos humanos.

IV. Globalização x pobreza: à guisa de conclusão

Boaventura de Sousa Santos assevera que uma revisão dos estudos sobre os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por essa razão, acrescenta, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas parecem inadequadas (SANTOS, 2005).[26]

Nos dias atuais, culturas, etnias e raças vêm sendo empurradas pela globalização, envolvendo praticamente todos os países, uns como hegemônicos, protagonistas ou dominantes, uns como subordinados, dominados ou coadjuvantes e outros como apêndices, com sérias consequências para as nações e para os Estados e seus cidadãos.

Por isso mesmo é que a globalização tem suscitado posicionamentos favoráveis[27] e contrários[28], otimistas e pessimistas, de amor e de ódio. O fato é que em razão da globalização, o Estado deixa de exercer o papel de proporcionar o bem-estar[29] dos seus cidadãos propiciando grandes desigualdades sociais e

---

[25] BUZANELLO, José Carlos. Direitos humanos à alimentação. In GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar. Vol. III.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007, p. 134

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalização: fatalidade ou utopia.* 3.ed. Porto: Afrontamento, 2005, p. 32

[27] Vale destacar as palavras de KRUGMAN, Paul. *Globalização e globobagens: verdades e mentiras do pensamento econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 92 quando louva empregos ruins e mão-de-obra barata em detrimento da falta de emprego: "Ainda que os tubarões capitalistas se aproveitem da globalização, os maiores beneficiários são, isto sim, os trabalhadores do Terceiro Mundo. Afinal, a pobreza global não é algo recente, maquinado para a locupletação das corporações multinacionais. (...) Por quê, então, a indignação dos meus missivistas? Por quê a imagem de um indonésio costurando tênis por sessenta centavos de dólar a hora evoca sentimentos tão mais compungidos do que a de outro indonésio num minúsculo pedaço de terra ganhando o equivalente a trinta centavos de dólar por hora para alimentar a família – ou a de um filipino cavucando o lixo num vazadouro público? A resposta, suponho, é algum tipo de escrúpulo. Ao contrário do lavrador faminto que luta pela subsistência, as mulheres e crianças na fábrica de tênis estão trabalhando por salários de escravo para o nosso benefício – e a situação faz com que nos sintamos impuros. E assim surgem as exigências moralistas por normas trabalhistas internacionais: os opositores da globalização insistem em que não deveríamos comprar esses tênis e camisas, a não ser que as pessoas, que labutam na sua fabricação, recebam salários dignos e trabalhem sob condições decentes."

[28] PINAUD, João Luis. A globalização pensa a miséria? *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais.* Rio de Janeiro: Destaque, 1997, p. 114, quando assinala: "As práticas globalizantes da ordem econômica internacional comprovam a promoção da ruína que a luta política consciente poderia evitar. Não se pode falar em direitos, em direito humano ao desenvolvimento mantendo países da África e América Latina submetidos a uma ordem mutiladora. (...) A mesma luta não poderá aceitar esse novo postulado unipessoal da pilhagem chamado globalização."

[29] Nesta perspectiva, AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 112 enfatizou: "Progressivamente liberada de todo o contraste, a entidade providencial do mercado ilimitado, fundada sobre si mesma, mostra a sua face cruel, consagrando a exclusão social, agredindo as conquistas do próprio liberalismo e os direitos sociais advindos do Welfare State. (....) Se o desemprego mostra-se crescente, os neoliberais de plantão asseveram que é conjuntural, o essencial sendo manter a inflação

problemas relacionados ao subemprego, o desemprego, a xenofobia e o racismo exacerbado.

Herrera Flores acentua que a nova fase da globalização, denominada por ele de "tercera transicion del capital", apresenta-se por quatro características articuladas: a proliferação de centros de poder; a intrincada rede de interconexões financeiras; a dependência de uma informação que produz efeitos em tempo real; e o ataque frontal aos direitos sociais e trabalhistas. Estas características estão provocando uma mudança significativa em matéria de direitos humanos (FLORES, 2005).[30]

Alves, alargando a discussão, aponta alguns efeitos colaterais da globalização: "(...)a busca obssessiva da eficiência faz aumentar continuamente o número dos que por ela são marginalizados, inclusive nos países desenvolvidos; a mecanização da agricultura provocou o êxodo rural, inflando cidades e suas periferias; com a informatização da indústria e dos serviços o trabalho não especializado torna-se supérfluo e o desemprego estrutural; a mão-de-obra barata, ainda imprescindível na produção, é, muitas vezes, recrutada fora do espaço nacional pelas filiais de grandes corporações instaladas no exterior (ALVES, 2005)."[31]

Com isso, evidencia-se uma dilapidação dos direitos humanos, em suas diversas dimensões, alcançando inclusive países ricos e países emergentes (como por exemplo, o Brasil que empreendeu uma grande reforma previdenciária que alcançou milhares de brasileiros) e o aumento da miséria e da penúria social nos pobres.

Corroborando o entendimento, Boaventura lembra que os países periféricos e semiperiféricos são os que mais estão sujeitos às imposições do receituário neoliberal, haja vista que são transformados pelas agências financeiras multilaterais em condições para renegociação da dívida externa através dos programas de ajustamento estrutural.[32]

Na feliz manifestação de Alves[33], enquanto para a sociedade de classes da "antiga" modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o Welfare State), para a sociedade

---

em baixa. Para isto, crescem as medidas restritivas dos direitos sociais, em nome da sacralidade dos planos econômicos."

[30] FLORES, Joaquin Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: critica del humanismo abstracto.* Madrid: Catarata, 2005, p. 226: "A un nivel jurídico, estos hechos han inducido, en primer lugar, a la crisis del derecho nacional de los derechos humanos, ya que las constituciones – sobre todo, las que surgieron en América Latina y en Europa Latina tras las dictaduras del último tercio del siglo XX, y en las que se vertió la última esperanza del Estado democrático de derecho – están perdiendo su carácter normativo y se están acercando peligrosamente a lo que Karl Loewestein denominaba constituciones nominales y semánticas; y en segundo lugar, están suponiendo la reconfiguración del derecho internacional de matriz particularista y soberanista que primó tras la proclamación de la Declaración Universal, en un "infraderecho" sometido a las reglas y principios de instituciones globales como la Organización Mundial del Comercio. La instauracion paulatina de un orden global desigual e injusto esta afectando, no solo a lo que va quedando de Estado de Bienestar – donde este existio – sino, lo que es mas grave, a la capacidad social y coletiva de proponer alternativas baseadas em la justicia social."

[31]ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade.* São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 26

[32] SANTOS, Boaventura de Sousa, op. cit., p. 37: "A globalização económica é sustentada pelo consenso económico neoliberal cujas três principais inovações institucionais são: restrições drásticas a regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações susceptíveis de serem objeto de propriedade intelectual; subordinação dos Estados nacionais às agencias multilaterais tais como: o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio.

[3333]ALVES, José Augusto Lindgren, op. cit. p. 27

eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração de trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade.

Sem embargo, os direitos humanos, apesar de estarem na ordem do dia em quase todos os cantos do planeta e serem transformados em lídimo interesse da sociedade internacional, esbarram no entrave da globalização econômica[34], transformando grande parcela da população em "excluídos globalizados".[35]

Os direitos humanos são aviltados de várias formas diferentes, em todos os cantos do mundo, causando horror, perplexidade e dor diante de fatos que devem ser rechaçados e condenados de maneira contundente.

O capitalismo selvagem que privilegia a globalização econômica tem produzido efeitos nocivos aos direitos humanos na ordem global. Nesse sentido, é que são evidenciados grandes problemas em relação aos Direitos Humanos, principalmente no campo dos direitos sociais.

O processo de globalização econômica tem vínculos diretos com a globalização social e a disseminação da desigualdade. Vislumbra-se para além do sistema de classes tradicional, uma classe capitalista transnacional, cuja forma institucional principal consiste nas empresas multinacionais. Uma aliança tríplice emerge no cenário composta pelas empresas multinacionais, a elite capitalista local e a elite estatal, que acentua a concentração de renda, ainda que exista um assentimento ao teórico princípio de redistribuição de rendimentos pelos membros da elite (REIS, 2000).[36]

Na globalização social, segundo Boaventura de Sousa Santos, forma-se o consenso neoliberal de que o crescimento e a estabilidade econômica implica na redução dos custos salariais, o que demanda a flexibilização das relações trabalhistas promovida pela liberalização do mercado de trabalho, diminuição dos direitos liberais, proibição de indexação de salários aos ganhos de produtividade e os ajustes do custo de vida e eliminação progressiva da legislação sobre salário mínimo e direitos sociais dos trabalhadores, sob a alegação de limitar o impacto inflacionário dos aumentos salariais. Como contrapartida da retração do poder de compra interna decorrente desta política surge a busca do mercado externo. Com isso, o cidadão converte-se no consumidor e o crédito torna-se o meio de inclusão em detrimento do direito. As políticas públicas voltam-se apenas para medidas compensatórias que aliviam, mas não atacam a raiz do problema da exclusão.

Enfim, a pobreza resultante da globalização não é tanto produto da escassez material ou de recursos humanos, mas sim fruto do desemprego ou

---

[34] Em sentido contrário FREEMAN, Michael. *Human rights.* Cambridge: Blackweel, 2002, p. 154: "The globalization is a dynamic form of power which is transforming the structure of the world that its taken for granted by international law, including international human rights law. Consequently key concepts of the international human rights regime, such as a state sovereignty and self-determination, are being undermined by forces that sweep across state borders, showing only contempt for the principle of the territorial integrity of states. Nevertheless, on this account, the international human rights regime is itself a form of globalization, and thus we cannot say that globalization is simply bad for human rights." (grifei)

[35] Na mesma direção ALVES, José Augusto Lindgren, op. cit., p. 9: "Filhos legítimos da modernidade e herdeiros presuntivos da Ilustração, os Direitos Humanos vivem situação contraditória nesta fase de pós-modernidade. Adquiriram inusitada força discursiva, mas são ameaçados de todos os lados. Afirmaram-se como baliza da legitimidade institucional, mas sofrem rudes golpes da globalização econômica. Fortaleceram-se na ciência política e são quase que descaracterizados pela filosofia epistemológica."

[36] REIS, Elisa P. "Percepções da elite sobre pobreza e desigualdade". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, nº 42, fev. 2000, p. 143-152.

subemprego, super endividamento das famílias, diminuição dos salários, desmantelamento das economias de subsistência.

No Brasil, pesquisas empíricas revelam uma estabilidade inaceitável da concentração de renda devido à sistemática opção equivocada das políticas governamentais conduzidas para a estratégia de crescimento econômico, cujo impacto é extremamente restrito na diminuição da pobreza e na distribuição de renda, o que acaba por perpetuar um quadro vergonhoso de ser um dos países mais injusto e desigual do mundo, muito embora não seja um país exatamente pobre (BARROS, HENRIQUE, MENDONÇA, 2000).[37]

Por isso mesmo, retomando o ponto indicado no tópico precedente relativo ao bolsa família, é que propomos ampliar o rol dos possíveis contemplados, independentemente dos números municipais fixados, por prazo indeterminado, isto é, enquanto durar a condição de vulnerabilidade e atribuído como um direito e não uma medida assistencialista. Assim, o cumprimento das metas estabelecidas na declaração de Objetivos do Milênio não terá um caráter meramente formal; antes será um plano bem estruturado e compromissado com o desenvolvimento humano.

V. Referências bibliográficas

ABREU, Lidiane Rocha. ***Bolsa Família: uma política pública de acesso aos direitos sociais*.** In: *Âmbito Jurídico,* Rio Grande, 94, 01/11/2011. **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10740. Acesso em 03/05/2012.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centros de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade.* São Paulo: Perspectiva, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARROS, Ricardo Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. "Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, nº 42, fev. 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

BUZANELLO, José Carlos. Direitos humanos à alimentação. In GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar. Vol. III.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

CUADERNO OCASIONAL 05. Coordinado por el Equipo de Investigación de Social Watch. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006.

FLORES, Joaquin Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: critica del humanismo abstracto.* Madrid: Catarata, 2005.

FREEMAN, Michael. *Human rights.* Cambridge: Blackweel, 2002.

GOUVEA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

GROVE, Chris. "Los derechos humanos y la lucha para erradicar la pobreza". In *El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humanos***.** Cuaderno Ocasional 05. Coordinado por el Equipo de Investigación de Social Watch. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar.* 4. ed. São Paulo: Saraiva,

[37] BARROS, Ricardo Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. "Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, nº 42, fev. 2000, p. 123-142.

2016.
GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 2011.
KRUGMAN, Paul. *Globalização e globobagens: verdades e mentiras do pensamento econômico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
MAGALHÃES, Rosana; BURLANDY, Luciene; SENNA, Mônica de Castro Maia. "Desigualdades sociais, saúde e bem-estar: oportunidades e problemas no horizonte de políticas públicas transversais" In: *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: v. 12, n. 6, nov./dez. 2007.
PINAUD, João Luis. A globalização pensa a miséria? *Globalização, neoliberalismo e direitos sociais.* Rio de Janeiro: Destaque, 1997.
REIS, Elisa P. "Percepções da elite sobre pobreza e desigualdade". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, nº 42, fev. 2000.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalização: fatalidade ou utopia.* 3.ed. Porto: Afrontamento, 2005.
SARLET, Ingo W. *Dimensões da dignidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
ZIMMERMANN, Clóvis Roberto. Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: o caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 3. n. 4, 2006.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 43-59
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A identificação criminal pela biometria

Criminal identification by biometry

FRANCIVALDO GOMES MOURA[1]
Universidade Federal de Campina Grande (Brasil)

Sumário: Introdução. Identificação criminal: conceito, noções históricas e a constitucionalidade. Identificação criminal: conceito e finalidade. Noções históricas. A história da identificação criminal no Brasil. A identificação criminal e sua relação com os princípios da dignidade da pessoa humana, pessoalidade da pena e devido processo legal. A identificação biométrica através da digital. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: A identificação dos indivíduos é uma necessidade da sociedade, em particular à identificação criminal. O artigo discute a possibilidade de a identificação biométrica ser utilizada na finalidade de identificação criminal. A identificação criminal constitui constrangimento ilegal, quando o indiciado já tenha sido identificado civilmente, a dignidade da pessoa humana atua claramente como ferramenta de contenção de abusos e de violações aos direitos humanos. Diante dessa realidade social surgiu a necessidade estatal de aperfeiçoar o direito para possibilitar a identificação biométrica como uma forma segura e efetiva de individualização criminal. A biometria é método automatizado de identificação que se realiza via confrontação de dados biológicos pré-definidos do indivíduo. Assim, cabe a biometria como espécie de identificação criminal.

Palavras-chave: Identificação criminal, dignidade humana, biometria.

Abstract: Identification of individuals is a necessity of society, particularly criminal identification. The article discusses the possibility of biometric identification being used for the purpose of criminal identification. Criminal identification constitutes an illegal constraint, when the accused has already been identified civilly, the dignity of the human person clearly acts as a tool to contain abuses and violations of human rights. Faced with this social reality, the state's need to improve the right to make biometric identification a safe and effective way of criminal individualization arose. Biometrics is an automated method of identification that is performed via the confrontation of predefined biological data of the individual. Thus, biometrics is a kind of criminal identification.

Keywords: Criminal identification, human dignity, biometrics.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva trazer a comunidade científica uma pequena contribuição para facilitar e aprimorar a identificação criminal, ou seja, a identificação do suspeito de prática criminosa, abordando sua importância para o processo penal e desvendar essa nova técnica de identificação humana: a biometria.

A discussão desse problema de relevância científica objeto da pesquisa aqui

[1] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social/Professor da Universidade Federal de Campina Grande

abordada tem como perspectiva demonstrar a possibilidade de inclusão da biometria como método de individualização humana com vistas a dar maior segurança para o processo penal garantindo uma maior agilidade e precisão na persecução penal.

A problemática advém porque os métodos atuais são oriundos de séculos passados, conquanto havendo, com avanço da ciência e tecnologia, o uso das ferramentas sofisticadas que podem atualizar o sistema de identificação no âmbito criminal.

Cumpre dizer que nesse diapasão desponta a identificação biométrica como sendo uma técnica automatizada de individualização criminal que possui um teor consideração de precisão e possui como base os dados biológicos do ser humano, como digitais, a íris, o desenho vascular da mão etc.

Com efeito, o artigo terá como objetivo geral analisar possibilidade e consequências da identificação criminal. Já os objetivos específicos serão o detalhamento da abordagem dada pela Constituição República Federativa do Brasil, assim como das leis ordinárias que regulamentaram o tema, demonstrando que há a possibilidade de utilização da identificação biométrica pelo processo penal.

A importância deste artigo se reflete na introdução de novo método de identificação que auxiliará as técnicas tradicionais já existentes (datiloscopia e fotografia), permitindo conferir maior confiança e eficiência na individualização, visando diminuir os erros causados pela incorreta identificação.

Ademais, ocorrerá a modernização da identificação criminal no Brasil, pois a biometria já foi introduzida na sociedade tanto pelo Estado como pelas instituições privadas, sendo premente a necessidade de implantar, regulamentar e efetivar a utilização da biometria para fins criminais.

No que diz respeito à metodologia, o método de abordagem será o dedutivo e a técnica de pesquisa será a pesquisa bibliográfica em livros, dissertações, artigos, sites e na legislação brasileira com o objetivo de colher informações sobre a identificação criminal e biométrica.

No presente artigo será trabalhado o conceito de identificação criminal, as noções históricas envolvendo o tema desde o primeiro método de individualização, ou seja, o nome, passando pelos métodos degradantes do ferrete e mutilação até chegar ao processo datiloscópico de Vucetich, adotado no Brasil desde o início do século XX.

Por fim, o artigo abordará a biometria, método de identificação automatizado realizado através de dados biológicos.

A técnica elaborada a partir do avançado da ciência e da tecnologia a serviço da modernização na realização da identificação criminal, de maneira a demonstrar que tal identificação não chegar a violar ou afrontar o princípio da não autoincriminação.

Assim sendo, essa novidade tem como objetivo dar celeridade e emprestar segurança jurídica para a identificação criminal, bem como atualizar os principais métodos realização da identificação criminal que remontam ao início do século passado.

1. DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: CONCEITO, NOÇÕES HISTÓRICAS E CONSTITUCIONALIDADE

1.1 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL: CONCEITO E FINALIDADE.

De forma geral, a identificação pode ser considerada como um processo que tem como objetivo individualizar determinado indivíduo, distinguindo-o dos demais.

Desse modo, Tourinho Filho (2010, p.307) conceitua a identificação criminal: “podemos dizer que a identificação é o processo usado para se estabelecer a identidade. Esta por sua vez, vem a ser o conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo”.

Para Garcia (2009, p.01): “Identificar alguém é também essencial para exigir dele o cumprimento de um dever. Seja para um homem, seja para uma instituição, identificar as pessoas significa relacionar-se com segurança”.

França (2014, p.36), determina o significado de identificação para a medicina legal da seguinte maneira:

> Chama-se *identificação* o processo pelo qual se determina a identidade de uma pessoa ou de uma coisa, ou um conjunto de diligências cuja finalidade é levantar uma identidade. Portanto, identificar uma pessoa é determinar uma individualidade e estabelecer caracteres ou conjunto de qualidades que a fazem diferente de todas as outras e igual a si mesma.

À palavra identificação é acrescida a palavra “criminal”, para informar que o processo de individualização atende a fins investigatórios, ou seja, para individualizar o suspeito ou determinar sua folha de antecedentes.

A identificação no âmbito criminal possui grande importância, que Sobrinho (2003, p.76), assim vaza sua obra:

> O exercício da prática de atos tendentes a identificar uma pessoa é uma atividade que materializa o dúplice caráter publicístico do processo penal, porque, ao mesmo tempo em que busca a satisfação do interesse punitivo do Estado, poderá servir para a defesa de uma pessoa inocente e evitar a imposição indevida da pena, sanção suja aplicação deve dirigir-se apenas e tão somente à pessoa apontada como autora do delito.

No mesmo sentido, afirma Bonfim (2013, p.169):

> A identificação consiste em registrar determinados dados e sinais que caracterizam a pessoa do investigado, diferenciando-o dos demais indivíduos. Estabelece-se, assim, a identidade do investigado, a fim de que se possa, posteriormente, demonstrar com segurança, em caso de dúvida, que o indivíduo que compareceu perante a autoridade (policial ou judicial, caso eventualmente venha a ser ajuizado um processo judicial) é aquele ao qual foi inicialmente atribuída a suspeita da prática do crime.

A identificação criminal foi trabalhada pela Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, LVIII, em que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Para Greco Filho (2012, p. 55): “a identificação criminal, no texto constitucional, significa o registro, a guarda e a recuperação de todos os dados e informações necessários para estabelecer a identidade do acusado”.

A Carta Magna Brasileira alterou o entendimento exarado pelo art. 6º do Código de Processo Penal que dizia caber à autoridade policial realizar a identificação do suspeito através do processo datiloscópico, independentemente de o indivíduo portar documentos que atestassem de forma satisfatória a sua identidade. Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil, adota que a identificação por meio de documentos civis passou a ser considerada regra geral no inquérito policial, cabendo à lei ordinária excepcionar a regra constitucional.

A lei nº 12.037 de 2009 que regula a garantia individual da identificação criminal amparada e protegida pela Carta Magna, estabelecendo as espécies de identificação criminal: “Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação”.

A questão da coleta do material biológico contou com a normatização legal e jurídica com a entrada em vigor da lei nº 12.654 de 2012, que insere no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de identificação criminal, agora

igualmente realizada por meio da coleta de material biológico do indivíduo, para a obtenção do perfil genético.

Tal novidade legislativa alterou a lei anterior ou inserir o parágrafo único ao art. 5º da Lei nº 12.037/2009. Determinando, assim, que a coleta de dados biológicos para a obtenção do perfil genético só seria admitida nos casos do inciso IV da supracitada lei, ou seja, quando a identificação criminal for considerada essencial às investigações policiais, devendo essa medida ser fundamentada em despacho da autoridade judiciária competente, que poderá decidir de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Desse modo, a identificação criminal pode ser conceituada como um processo que visa identificar o suspeito de prática criminosa, tendo como finalidade individualizá-lo dos demais integrantes da sociedade, criando certeza sobre a pessoa apresentada à autoridade policial, possuindo, portanto, grande importância para a boa aplicação do processo penal e do direito.

Cabe lembrar as observações de Sobrinho (2003, p.56):

> A identificação criminal auxilia a aplicação do Direito Processual Penal, pois, por meio dela, é feito o registro dos dados identificadores da pessoa que supostamente praticou o crime em apuração, possibilitando o conhecimento ou a confirmação de sua identidade, permitindo que seja imposto àquele sujeito, e a mais ninguém além dele, as sanções decorrentes do crime praticado. Ao mesmo tempo, a identificação servirá como meio de prova colocado à disposição das pessoas inocentes para que possam demonstrar que não são as verdadeiras autoras das infrações penais, quando houver equívoco de identidade.

Assim sendo, de acordo com a Lei nº 12.037/2009, a identificação criminal (gênero) pode ser dividida, atualmente, em três espécies: 1) identificação datiloscópica; 2) fotografia e 3) coleta de material biológico.

1.2 NOÇÕES HISTÓRICAS.

Assinala Ribeiro (2010, p.53) que a origem do Estado e da sociedade se encontra no pacto, na visão dos filósofos contratualistas, em especial Thomas Hobbes:

> "(...) a origem do Estado e/ ou da sociedade está num *contrato:* os homens viveriam naturalmente, sem poder e sem organização, que somente surgiriam depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e de subordinação política".

Na origem da sociedade, formada por pequenos agrupamentos, a identificação dos membros era realizada de forma nominal, sendo, portanto, o nome a primeira forma de distinção dos indivíduos.

Com o estabelecimento do ser humano em sociedades mais complexas e numerosas, surge a necessidade de se identificar os suspeitos e condenados de condutas criminosas, tendo como finalidade a proteção do próprio corpo social, pois como afirma Ribeiro (2010, p. 61): "É preciso que exista um Estado dotado da espada, armado, para forçar os homens ao respeito".

Nos primórdios da sociedade se utilizava métodos, hoje considerados repulsivos e cruéis, como o ferrete, ou seja, a marcação com ferro em brasa e a mutilação.

Na antiguidade, como afirma França (2014, p. 37) já havia a necessidade de se identificar os criminosos, tanto é que no Código de Hamurabi já existia

referências à amputação da orelha, do nariz, dos dedos ou da mão, e até mesmo o vazamento dos olhos, dependendo do grau do delito.

Detalhando os dois métodos iniciais (ferrete e mutilação) de individualização do criminoso, é especificado por França (2014, p. 54) que:

> O ferrete foi talvez o primeiro processo de identificação usado pelo homem. Consistia ele em marcar as pessoas com ferro em brasa. Esta marca era feita em algumas partes do corpo, como na fronte, nas espáduas ou nas coxas. Tinha ela o objetivo de punir e identificar.
> Para cada infração cometida, lançava-se mão de uma letra correspondente.
> Outro processo antigo para identificar delinquentes foi a mutilação. Baseava-se ela, principalmente, na amputação de certas partes do corpo, qual a ablação das orelhas, das narinas, das mãos, dos dedos, da língua, e até mesmo na castração.

Tais procedimentos foram empregados em diversas regiões do globo, Tourinho Filho (2010, p. 307), relata exemplos e informa que na França, os condenados à galé, tinham gravadas com o método do ferrete as letras GAL, já outros criminosos, recebiam a marcação de uma flor-de-lis.

Ademais, Carlos Kehdy (1959), apud Sobrinho (2003, p.28), apontou que em várias colônias americanas, criminosos tinham o corpo marcado com as correspondentes inicias dos crimes cometidos e que na Pensilvânia, em 1698, esse sistema era conhecido como *letras de fogo*.

Após o período do iluminismo, com o entendimento de que os métodos apontados e discorridos acima eram cruéis e afetavam a dignidade humana, buscaram-se outros meios para a realização da identificação, para que se tivesse a disposição o conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo.

Nesse sentido, Sobrinho (2003, p.29), afirma com base em Araújo (1957), que no ano de 1832, o jurista de origem inglesa Benjamim Bentham propôs a utilização da tatuagem como método de identificação, com o objetivo de dar nova sistemática à individualização do indivíduo.

Sobre a utilização de meios cruéis de identificação e a proposta defendida por Bentham, Croce e Croce Júnior (2012, p. 113) esclarece que:

> No passado as leis prescreviam medidas de extremo rigor, bárbaras e cruéis, para o assinalamento dos malfeitores, sobretudo reincidentes, como símbolos, letras, flor de lis, marcas na fronte ou em outras áreas por ferro incandescente, mutilações das orelhas e nariz, ablação da língua, avulsão dos dentes etc. Originária da mais remota antiguidade, essa forma desumana de identificação prolongou-se até o início da Idade Contemporânea, quando o filósofo e jurista inglês Benjamin Bentham, movido por sentimento de respeito à dignidade humana, sugeriu o emprego da tatuagem (sistema dermográfico de Bentham) para identificação de criminosos primários e reincidentes e de todas as pessoas, indistintamente.

A referida técnica de identificação recebeu a nomenclatura de “sistema dermográfico de Bentham”, entretanto, apesar de ter como objetivo excluir o ferrete e a mutilação dos métodos de identificação acabou sofrendo pesadas críticas e sendo, posteriormente, associada ao regime nazista comandado por Adolf Hitler, pois segundo França (2014, p.55):

> O autor, neste processo, difundia a ideia de identificar todas as pessoas, logo ao nascer, forjando-lhes marcas de tatuagens, método esse que dispensa maiores comentários, embora alguns países o tenham como forma de identificar criminosos ou como

> forma perversa antes utilizada nos campos de concentração nazistas.

Com o surgimento da fotografia no século XIX, a inovação acabou por ser introduzida no âmbito criminal em 1854, mas logo se demonstrou meio inapto para a identificação em virtude da dificuldade de armazenamento e classificação, além da possibilidade do criminoso de mudar características, como o corte de cabelo ou barba, por exemplo, servindo, entretanto, como meio auxiliar de identificação.

Sobrinho (2003, p. 31) obtempera que o primeiro método efetivamente científico de identificação é atribuído a Bertillon, estudioso e funcionário da polícia de Paris, por utilizar medidas corporais, retrato falado e anotação de marcas particulares.

As medidas corporais também chamadas de dados antropométricos se baseavam na estabilização do esqueleto humano, após os 20 anos, utilizando-os para classificação e arquivamento.

Já o retrato falado ou assinalamento descritivo consiste na anotação dos caracteres morfológicos do indivíduo, como dimensões da boca, nariz, caracteres cromáticos, como a cor dos cabelos e dos olhos. Já as marcas particulares seriam tatuagens, amputações, cicatrizes ou deformidades.

Apesar do caráter histórico e inovador para a identificação criminal, o método utilizado por Bertillon possuía falhas e críticas foram feitas, sendo elas apontadas por Sobrinho (2003, p.32):

> a) O método não poderia ser aplicado aos menores de 21 anos ou aos maiores de 65 anos, pois, nos jovens, o crescimento não estava consolidado, porque a ciência demonstrava que o homem mantinha crescimento corporal até a idade de aproximada de 25 anos, enquanto se demonstrava, também, que as medidas corporais dos maiores de 65 anos sofriam alterações após esta idade;
> b) o método não distinguia as pessoas completamente, pois há casos raros de pessoas semelhantes, mas não idênticas;
> c) a medição dos segmentos corporais exigia muito cuidado e pessoal técnico especializado sob pena de invalidar toda a coleta dos dados;
> d) o método tinha caráter vexatório, pois a pessoa submetida à coleta de medidas deveria despir-se, quase totalmente, na ocasião da tomada dos dados;
> e) os dados obtidos não podiam ser inseridos em documentos de identidade, pois eram muito extensos.

Finalmente, com as pesquisas iniciadas por Malpighi em 1664, descobrindo as marcas epidérmicas, vários estudos foram elaborados sobre as digitais humanas, quando no século XIX, Francis Galton criou o primeiro método de classificação dos traços constantes nas extremidades dos dedos, formando o ponto de partida para os trabalhos posteriores.

Tendo como base os estudos de Galton, Juan Vucetich, croata naturalizado argentino, aperfeiçoou os métodos utilizados anteriormente, formando, assim, o chamado “sistema datiloscópico de Vucetich”, vindo a ser adotado no Brasil em 1903.

Segundo França (2014, p. 56) o próprio Vucetich definiu o seu processo datiloscópico como sendo “a ciência que se propõe a identificar as pessoas fisicamente consideradas, por meio das impressões ou reproduções físicas dos desenhos formados pelas cristas papilares das extremidades digitais”.

Portanto, o processo de identificação datiloscópico se caracteriza pela averiguação das linhas constantes nas extremidades dos dedos.

Para Sobrinho (2003, p. 45) os fatos mais importantes e decisivos para a consagração do método de identificação datiloscópica, sugerido por Vucetich, foram:

> a) identificação de 23 presos da cadeia de La Plata (01.09.1891);
> b) identificação de todos os presos da mesma cadeia naquele mesmo ano (07.12.1891);
> c) estabelecimento da autoria de um homicídio duplo a partir da impressão colhida em local do crime (02.06.1892). Caso do duplo homicídio praticado por Francisca Rojas, na localidade argentina de Nicochéa, onde ela mata seus dois filhos, imputando injustamente a autoria do delito a um vizinho inocente. Vucetich recolhe as impressões digitais sangrentas e identifica a assassina em 29.06.1892.
> d) identificação dos candidatos ao exercício de cargos na polícia de La Plata (mesmo ano).
> e) Identificação de um cadáver de pessoa desconhecida (em 1896). O corpo foi identificado como de um ex-presidiário.

Da mesma forma, Tourinho Filho (2010, p. 311), também comenta o caso envolvendo o duplo homicídio ocorrido na Argentina em 1892 citado acima, solucionado pela identificação datiloscópica de Vucetich, afirmando que "Daí para frente, a dactiloscopia tornou-se o centro de todas as atenções e, hoje, é usada no mundo inteiro, como sistema infalível para identificações".

Deve-se lembrar, outrossim, que Vucetich, além das impressões digitais e da criação da fórmula dactiloscópica, foi o precursor da utilização da cédula de identidade e da identificação civil, percorrendo vários países defendendo o seu trabalho.

A utilização das digitais do ser humano para a identificação possui consideráveis pontos positivos, como afirma Mougenot (2013, p.169) já que:

> i)São diferentes de indivíduo para indivíduo, sendo baixíssima (praticamente nula) a probabilidade de que sejam encontrados dois indivíduos com impressões digitais idênticas; ii) são perenes, permanecendo imutáveis durante toda a vida do indivíduo, salvo em casos de ferimentos graves ou mutilações; iii) são passíveis de classificação, por meio de um método relativamente simples de identificação de características recorrentes.

Portanto, o homem em sociedade necessitou reconhecer os demais integrantes do meio social. Inicialmente, o primeiro meio escolhido foi o nome, mas em virtude do crescimento populacional tornou-se necessário individualizar os seres humanos de forma precisa, principalmente, os criminosos.

Assim sendo, o ferrete e a mutilação foram os métodos inicialmente utilizados para essa finalidade. Entretanto, com o transcorrer do tempo, meios considerados mais dignos foram propostos até que estudos sobre a derme humana possibilitaram afirmar que todo o indivíduo poderia ser identificado por caracteres constantes de sua digital, recebendo tal método a nomenclatura de identificação datiloscópica, técnica que perdura até hoje.

1.3 A HISTÓRIA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

Inicialmente, a identificação datiloscópica foi introduzida no Brasil em 1903 pelo Decreto n. 4.764[2], sendo segundo Tourinho Filho (2010, p. 315) o primeiro país que, oficialmente, adotou o método datiloscópico desenvolvido por Vucetich.

---

[2]Art. 57 do Decreto n. 4.764: A identificação dos delinquentes será feita pela combinação de todos os processos actualmente em uso nos paizes mais adeantados, constando do seguinte, conforme o modelo do livro de Registro Geral annexo a este regulamento:
a) exame descriptivo (retrato fallado);b) notas chromaticas;c) observações anthropometricas;

Décadas depois, dispôs o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941:"Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes".

Portanto, disciplinava o Código de Processo Penal que a identificação criminal do indiciado fosse realizada através da datiloscopia, sendo, portanto, uma das providências a serem tomadas pela autoridade policial na condução das investigações.

Essa prática é comumente chamada de "tocar piano", pois o indivíduo tem seus dedos molhados com tinta e depois pressionados para a captura das cristas e sulcos presentes em sua digital.

Tal método foi considerado constrangedor por parte da doutrina e jurisprudência, gerando debates jurídicos no Brasil sobre sua aplicabilidade de forma geral e irrestrita, pois se defendia a utilização de documentos civis para a identificação no âmbito criminal.

Além de asseverar que o dissentimento sobre o assunto se origina desde a entrada em vigor do referido Código, Sobrinho (2003, p.156) afirma que:

> A discussão do tema, além de ter preocupado outros doutrinadores pátrios, foi intensa na jurisprudência, tanto que alguns julgados fixaram o mesmo entendimento da doutrina, ou seja, que era possível dispensar a identificação datiloscópica do civilmente identificado, desde que não houvesse dúvida sobre a identidade.

O Supremo Tribunal Federal, se manifestando de forma clara e objetiva sobre as divergências envolvendo a identificação criminal presente no Código de Processo Penal, elaborou a Súmula 568: "A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente".

Portanto, com a edição da referida súmula e do pronunciamento de diversas decisões no mesmo sentido, a Suprema Corte do Brasil afastou as alegações de que a identificação criminal através da colheita dos dados datiloscópicos ensejasse qualquer constrangimento, mesmo que o indivíduo houvesse sido identificado anteriormente por documentos civis[3].

Deve-se frisar que a Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal foi aprovada em sessão plenária realizada em 15 de dezembro de 1976, portanto, durante o regime da ditadura militar.

Lima (2015, p. 116) discorre sobre o momento da identificação criminal no Brasil, correlacionando a edição da súmula supracitada com o período ditatorial, esclarece que:

> Antes da Constituição Federal de 1988, a identificação criminal era tida como a regra, ainda que o indivíduo tivesse se identificado civilmente. Era esse, aliás, o teor do enunciado da súmula n° 568 do Supremo Tribunal Federal: "A identificação criminal não constitui

---

d) signaes particulares, cicatrizes e tatuagens;e) impressões digitaes;f) photographia da frente e de perfil.

[3]1. IDENTIFICAÇÃO DATILOSCOPICA PREVISTA NO ART. 6., VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. E OBRIGATORIA E NÃO FACULTATIVA. O CARTAO OU CARTEIRA COMUM DE IDENTIDADE NÃO PODE SUBSTITUIR O REFERIDO ATO PROCESSUAL, QUE E NECESSARIO PARA FIXAR A IDENTIDADE DO INDICIADO NA OCASIAO DO FATO HAVIDO POR CRIMINOSO. 2. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PELO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS MAS CASSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL. 3. PRECEDENTES DA ALTA CORTE. 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO EM DECISÃO UNIFORME.
(STF - RE: 84236 GO, Relator: Min. ANTONIO NEDER, Data de Julgamento: 04/06/1976, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: RTJ VOL-00080-02).

> constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente". Esse entendimento acabou dando ensejo a práticas policiais abusivas e autoritárias, notadamente em relação à famosa "prisão para averiguações", por meio da qual o indivíduo era coercitivamente conduzido até a Delegacia de Polícia de modo a apurar sua identidade e antecedentes, sem nenhum mandado judicial.

Do mesmo modo, aponta Sobrinho (2003, p. 81) que:

> Não era desconhecido que o ato de impregnar os dedos da pessoa apontada como autora de um delito com a tinta escura de imprensa, utilizada para tomada das impressões digitais, tinha forte efeito simbólico e era praticado, muitas vezes, como um verdadeiro ritual cujo jargão policial apelidou de “tocar piano”, o que se tornou, em alguns casos, uma forma de humilhação ou constrangimento das pessoas, normalmente, as mais pobres e humildes, atingindo, em algumas oportunidades, os abastados ou poderosos, principalmente quando perdiam a fortuna ou o poder.

Nucci (2014, p. 378) colaciona fato notório que evidenciou um dos problemas referentes ao modo de identificação datiloscópica, os abusos e excessos praticados pela imprensa e autoridades policiais, que faziam da identificação criminal um verdadeiro espetáculo midiático:

> Desse modo, simbólico foi o particular caso, envolvendo um general de projeção nacional, que terminou indiciado pela polícia civil do Rio de Janeiro. Para acompanhar tal ato, vulgarmente conhecido por “tocar piano” (os dedos, sujos de tinta, eram colocados um a um sobre uma planilha, semelhante ao teclado de um piano, para colher a impressão digital dos dez dedos das mãos), convidou-se a imprensa e houve filmagem e fotos suficientes para transformar algo natural (identificação criminal) em cena circense e teatral. Não há dúvida que um indiciamento é algo grave e, se realizado em público, constrange aquele que está sendo investigado. As cenas de indiciamentos “públicos” chegaram ao Congresso Nacional, que, então, cuidou de introduzir, dentre os direitos individuais, a proibição de identificação criminal para quem já fosse civilmente identificado. A partir da edição da Constituição Federal, em outubro de 1988, bastaria apresentar o RG para o formal indiciamento. As exceções deveriam ser previstas em lei, que, no entanto, levou doze anos para ser editada.

Assim sendo, visualiza-se no período anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a introdução do método datiloscópico de Vucetich no Brasil, constando, inclusive, do Código de Processo Penal de 1941 como uma das providências a serem realizadas pela autoridade policial.

Apesar das críticas que o referido meio de individualização sofreu, o Supremo Tribunal Federal através da Súmula 568 afirmou que a identificação criminal não trazia constrangimento para o indivíduo, entendimento que só veio a ser alterado com a Constituição de 1988.

O legislador constituinte de 1988, com o declínio da ditadura militar, adotou por imperiosa necessidade de afastar hábitos, comportamentos e posturas totalitárias e caprichosas, um decidido propósito de redemocratização do Estado, entendendo que a persecução penal poderia ser manejada sem a obrigatoriedade da identificação criminal, introduziu no texto constitucional a regra geral que garante ao civilmente identificado de que não será submetido ao processo datiloscópico ou fotográfico.

Portanto, o artigo 5º da Carta Magna trouxe em seu inciso LVIII que: "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

Deste modo, para Nucci (2014, p. 377):

> A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a inserir, como direito individual, a inviabilidade de se proceder à identificação criminal, quando já houver a identificação civil, remetendo, entretanto, à lei ordinária a disciplina das exceções.

Com o advento da atual Constituição Federal, tornou-se inaplicável a Súmula 568[45], do Supremo Tribunal Federal que dispunha que a "identificação criminal do indiciado pelo processo datiloscópico não constitui constrangimento ilegal, ainda que já identificado civilmente".

Para Mougenot (2013, p. 171): "o preceito constitucional é autoaplicável, tornando ineficaz a súmula daquele Tribunal".

No mesmo sentido, afirmam Távora e Alencar (2015, p. 135):

> A referida súmula perdeu a razão de existir, já que, com o advento da Constituição Federal, o seu art. 5º, inciso LVIII, chancelou que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Com a atual Carta Magna, a identificação criminal é exceção, tendo cabimento nas hipóteses expressamente autorizadas pela legislação. (...)

Comentando sobre a identificação criminal na Constituição de 1988 e a superação da súmula 568 do Supremo Tribunal Federal, Bulos (2011, p. 640) afirma que:

> A disciplina constitucional da identificação datiloscópica foi uma das novidades da Carta de 1988, pois as constituições passadas não trataram do assunto. Buscou-se, assim, encerrar profunda controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da questão.
> Deveras, muitos diziam, com acerto, que a identificação de pessoas já identificadas civilmente contrariava a dignidade humana. O Supremo Tribunal Federal, ao posicionar-se sobre o problema, condensou seu entendimento na Súmula 568: "A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente". Com o advento do Texto de 1988, essa construção pretoriana foi desfeita. Desde então, consagrou-se a regra: o civilmente identificado não poderá ser submetido a exame datiloscópico (...).

Deste modo, superando as divergências anteriores à sua elaboração, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 5º, LVIII, determinou que a identificação civil fosse estabelecida como regra geral no âmbito criminal, deste modo, acabou sendo superado o entendimento estabelecido

---

[4] PROCESSO PENAL - IDENTIFICAÇÃO DACTILOSCOPICA - SUMULA 568, STF E CF, ART. 5, LVIII. 1. A identificação criminal, exigida no art. 6, VIII do CPP provocou no Supremo a Súmula n. 568. 2. Após a CF de 88, a doutrina e a jurisprudência entenderam estar cancelado o verbete (art. 5, LVIII). 3. "Habeas corpus" concedido.
(TRF-1 - HC: 29039 GO 95.01.29039-5, Relator: JUÍZA ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 27/11/1995, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 01/02/1996 DJ p.4124)

[5] PROCESSO PENAL. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DE OFÍCIO. -CONSOANTE ENTENDIMENTO UNÂNIME DO STF (RHC 66.881-0,DJ 11.11.88 E RHC 66.882-8 DJ DE 25.11.88) NÃO MAIS PREVALECE A SÚM-568 DIANTE DA GARANTIA INSERTA NO ART-5, INC-63 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. -CONSTITUI-SE, POIS, EM CONSTRANGIMENTO ILEGAL A IDENTIFICAÇÃO DOS ACUSADOS OU INDICIADOS QUE JÁ O SEJAM CIVILMENTE.
(TJ-DF - RHC: 542689 DF, Relator: HERMENEGILDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 23/02/1989, Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 23/02/1989 Pág.: 1)

anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, durante o período ditatorial, condensado na Súmula 568.

Confirmando os entendimentos dispostos acima, segue a ementa do RHC 66.881/DF, de relatoria do Ministro Octavio Galloti do Supremo Tribunal Federal:

> IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, PORQUE O ACÓRDÃO RECORRIDO DENEGOU O 'HABEAS CORPUS' EM CONSONANCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL (SÚMULA N. 568). CONCEDE-SE, POREM, A ORDEM, DE OFICIO, ANTE A GARANTIA INSERTA NO ART. 5., LVIII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, ULTERIORMENTE PROMULGADA E TENDO EM VISTA QUE A PACIENTE JA SE ACHA CIVILMENTE IDENTIFICADA.
> (STF - RHC: 66881 DF, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/10/1988, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 11-11-1988)

Com o entendimento de que a identificação através de documentos civis seria suficiente para a individualização do sujeito e de que o uso da datiloscopia e fotografia acarretaria constrangimento desnecessário, transtorno acentuado pela atuação irresponsável dos meios de imprensa, o legislador constituinte passou a estabelecer a identificação civil como regra geral, competindo à lei ordinária determinar as exceções que seriam passiveis de realização da identificação criminal.

Desse modo, após a Constituição da República Federativa do Brasil, a identificação criminal tornou-se exceção no processo penal por expressa previsão constitucional, perdendo sentido a Súmula 568 do Supremo Tribunal Federal, devendo, assim, a autoridade buscar, em primeiro lugar, a identificação civil do indiciado.

1.4 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PESSOALIDADE DA PENA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A garantia dada ao civilmente identificado pela Carta Magna de 1988 está intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil[6] e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948[7].

Para Ramos (2014, p.346), a dignidade da pessoa humana consiste:

> Na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Trata-se de atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outros fatores de distinção. Novamente, esse fundamento da República converge para a proteção de direitos humanos, que é indispensável para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

[6]Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana

[7]Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

A dignidade humana cria entradas e diálogos que atuam basicamente formando o pressuposto básico, fundamental e estrutural do Estado e da sociedade. Logo se cuida de algo exponencial, de estribo, de instituto jurídico fundante dos direitos humanos, sendo da máxima importância para as relações sociais do Estado de Direito.

De maneira que, segundo o sistema constitucional o Estado exerce a função de garantidor dos direitos de liberdade, com especial relevo para a premissa de que a identificação de pessoas já identificadas civilmente contraria, de forma contundente, a dignidade humana.

Esse recorte que envolve o respeito à dignidade humana visa a impedir medidas tendentes a violar a cidadania ou as bases do Estado de Direito, e a identificação criminal do civilmente identificado demostra que essa medida viola a cidadania, e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal ao optar pela utilização dos documentos civis como forma de identificação geral no âmbito criminal demonstrou sua preocupação com a proteção da dignidade, acima conceituada, buscando evitar os constrangimentos oriundos de práticas aplicadas no período ditatorial brasileiro.

A liça de Bulos (2011, p. 502) que:

> Este vetor agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição de 1988. Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, de pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. (...)

Entretanto, o legislador originário não só se preocupou com a dignidade humana, mas também com a necessidade da correta identificação do possível autor do delito, relegando à lei ordinária o estabelecimento de hipóteses em que caberia a realização da identificação criminal.

Tal cuidado tem como um dos fundamentos o princípio da pessoalidade da pena[8], buscando proteger o indivíduo de ser condenado no lugar de outrem, um dos piores erros que se pode cometer num estado democrático de direito.

Nesse sentido, defende Sobrinho (2003, p. 17) que:

> Para que o Estado puna o infrator da lei penal, por meio da *persecutio criminis*, mediante a apuração do fato e o proferimento final de uma sentença, torna-se indispensável o conhecimento efetivo e seguro da correta identidade do autor do delito, até porque a Constituição Federal garante que “nenhuma pena passará do condenado”.

[8]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A busca pela correta individualização do suspeito visa, portanto, diminuir a possibilidade de que um inocente venha a ser processado no âmbito criminal por prática cometida por outro sujeito. Pois, como bem afirma Mendes e Branco (2012, p.700):"O princípio da responsabilidade pessoal fixa que a pena somente deve ser imposta ao autor da infração".

Fato histórico no Brasil relacionado ao princípio da personalidade da pena é citado por Almeida Júnior (1965, p. 17) afirmando que: "A má organização do serviço carcerário do Império ensejava ao senhor o abuso de tirar clandestinamente da cadeia o escravo homicida, mas estimado, e colocar em seu lugar um outro, de menor valia, para subir à forca".

A necessidade de se punir o real autor do delito também decorre do devido processo legal[9], pois como ensina Silva (2005, p.432), o referido princípio: "(...) alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim, de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica".

Portanto, a garantia individual constante do art. 5, LVIII, abarca os princípios da dignidade da pessoa humana, pessoalidade da pena e devido processo legal, protegendo o indivíduo ao estabelecer como regra geral a identificação civil e buscando garantir que a pena será aplicada exclusivamente ao autor do delito, sendo essenciais para a defesa da liberdade e para a proteção social.

Sendo, portanto, a correta identificação do suspeito um dever do Estado, deve ser realizada da forma que menos cause constrangimento, que possua o maior grau de confiabilidade e que possibilite o alcance da finalidade mediata do processo penal: a pacificação social com a correta solução do conflito.

Ademais, além de proteger a liberdade, a dignidade e a garantir o devido processo legal, a própria Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu no art. 5º, LXXV que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença", assim como determinou no art. 37, § 6º que:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, da análise das garantias elencadas acima pela Carta Magna, pode-se dizer que o Estado deve realizar uma identificação criminal sem constrangimentos, somente abrindo exceções (em lei ordinária) quando houver fundado receio sobre a autenticidade dos documentos civis apresentados, buscando, assim, evitar o cometimento do temível erro quanto à identidade do indivíduo, na estrita observância do devido processo legal.

Com efeito, a dignidade humana atua como ferramenta de contenção as possíveis violações de direitos fundamentais, de maneira surge à identificação criminal como meio que possibilita a identificação do sujeito de direito, e tem o condão de ser o mecanismo indispensável sobre o conhecimento efetivo e seguro da correta identidade do autor do delito. Todavia, a identificação criminal teve ser de maneira menos invasiva e dolorida, em regra, por meio da identificação civil.

Assim, a identificação criminal constitui constrangimento ilegal, quando antes o indiciado já o tenha sido identificado civilmente, a dignidade da pessoa humana atua claramente como ferramenta para contenção de abusos e de violações aos direitos humanos.

E em havendo erro na individualização efetuada pela autoridade pode acarretar prejuízo, daí a razão de que o cidadão terá o direito público subjetivo de

[9]Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

demandar o Estado para pleitear indenização pelos danos causados a sua liberdade ou imagem, e a grave violação da sua dignidade humana.

2. IDENTIFICAÇÃO BIOMÉTRICA ATRAVÉS DA DIGITAL

De entrada, cumpre esclarecer a etimológica da palavra biometria que segundo Sobrinho (2003, p. 34): "a palavra biometria deriva da expressão biométrico, cuja origem é grega, tendo surgido da união de bios (vida) e de metron(medida), significando, portanto, a medida da vida".

Para Garcia (2009, p. 43) em dissertação para obtenção do título de Mestre na Universidade de São Paulo afirma que a:

> Biometria, como aqui é entendida, é uma técnica de identificação ou autenticação que utiliza características biológicas reconhecíveis, seja por suas medidas, seja por seu aspecto único identificável. A maioria dessas técnicas não realiza propriamente uma mensuração, mas sim um registro e posterior comparação de padrões biológicos estruturais ou funcionais. Um termo mais apropriado poderia ser autenticação biométrica.

Ao passo que, Del Campo (2009, p.50), estabelece de modo claro e sucinto que: "o sistema de identificação biométrico é, basicamente, um método automatizado de reconhecimento de padrões que busca a identidade de uma pessoa por algumas de suas características físicas ou comportamentais".

A biometria é, assim, a análise de sinais biológicos, portanto, é um termo genérico que engloba várias espécies de identificação.

De fato, a impressão digital, a geometria ou as características da face, da mão, da íris ou da retina e a análise do DNA ou características comportamentais únicas, como a dinâmica da assinatura ou da digitação, o reconhecimento pela voz ou pelos movimentos, são novidade da ciência e da tecnologia da quadra atual da informação e conhecimento.

Del Campo (2009, p.50), classifica os sistemas biométricos de verificação ou de identificação:

> Os sistemas biométricos de verificação comparamos dados de uma pessoa com seus padrões, anteriormente gravados no sistema. É uma comparação do tipo um para um, cuja única finalidade é responder se a pessoa questionada é realmente quem diz ser. Os sistemas biométricos de identificação procuram o reconhecimento do indivíduo varrendo toda uma base de dados. É uma comparação do tipo um para muitos, cuja finalidade é responder quem é a pessoa pesquisada.

Conquanto, para validade de método de identificação, mister do ponto de vista jurídico, que ele venha a preencher os requisitos determinados pela Medicina Legal.

França (2014, p. 43), diz que um método aceitável deve preencher as seguintes condições:

> Unicidade: também chamado de individualidade, ou seja, que determinados elementos sejam específicos daquele indivíduo e diferentes dos demais. Imutabilidade: são características que não mudam e não se alteram ao longo do tempo. Perenidade: consiste na capacidade de certos elementos resistirem à ação do tempo, e que permanecem durante toda a vida, e até após a morte.

> Praticabilidade: um processo que não seja complexo, tanto na obtenção como no registro dos caracteres. Classificabilidade: necessidade de certa metodologia no arquivamento, assim como rapidez e facilidade na busca dos registros.

Deve ser ressaltado que a espécie de biometria (gênero) mais utilizada no Brasil é a colheita e a confrontação dos dados constante das extremidades dos dedos do indivíduo, portanto, com base na doutrina de Sobrinho (2003, p.48) é possível afirmar que a identificação biométrica realizada através da coleta da digital cumpre as condições de unicidade (ou como prefere o doutrinador, variabilidade), imutabilidade e perenidade elencadas acima, pois:

> O desenho digital é perene. Ele acompanha o homem durante toda a vida, sendo notada a formação de pontos característicos a partir do 3º mês de vida fetal, os quais se consolidam, ainda na fase intrauterina, por volta do 6º mês de gestação, podendo ser encontrados, mesmo depois da morte, até a desagregação da matéria. A imutabilidade é a propriedade da inalterabilidade do desenho digital, desde sua formação até a putrefação cadavérica. (...). É preciso salientar, entretanto, que algumas doenças (como a lepra e a hemiplegia) ou o exercício de algumas profissões em que são executados serviços manuais (pedreiros, lavadeiras etc.) acarretam perturbações no desenho digital, pois provocam o apagamento temporário da impressão digital decorrente do ressecamento da pele e do atritamento das cristas digitais que se tornam rasas. Estes efeitos são temporários, sendo restaurada a visualização da impressão digital, logo que o trabalhador seja afastado, por algum tempo, do exercício da profissão ou a doença ceda ao tratamento. O postulado da variabilidade está baseado na diversidade das impressões digitais dos dedos das mãos de uma pessoa e entre impressões obtidas de pessoas diversas, não sendo possível a localização de digitais idênticas nos diferentes dedos de um mesmo indivíduo ou entre duas pessoas diferentes.

No que concerne à variabilidade, Tourinho Filho (2010, p.310), utilizando cálculo de probabilidades de Kodiceck e Windt, afirma serem necessários 4.660.337 séculos para que possam surgir na superfície da terra duas individuais dactiloscópicas iguais. Portanto, é possível afirmar que a digital humana é única.

Quanto à praticabilidade, o sistema biométrico se mostra em elevada posição em relação aos meios atuais usados para identificação, visto que os dados são coletados por aparelhos eletrônicos e armazenados digitalmente, sem a necessidade de grandes depósitos para armazenamento e havendo economia de pilhas de papéis e fotografias, e principalmente de tempo.

A classificabilidade também se encontra presente, pois há metodologia no arquivamento, rapidez e facilidade, como pode ser atestada em todos os usos de equipamentos e serviços que se utilizam da biometria como meio de identificação.

No que tange a aceitação, a colheita de digitais de forma eletrônica se configura como um meio não invasivo e, realizada de forma rápida, indolor e sem constrangimento, sendo acolhida de forma tranquila pela sociedade, além do que o sistema constitucional o Estado exerce a função de garantidor dos direitos de liberdade, com especial a variante de que a identificação criminal por sujeitos de direitos identificados civilmente fere, de forma contundente, a dignidade humana.

Ademais, referente à segurança, os dados biométricos são criptografados e armazenados digitalmente, sendo utilizados, inclusive, por várias instituições financeiras como forma segura de substituição da senha em terminais bancários, portanto, a identificação biométrica consegue atender de forma satisfatória todas

as condições impostas pelos doutrinadores, se configurando como meio apto ao reconhecimento do ser humano.

Assim sendo, demonstrado o cumprimento das condições impostas pelos estudiosos para que uma técnica seja considerada satisfatória e aceitável para a individualização humana, pode se afirmar que a biometria possui a natureza jurídica de identificação, sendo, portanto, meio moderno de determinar a identidade a partir de dados biológicos.

Portanto, com o desenvolvimento tecnológico e observadas as condições impostas pela medicina legal, a biometria desponta como método a auxiliar a identificação humana e, consequentemente ao processo penal, e sendo o Estado responsável, no sistema constitucional, por sua qualidade de agente garantidor dos direitos de personalidade, conquanto a identificação criminal de pessoas já identificadas civilmente, de regra, contraria, de forma contundente, a dignidade humana.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a identificação criminal é de grande relevância para as ciências criminais a fim de determinar a identidade da pessoa apresentada à autoridade.

Registrou-se com o uso da datiloscopia e fotografia no âmbito investigatório como método vexatório e de abuso de direito, o legislador constituinte visou a regra geral da garantia individual de que o suspeito não seria submetido a identificação criminal se estiver identificado civilmente.

A biometria pode contribuir na identificação criminal ao lado de métodos tradicionais para auxiliá-los na individualização criminal. A biometria encontra-se vivenciada como forma de identificação por dados biológicos na sociedade, sendo utilizada de forma pacífica para passaporte, para segurança do voto eleitoral e como substituta da senha bancária.

Diante da pesquisa sobre a possibilidade da biometria ser utilizada como forma de identificação criminal, o objetivo proposto foi atingido, tendo em vista que a pesquisa progrediu em uma estrutura lógica, beneficiada de métodos bibliográficos, na finalidade de apresentar a inclusão biometria com o objetivo de conferir maior agilidade e segurança para a identificação criminal.

A busca por meios modernos e atualizados de identificação é dever do Estado, que só poderá agir de maneira eficaz e legitima se souber determinar corretamente quem são as pessoas que fazem parte do corpo social.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALENCAR, R. R.; TÁVORA, N. Curso de Direito Processual Penal. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA JÚNIOR, A. F. de. Lições de Medicina Legal. 7.ed. São Paulo: Nacional,1965.

BONFIM, E. M. Curso de Processo Penal. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANCO, P.G.; MENDES, G.F.7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 12/2015. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944254>. Acesso em: 11 de fev. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, PORQUE O ACÓRDÃO RECORRIDO DENEGOU O 'HABEAS CORPUS' EM CONSONANCIA COM A JURISPRUDÊNCIA

CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL (SÚMULA N. 568). CONCEDE-SE, POREM, A ORDEM, DE OFICIO, ANTE A GARANTIA INSERTA NO ART. 5., LVIII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988, ULTERIORMENTE PROMULGADA E TENDO EM VISTA QUE A PACIENTE JA SE ACHA CIVILMENTE IDENTIFICADA. (STF - RHC: 66881 DF, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 07/10/1988, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 11-11-1988).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IDENTIFICAÇÃO DATILOSCOPICA. LEGITIMIDADE DE SUA EXIGÊNCIA, AINDA QUANDO O INDICIADO POSSUA CARTEIRA DE IDENTIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.(STF - RE: 85000 DF, Relator: Min. LEITAO DE ABREU, Data de Julgamento: 11/05/1976, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 06-08-1976).

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1º Região). PROCESSO PENAL - IDENTIFICAÇÃO DACTILOSCOPICA - SUMULA 568, STF E CF, ART. 5, LVIII. 1. A identificação criminal, exigida no art. 6, VIII do CPP provocou no Supremo a Súmula n. 568. 2. Após a CF de 88, a doutrina e a jurisprudência entenderam estar cancelado o verbete (art. 5, LVIII). 3. "Habeas corpus" concedido. (TRF-1 - HC: 29039 GO 95.01.29039-5, Relator: JUÍZA ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 27/11/1995, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 01/02/1996 DJ p.4124).

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.713 do TSE. Disponível em:<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse---resolucao-tse-no-22.713---eleicoes-2008-/view>. Acesso em:11 de fev. de 2016.

BULOS, U. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, F.; COLNAGO, R. Código de Processo Penal Comentado. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em:<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 12 de fev. de 2016.

DEL-CAMPO, E. R. A. Medicina Legal.6.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, G.V.de. Fundamentos de Medicina Legal. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GRECO FILHO, V. Manual de Processo Penal. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, G. de S. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O PROBLEMA DA IDENTIDADE. Disponível em:<http://www.forumbiometria.com/fundamentos-de-biometria/61-o-problema-da-identidade.html > Acesso em: 12 de fev. de 2016.

SÉRGIO SOBRINHO, M. A Identificação Criminal. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, J.A. da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3.ed. São Paulo: Malheiros,1998.

TOURINHO FILHO, F. da C. Processo Penal. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TSE adquire kits para implementar biometria em todo o país. Disponível em:<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2012/Janeiro/tse-adquire-kits-para-implementar-biometria-em-todo-o-pais>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 61-75
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Questões de soberania fiscal: a residência das pessoas singulares como fator de conexão para efeitos de tributação

Issues of tax sovereignty: residence of natural persons as a connection factor for taxation purposes

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

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Questões de soberania fiscal. 1.2. O critério da residência. 2. Discussão e apresentação de resultados. 2.1. A determinação das competências tributárias entre os Estados. 2.2. A determinação da qualidade de residente relativamente às pessoas singulares. 2.2.1. Considerações gerais. 2.2.2. A qualidade de "não residente". 2.2.3. O residente parcial. 2.2.4. O residente não habitual. 2.3. A possibilidade de ocorrência de um conflito positivo de residência. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas

Resumo: O critério da residência determina que a tributação do rendimento será levada a cabo independentemente do local da fonte de tal rendimento. A condição de residente supõe a presença (real ou presumida) no território de um determinado Estado. O Estado da residência tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, independentemente do local de onde sejam originários. Todavia, quer o direito fiscal da União Europeia (através de diretivas), quer as Convenções de Dupla Tributação, remetem a definição de residente para os diferentes ordenamentos jurídicos, não existindo assim um conceito de residente autonomamente considerado.

Palavras-chave: Soberania fiscal; residência; pessoas singulares; direito fiscal da União Europeia; Convenções de Dupla Tributação.

Abstract: The residence criterion determines that income taxation will be carried out irrespective of the place of source of such income. The resident status assumes the presence (real or presumed) in a certain territory. The residence criterion brings a universal or unlimited taxation, since the State of residence has the right to tax the income obtained by its residents, irrespective of the place of origin. However, both the European Union tax law (through directives) and the Double Taxation Conventions refer to the domestic definition of resident of the different legal systems, so, there is no autonomous concept of resident.

Keywords: Tax sovereignty; residence; natural persons; tax law of the European Union; Double Taxation Conventions.

1. Introdução

1.1. Questões de soberania fiscal

[1] Doutora em Direito (PhD) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia (IPMAIA); Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA). Assistente Convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto; Membro Efetivo do Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS.PP).

As normas de Direito Fiscal provêm do exercício do poder de soberania do Estado, refletindo uma posição de supremacia do Estado relativamente aos particulares[2]. Assim, e através da cobrança dos impostos, o Estado procura arrecadar receitas para fazer face às despesas públicas.

Todavia, a cobrança dos impostos não pode ser feita de uma forma arbitrária, pelo que é na Constituição da República Portuguesa (CRP), enquanto "lei fundamental", que se encontram as bases constitucionais dos impostos e do sistema fiscal, fundadas na ideia de soberania fiscal, no princípio da legalidade fiscal e no princípio da capacidade contributiva, entre outros. A CRP apresenta também as finalidades do sistema fiscal e delimita os principais impostos que integram o sistema fiscal português.

Do Direito Fiscal fazem parte: (i) normas de soberania fiscal, que fixam os poderes do Estado relativamente aos impostos; (ii) normas de incidência, que definem, de forma geral e abstrata, a sujeição à tributação; (iii) normas de lançamento, que fixam os processos de determinação dos elementos da relação de imposto (*v.g.,* sujeitos, objeto, facto jurídico e garantia); (iii) normas de liquidação, que disciplinam a fixação do quantitativo da coleta; (iv) normas de cobrança, que respeitam à arrecadação dos impostos, correspondendo à fase pagamento por parte do sujeito passivo e demais obrigados fiscais; (v) normas de organização dos serviços, que disciplinam o funcionamento da AT; (vi) normas de fiscalização, que visam o cumprimento das obrigações fiscais (obrigação principal, ou central, de pagamento do imposto e obrigações acessórias, tais como obrigações declarativas periódicas e não periódicas, obrigações contabilísticas, obrigações de escrituração e outras); (viii) normas de sanção, que efetuam a previsão e a punição das condutas violadoras das normas jurídico-fiscais; e, finalmente, (ix) normas de procedimento e processo tributário, que dizem respeito aos procedimentos administrativos e processos judiciais tendentes a dirimir conflitos entre a administração fiscal e os contribuintes.

Mais concretamente, e quanto às normas de soberania fiscal, estas são as que delimitam e definem o poder de tributar por parte do Estado. A título de exemplo, são normas de soberania fiscal o art.º 103.º da CRP (sistema fiscal), o art.º 104.º da CRP (impostos), os art.ºs 105.º e 106.º da CRP (orçamento e elaboração do orçamento), bem como o art.º 165.º, n.° 1, alínea i) da CRP, respeitante à reserva relativa de competência legislativa, que atribui competência nestas matérias à Assembleia da República, permitindo que o Governo legisle também em matéria de impostos e sistema fiscal, mediante prévia autorização da Assembleia da República (cfr. n.º 2 do mesmo art.º 165.º da CRP, referente às Leis de autorização).

As normas de soberania fiscal constituem a base dos impostos e do respetivo sistema fiscal, materializando-se, assim, nos princípios fiscais fundamentais e em leis ordinárias, as quais, embora subordinadas às normas constitucionais, poderão definir determinados aspectos dos poderes tributários do Estado, disciplinando direta ou indiretamente a tributação, isto é, a existência, os mecanismos e a exigibilidade dos impostos.

Assim, podemos definir a soberania fiscal como o poder de estabelecer um sistema fiscal autónomo dos restantes sistemas fiscais, sendo o eventual concurso positivo de duas ou mais soberanias fiscais um fator potenciador de situações de dupla (ou múltipla) tributação.

A noção de soberania fiscal (ou de poder tributário) integra-se na soberania do Estado, a qual inclui a *"delimitação das esferas tributárias, frente a outras soberanias estaduais, e a definição de regimes legais"*[3]. Em relação à soberania fiscal colocam-se os mesmos problemas associados ao conceito de soberania

---

[2] Cfr. CAMPOS, D. L., e CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 36; e CAMPOS, D. L., e CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário,* 2.ª Edição, Almedina, 2000.

[3] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 68.

estadual, em geral, não se pretendendo relevar aqui esses problemas, mas sim apenas relembrar que se aplicam também no âmbito da soberania fiscal[4].

Numa tentativa de definir o conceito de soberania fiscal, e seguindo a doutrina de MARTÍNEZ, S., podemos dizer que se trata do "*poder de criar impostos, de extingui-los, de alargar ou restringir o seu âmbito, de estabelecer proibições de natureza fiscal"* [5]. Tal como a soberania estadual, esta soberania fiscal só pode ser detida pelos Estados, que exercem a soberania fiscal *"(…) sempre que os preceitos constitucionais lhes atribuem o poder de criar impostos, sem dependência de autorizações concedidas por leis emanadas dos órgãos legislativos (…)*[6]*."* Assim, os Estados possuem um "*poder de auto-determinação legislativa em matéria tributária, dentro dos limites constitucionais, sem dependência da legislação ordinária (…)*"[7]*.* Verifica-se que a soberania fiscal não provém de manifestações de vontade do poder central, mas sim da própria lei constitucional, que apresenta limites formais e materiais à tributação.

As manifestações da soberania fiscal revelam-se ainda através da delimitação, a um nível internacional, da esfera fiscal de cada um dos Estados, sendo que quando um determinado Estado exerce os seus poderes em relação a determinados contribuintes, fá-lo em obediência aos "*comandos tributários legais*", na posição de "*sujeito tributário activo*"[8], ou seja, munido de um poder tributário coercivo e autoritário sobre os cidadãos, a quem é exigido o pagamento dos impostos.

Sem prescindir, no âmbito da soberania fiscal, a doutrina distingue ainda o "*poder tributário originário*", que pertenceria ao Estado, do "*poder tributário derivado*", que caberia às "*entidades públicas menores às quais são reconhecidos créditos tributários*"[9], soberania essa que não é delegada, uma vez que provém de um direito próprio dessas entidades públicas menores[10], como é o caso das autarquias locais.

Existem, desde os sistemas medievais, diversas teorias sobre o surgimento da soberania fiscal, as quais passamos a abordar, ainda que de uma forma muito resumida.

Nos sistemas fiscais medievais, o imposto assumia uma natureza de direito real, já que o príncipe seria o proprietário de todo o solo, exigindo prestações periódicas a todos aqueles a quem cedia uma qualquer parte desse solo. Esta construção assegura-se como mais justificativa no âmbito dos impostos sobre o património, pois em relação aos demais impostos não teríamos aqui uma justificação que legitimasse o poder de tributar[11].

Por sua vez, a ideia da troca de utilidades (de "*do ut des*" – dou para que me dês – ou de "*do ut facias*" – dou para que me faças) surge como fundamento clássico para o poder de tributar (ou seja, para a soberania fiscal), na medida em que o imposto seria a contrapartida das utilidades prestadas ou a prestar[12]. Neste

---

[4] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 70.

[5] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 70.

[6] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 70.

[7] Veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 71.

[8] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 70.

[9] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 70.

[10] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 71.

[11] Neste mesmo sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 74 e 75.

[12] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p 75.

sentido, *"o imposto seria (…) a contrapartida dos serviços prestados pelo Estado para protecção das actividades que tornam possível a obtenção e o gozo dos rendimentos dos particulares"* [13]. A ideia da troca de utilidades não terá sida alheia ao pensamento do legislador português quando definiu o imposto como "*uma forma de tornar efectivo sobre as economias individuais o custo social da produção nacional*" (cfr. Relatório do Decreto-Lei n.º 26806, de 18 de julho de 1936). Sem prescindir, note-se que atualmente os sistemas fiscais não poderão basear-se nesta ideia de troca de utilidades, já que, por definição, o imposto é uma prestação unilateral, não existindo uma correspondência "*entre os sacrifícios tributários individuais e os benefícios obtidos do Estado por cada cidadão-contribuinte*" [14]. Ora, a unilateralidade do imposto implica que o respetivo pagamento não confira ao contribuinte qualquer direito, faltando uma relação entre os sacrifícios fiscais individuais e os benefícios obtidos do Estado por parte de cada contribuinte.

Mais tarde, no Século XIX, tentou justificar-se a soberania fiscal com base em razões ético-sociais, pelo que o fundamento do poder de tributar encontrar-se-ia na "*exigência social de assegurar a cobertura financeira das despesas do Estado*", ou seja, "*na própria satisfação das necessidades públicas*"[15]. As teorias ético-sociais tentaram ainda determinar alguns critérios de repartição dos encargos, designadamente com base na "*capacidade contributiva*", na "*igualdade de sacrifícios*" ou na "*utilidade marginal*", entre outras[16]. Deste modo, o exercício do poder de tributar caberia às assembleias políticas representativas das comunidades que formalmente manifestam a vontade soberana do Estado em matéria fiscal. Os órgãos de soberania fiscal são representativos da comunidade política e oferecem garantias de justiça e de objetividade na definição do equilíbrio entre as necessidades públicas e os direitos patrimoniais dos particulares. Estas teorias tentaram fixar os critérios de repartição dos encargos mediante a capacidade contributiva, a igualdade de sacrifícios, a utilidade marginal ou a redistribuição de riqueza.

Todavia, existem tarefas estaduais que, embora satisfaçam necessidades individuais, não podem, no todo ou em parte, ser financiadas por outra via senão pelos impostos. Assim ocorre na generalidade dos atuais Estados sociais, em que a realização de um determinado nível de direitos económicos, sociais e culturais tem como suporte financeiro exclusivo os impostos. Como exemplo, podemos referir, no caso português, a gratuitidade do ensino básico, dos serviços de saúde, da segurança social, dos serviços de justiça no respeitante aos que necessitam de apoio judiciário, etc. Assim, a ideia de equivalência entre o débito tributário individual e as vantagens concedidas pelo Estado ao respetivo contribuinte não faz sentido tendo em conta a diversidade de situações económicas e sociais dos contribuintes. Contudo, a ideia de equivalência de utilidades já poderá fazer sentido em relação à totalidade dos impostos e às vantagens globais para a comunidade, mas não poderá pretender-se que a soma das utilidades prestadas pelo Estado seja igual à soma dos impostos exigidos.

Questões de base à parte, importa afirmar que "*o Estado exerce os mais amplos poderes sobre os seus membros*", podendo assim "*exigir-lhes o sacrifício dos seus bens (…)*"[17]. Neste sentido, a discussão sobre o fundamento do poder de tributar não se colocaria, uma vez que "*em face de um poder soberano não seria crucial suscitar problemas de fundamento, ou de legitimidade*"[18]. De acordo com

---

[13] Veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 76.

[14] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 77.

[15] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 77.

[16] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 77.

[17] Neste sentido, cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 77 e 78.

[18] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p.

este entendimento, a tributação teria como fundamento e legitimidade a ideia da "*obediência do súbdito ao Estado em que se integra*"[19].

Quanto à tributação dos estrangeiros, esta teria como fundamento jurídico as "*vantagens que recebem de um Estado com o qual se acham em certa relação, embora não sejam os seus membros*"[20]. Assim, "*o imposto seria devido por todos quantos se achem na esfera de acção do Estado, nacionais ou estrangeiros*[21]". Todavia, "*por vezes, da aplicação das receitas de impostos não resultam benefícios mas, pelo contrário, danos, para a comunidade; (…) algumas vezes (…) só determinados grupos sociais, ou até apenas determinadas pessoas, beneficiam as actividades do Estado, pelo que se torna impossível (…) estabelecer qualquer equivalência entre os benefícios auferidos pela comunidade e os impostos exigidos pelo Estado*" [22]. Tal significa que o exercício do poder tributário em relação a cidadãos com uma ligação ao Estado que não seja, por exemplo, de "residência", mas apenas de "fonte" de obtenção dos rendimentos tem justificação pelo facto de o Estado da "fonte" lhes trazer benefícios que, contudo, podem não ser aplicáveis a todos os cidadãos. Daí resulta que não existe uma forma de estabelecer uma equivalência entre os benefícios concedidos aos cidadãos (que podem não ser aplicáveis a todos os membros da comunidade) e os impostos exigidos pelo Estado.
A soberania do Estado encontra, contudo, algumas limitações. A primeira deriva dos fins do Estado, que "*não pode criar impostos para satisfazer fins que não sejam os seus próprios, nem para fazer face a despesas que não se traduzam em vantagens para a respectiva comunidade*[23]". A segunda limitação é de cariz constitucional e também de Direito Internacional, uma vez que no que concerne aos seus poderes tributários, os Estados estão limitados pela constituição e também pelos Tratados celebrados com outros Estados, que possuem também os seus poderes tributários, ou seja, a sua própria soberania fiscal. Os limites da soberania fiscal do Estado dependem dos seus fins, pelo que os poderes tributários são restringidos pela própria Constituição, sendo exercidos por um dado Estado, dentro das suas fronteiras territoriais, com algumas exceções. Destarte, o exercício de poderes tributários fora dos limites territoriais do Estado poderá basear-se em acordos internacionais que permitam a cobrança de impostos no estrangeiro, o que potenciará, muitas das vezes, conflitos de tributação.

Referindo-nos agora ao plano internacional, *"(…) a soberania tribuária do Estado acha-se naturalmente limitada, pela coexistência de outras soberanias (…)"*[24], já que, via de regra, o poder tributário apenas se verifica dentro das suas fronteiras territoriais (*v.g.,* territorialidade do imposto)[25]. Neste sentido, a soberania fiscal apenas excecionalmente se estende para além do território ao qual

---

78.

[19] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 78.

[20] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 78.

[21] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 78.

[22] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 79.

[23] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 80.

[24] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

[25] Cfr., SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013, pp. 198 e ss, acerca da territorialidade das leis fiscais e dos elementos de conexão. Veja-se ainda PIRES, M. e PIRES, R. C., Direito Fiscal*, 5.ª edição – corrigida e aumentada,* Almedina, 2012, pp. 199 e ss, onde estes autores referem a territorialidade e os elementos de conexão que ditam a aplicação da lei fiscal no território espacial de um determinado Estado – pp. 200 e 201.

se reporta determinada ordem jurídica[26]. Se assim não fosse, inexistiria uma eficácia dos normativos legais, por força de incapacidade coerciva, contrariando-se ainda as regras da ordem jurídica internacional[27].

Aqui se coloca o problema da territorialidade das normas fiscais ou da aplicação das leis fiscais no espaço (cfr. art.º 13.º, n.ºs 1 e 2 da LGT que versam, respetivamente, sobre a territorialidade objetiva[28] e a territorialidade subjetiva[29]) [30], já que, em princípio, as normas fiscais só se aplicam no território de um determinado Estado, sendo a aplicação das normas fiscais resultante de factos ocorridos nesse mesmo território. Todavia, o legislador admite algumas exceções.

Ora, *"(…) o Estado só pode tributar aqueles que, pela posição assumida, de algum modo se presumem interessados na prossecução dos fins do Estado e nos benefícios, particulares ou gerais, que o mesmo Estado oferece"* [31], o que significa que o poder tributário de um dado Estado terá de basear-se numa ligação efetiva, ou seja, num qualquer elemento de conexão do cidadão (ou do rendimento obtido pelo mesmo) ao Estado em causa. *"Para que a tributação seja legítima, torna-se necessário que quem a suporta tenha estabelecido com a entidade impositora um vínculo político e económico que justifique o seu interesse em relação às actividades que essa mesma entidade desenvolve. O referido vínculo poderá ter origem na cidadania, no domicílio, na simples passagem pelo território, na constituição de direitos sobre bens situados no território do Estado (…)"*[32], no pressuposto de que quem suporta a tributação deverá beneficiar (ou pelo menos deverá presumir-se que beneficia) da atividade estadual[33].

Mas, quando uma dada situação jurídico-fiscal se encontra em conexão com mais do que uma ordem jurídica, gera-se um conflito positivo de tributação e dele pode resultar uma duplicação do imposto, podendo ainda gerar-se um conflito negativo de tributação quando nenhuma jurisdição se considera competente para tributar, dando lugar a uma situação de dupla não tributação, sendo nalguns casos provocada pelos próprios Estados que, com a finalidade de atraírem pessoas e/ou capitais para os seus territórios, procuram através das suas legislações fiscais atrair mais investimento estrangeiro.

Assim, nos últimos anos foram celebradas diversas convenções internacionais, visando diminuir os conflitos de tributação. Esses conflitos resultam da adoção, pelas várias ordens jurídicas, de critérios diferentes na definição dos pressupostos para a tributação.

---

[26] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

[27] Neste sentido, MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

[28] Que determina que há lugar à tributação de determinado rendimento, em virtude de o seu facto gerador ocorrer em território nacional. Em certa medida, corresponde ao critério da fonte.

[29] Que determina que há lugar à tributação de determinado rendimento, em virtude de o contribuinte correspondente possuir residência, sede ou direção efetiva em território nacional. Em certa medida, corresponde ao critério da residência. Veja-se, MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 157 e ss.

[30] Sobre estas matérias, veja-se também SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013, pp. 198 e ss, acerca da territorialidade e dos elementos de conexão, distinguindo-se na página 199 a territorialidade objetiva da territorialidade subjetiva. Veja-se ainda PIRES, M. e PIRES, R. C., Direito Fiscal*, 5.ª edição – corrigida e aumentada,* Almedina, 2012, pp. 199 e ss, onde estes autores referem a territorialidade e os elementos de conexão que ditam a aplicação da lei fiscal no território espacial de um determinado Estado – pp. 200 e 201.

[31] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 81.

[32] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 81 e 82.

[33] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 82.

Do exposto resulta que a soberania fiscal dos Estados exprime uma manifestação normativa do poder jurídico supremo do Estado em matéria de impostos. Um dos mais importantes vetores da soberania Estadual é a soberania fiscal, que designa o nível supremo do poder tributário, que cabe aos Estados, distinguindo-se de outros níveis, como sejam as estruturas descentralizadas dos Estados, tais como as autarquias locais. É no contexto e na base desta soberania fiscal que os Estados procuram afirmar a sua jurisdição fiscal sobre as pessoas e entidades.

Sendo a soberania um dos aspetos da soberania do Estado, o fundamento do poder de tributar é mais do que filosófico e político, baseando-se antes em princípios gerais do Direito aplicáveis em matéria fiscal[34].

Note-se ainda que existem algumas manifestações "*extraterritoriais*" da soberania fiscal, não só na extensão dos poderes tributários de um dado Estado, mas também na substituição de órgãos e agentes[35] (como, por exemplo, no caso da Organização das Nações Unidas ou no caso da OCDE).

1.2. O critério da residência

De acordo com o critério da residência, a tributação do rendimento deverá ser levada a cabo independentemente do local da fonte de tal rendimento. A tributação reflete aqui uma ligação efetiva e estável com o território de um determinado Estado. Por isso, a maior parte das jurisdições escolhem este critério como o critério principal para justificar as suas pretensões de jurisdição fiscal.

A condição de residente supõe a presença física, real ou presumida, no território de um determinado Estado e implica uma ligação económica e um certo grau de integração social (traduzido na participação na vida da comunidade, o que implica a utilização dos bens e serviços proporcionados pelo Estado em questão).

O critério da residência materializa-se numa tributação universal ou ilimitada, já que o Estado tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, quer no seu território, quer no estrangeiro, independentemente do local de onde é originário, tratando-se de uma autêntica tributação mundial dos residentes (*worldwide income taxation of residents*).

No entanto, não podemos esquecer as dificuldades que a aceitação deste critério acarreta, ao tributar a totalidade dos rendimentos, considerando por isso não só os obtidos num determinado território, mas também os obtidos noutros Estados.

Uma das principais dificuldades tem a ver com a possível ocorrência de uma situação de dupla tributação, em que o contribuinte pode ver a sua carga fiscal aumentar ou atenuar se for por intermédio de uma Convenção de Dupla Tributação (CDT), bilateral, ou de mecanismos internos (unilaterais) com vista a evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional.

No âmbito do direito fiscal da União Europeia, o conceito de residente visa determinar os sujeitos passivos que podem beneficiar da aplicação de uma determinada diretiva.

Por seu turno, no campo do direito fiscal internacional, o conceito de residente encontra-se retratado no art.º 4.º da convenção modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), que apenas se refere ao conceito de "residente de um Estado contratante" para efeitos de aplicação da convenção, remetendo, quanto à atribuição desta categoria, para as disposições de Direito interno dos Estados, mas apresenta – todavia – alguns "critérios de desempate" para o caso de uma mesma pessoa ser considerada residente em ambos os Estados contratantes, à luz das respetivas disposições legais de Direito interno.

---

[34] Neste sentido, veja-se MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 71.

[35] Cfr. MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997, p. 82.

Saliente-se que, quer o direito fiscal da União Europeia (através de diretivas), quer as CDT, definem a condição de residente à luz dos Direitos internos, não existindo por isso um conceito independente de residente, autonomamente considerado em relação aos Direitos internos. O problema é que, não sendo uniformes os critérios utilizados para determinar a residência, é possível que um indivíduo ou uma sociedade sejam considerados residentes em mais do que um Estado.

2. Discussão e apresentação de resultados

2.1. A determinação das competências tributárias entre os Estados

A tributação com base no critério da residência é, via de regra, a base jurídica à tributação do rendimento e do capital a nível interno, bem como às convenções de dupla tributação (CDT). As próprias CDT assentam fundamentalmente numa distinção entre "o Estado da residência" e "o Estado da fonte".

A justificação da pretensão de tributar com base no critério da residência prende-se, essencialmente, com o valor que esta apresenta para o indivíduo ou para a pessoa coletiva, pois a residência confere determinado estatuto de proteção e um ambiente de regulação que poderá trazer benefícios importantes em matéria de reputação do contribuinte, de salvaguarda dos direitos subjetivos do contribuinte e de pertença a um dado Estado, mesmo nos casos em que se desenvolvam atividades no estrangeiro.

A qualidade de contribuinte residente confere o dever de lealdade fiscal ao Estado da residência, uma vez que é desse Estado que o residente receberá a necessária proteção jurídica dos seus direitos e interesses[36]. Assim, a justificação para a adoção deste princípio poderá passar pela teoria do benefício. Em muitos países, a tributação do rendimento com base no critério da residência decorre do imperativo constitucional de tributar todos os contribuintes de forma igual, independentemente da fonte onde é obtido o rendimento.

Ao nível das CDT, está prescrito o âmbito pessoal de aplicação (cfr. art.º 1.º da convenção modelo da OCDE), bem como o enquadramento do conceito de residência, as normas reguladoras do poder de tributar e de eliminação da dupla tributação.

Nas CDT, o conceito de "residência" não se encontra definido, sendo normalmente objeto de remissão para as legislações internas. O art.º 4.º da convenção modelo da OCDE remete para o direito interno dos Estados contratantes a determinação concreta da residência das pessoas singulares e coletivas. Esta remissão coloca algumas dúvidas e dificuldades em termos de aplicação prática. Na hipótese de se verificar um qualquer conflito de competências, algumas das convenções sobre dupla tributação permitem, como critério interpretativo, a possibilidade de recurso à convenção modelo da OCDE (mais especificamente o seu art.º 4.º, parágrafos 2 e 3).

É assim que, por exemplo, o princípio da *lex fori*, previsto no art.º 3.º, parágrafo 2 da convenção modelo da OCDE, estabelece que tudo aquilo que não estiver especificamente regulado no tratado deverá ser interpretado e aplicado de acordo com as legislações internas, a menos que não seja possível a sua aplicação a um caso concreto.

Todavia, o conceito fiscal de residência difere significativamente quando comparamos as legislações internas de cada um dos Estados-membros. Alguns países baseiam o conceito de residência no mesmo conceito que aquele que é definido ao nível do direito privado, embora com algumas correções (casos da

[36] Neste sentido, MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário,* Coimbra Editora, 2009. Para uma bibliografia mais recente, veja-se MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 13 e ss, onde se refere a residência e, seguidamente, a fonte.

Itália[37] e da França); outros países apresentam uma definição autónoma de residência (como é o caso da Alemanha e da Espanha); e outros ainda, como o Reino Unido, apresentam o conceito de forma mais complexa, estabelecendo diferentes graus na relação factual com o contribuinte[38].

No caso português, e na ausência de convenções celebradas entre Portugal e um outro Estado (a listagem de CDT celebradas por Portugal com outros Estados inclui a Alemanha, a África do Sul, a Argélia, a Áustria, a Bélgica, o Brasil, a Bulgária, Cabo Verde, o Canadá, o Chile, a China, a Coreia, Cuba, a Dinamarca, a Eslováquia, a Eslovénia, a Espanha, os Estados Unidos da América, a Estónia, a Finlândia, a França, a Geórgia – esta, com entrada em vigor em maio de 2016 –, a Grécia, Guiné-Bissau, a Holanda, a Hungria, a Índia, a Indonésia, a Irlanda, a Islândia, Israel, a Itália, a Letónia, a Lituânia, o Luxemburgo, Macau, Malta, Marrocos, o México, Moçambique, a Noruega, o Paquistão, a Polónia, o Reino Unido, a República Checa, a Roménia, a Rússia, Singapura, a Suécia, a Suíça, a Tunísia, a Turquia, a Ucrânia, a Venezuela[39]), bem como na ausência de uma situação jurídico-fiscal plurilocalizada, importará ter em atenção os critérios indicados no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), nos termos que analisaremos em seguida.

De facto, quer no domínio do CIRS, quer no domínio do CIRC, o conceito de residência desempenha uma função similar, servindo de elemento de conexão entre determinada situação fáctica e a legislação portuguesa. A classificação do sujeito passivo como contribuinte residente resulta da concretização da dimensão especial do facto tributário, permitindo assim que se estabeleça uma relação jurídico-fiscal.

Para existir, o facto tributário, além de depender da verificação de uma determinada situação de facto (dimensão material do facto tributário), bem como da ligação dessa situação a um determinado sujeito passivo (dimensão subjetiva), pressupõe ainda a concretização das dimensões temporal, quantitativa e espacial. Ou seja, para que a perceção de rendimentos por parte de um determinado sujeito

---

[37] Em Itália, não existe uma definição autónoma de residência para os contribuintes singulares. A legislação italiana aponta para a aplicação de três critérios baseados na legislação civil, embora com algumas correções. Assim, serão considerados como residentes para efeitos fiscais todos aqueles que, durante a maior parte do exercício económico, estejam incluídos nos registos sobre a população residente, ou possuam o seu domicílio ou residência em Itália, de acordo com o estipulado no Código Civil. O critério da residência apresenta apenas uma função declarativa, sendo que quando um dos critérios satisfaça a regra de duração de pelo menos 183 dias, o contribuinte será automaticamente considerado como residente. No caso italiano, a residência e o domicílio poderão assim diferir substancialmente, quando comparamos os efeitos fiscais e os efeitos civis. Assim, para a legislação civil italiana o conceito de domicílio requer um elemento objetivo (o interesse e os negócios do contribuinte concentrados em determinado local) e também um elemento subjetivo (a intenção). Já no que concerne aos efeitos fiscais, o elemento subjetivo (intenção) quase que se dilui no elemento objetivo, já que a tributação não depende da mera intenção do contribuinte. Contudo, a intenção do contribuinte assume uma pequena relevância, se pensarmos que a sua intenção de estabelecer num certo local o seu centro de interesses encontra como suporte factos que provam a efetividade do domicílio. Além disso, coloca-se também a questão de saber que repercussões fiscais apresentará uma situação na qual o contribuinte efetivamente resida num país diferente do seu/sua cônjuge e restante família. Para maiores desenvolvimentos, cfr. PISTONE, P., "The impact of community law on tax treaties: issues and solutions", *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 175 e ss.

[38] Cfr. PISTONE, P., "The impact of community law on tax treaties: issues and solutions", *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 175 e ss.

[39] No portal das finanças encontram-se disponíveis todas as CDT celebradas por Portugal – cfr. http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib, bem como as respetivas tabelas práticas, onde se destaca a tabela prática de 2016 (http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/FBFB6C72-B7AA-4A59-87CB-C815E82B3C57/0/Tabela_CDTs_2016.pdf).

dar origem ao nascimento de um facto tributário, é necessária a quantificação desse facto, que esse facto diga respeito a um período temporal concreto e que, além disso, que tenha alguma conexão legalmente estabelecida com o ordenamento jurídico-fiscal português. Só assim surge o facto tributário. Na fixação desta dimensão espacial, o conceito de residência assume a natureza de elemento de conexão, por excelência. Sem prescindir, existem ainda outros elementos de conexão que concretizam esta dimensão, como por exemplo o local de obtenção dos rendimentos, mas é de facto a residência que se traduz na ligação mais forte do elemento material que se encontra na base da ligação do facto tributário a determinado ordenamento jurídico. Por isso, o sujeito passivo que se considere como residente será tributado de acordo com uma base mundial, ou seja, por todos os rendimentos que aufere, independentemente do local onde são obtidos[40].

A fixação da residência para efeitos fiscais adquire acentuada importância, quer num contexto nacional, quer num contexto internacional, desde logo porque o âmbito pessoal das convenções é definido pela qualidade de residente em um ou ambos os Estados contratantes, sendo indiferente (regra geral) a nacionalidade ou a qualidade de contribuinte.

Também, para poder aplicar muitas das disposições das convenções reguladoras do poder de tributar, e das regras de eliminação em matéria ou atenuação da dupla tributação internacional, é necessário definir-se se se está ou não perante residentes num Estado contratante[41].

2.2. A determinação da qualidade de residente relativamente às pessoas singulares

2.2.1. Considerações gerais

Numa conceção subjetivista, muito embora não se exija permanência no território de um dado Estado, a aquisição da qualidade de residente depende da presença física juntamente e a intenção de permanência (ou seja, de um *animus*). Este *animus* não releva de uma conceção objetivista, que apenas prevê um *corpus* (entendido como permanência física). A intenção de permanência depende de critérios e presunções ilidíveis e inilidíveis de aplicação cumulativa ou alternativa, permitindo-se assim atribuir a qualidade de residente em detrimento da qualidade de não residente (esta última qualidade é definida pela negativa).

No caso português, os contribuintes singulares com residência em Portugal são tributados pela totalidade dos seus rendimentos (cfr. art.º 15.º, n.º 1 do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – CIRS) – tributação universal e ilimitada dos rendimentos auferidos por residentes –, encontrando-se os critérios de residência para efeitos fiscais elencados ao longo do art.º 16.º do CIRS.

Neste contexto, a determinação da condição de residente para efeitos de IRS assenta no regra geral segundo a qual os sujeitos passivos que permaneçam em território português mais do que 183 dias (seguidos ou interpolados) em qualquer período de 12 meses são aí considerados como residentes [cfr. art.º 16.º, n.º 1, alínea a) do CIRS]. Além desta regra geral, existem outras regras que importa aqui analisar.

Algumas das regras impedem o sujeito passivo de esquivar-se da aplicação da regra geral, como por exemplo o facto de a residência poder ser fixada com base na detenção de uma habitação em condições que façam supor a intenção de a ocupar como residência habitual. Outras ainda, por intermédio de ficções ou presunções, pretendem fixar como residentes os contribuintes que apenas têm

---

[40] Neste sentido, cfr. RIBEIRO, J. S., "O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno", *II Congresso de Direito Fiscal,* Vida Económica, 2012 e, ainda, RIBEIRO, J. S., *A tributação presuntiva do rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável,* Almedina, 2010, pp.96-114.

[41] Neste sentido, PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento,* INCM, 1984, p. 226.

probabilidade de o serem (ou só o são) porque se equiparou legalmente a situação em que se encontram à condição de residente, tal como veremos em seguida.

Assim, de acordo com as alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 16.º do CIRS, considera-se como fiscalmente residente em Portugal, desde logo quem haja permanecido em território nacional durante "*mais de 183 dias, seguidos ou interpolados, em qualquer período de 12 meses com início ou fim no ano em causa*"; e quem, "*tendo permanecido por menos tempo*", *disponha* em território nacional, "*num qualquer dia do período referido, de habitação em condições que façam supor intenção atual de a manter e ocupar como residência habitual*".

Daqui resulta que, em caso de permanência por menos de 183 dias (seguidos ou interpolados), podem ser considerados fiscalmente residentes todos aqueles em relação aos quais se supõe que tenham intenção de manter residência habitual no país, já que em 31 de dezembro dispõem de facto de habitação em Portugal. Para estes efeitos, considera-se como dia de presença em território português "*qualquer dia, completo ou parcial, que inclua dormida no mesmo*" (n.º 2 do art.º 16.º do CIRS).

No caso específico dos tripulantes de navios ou de aeronaves, consideram-se residentes os tripulantes que a 31 de dezembro do período fiscal em questão estejam ao serviço de entidades com residência, sede ou direção efetiva em Portugal [cfr. art.º 16.º, n.º 1, alínea c) do CIRS]. Também os funcionários do Estado português que trabalhem no estrangeiro continuam a ser considerados como residentes em Portugal [cfr. n.º 1, alínea d) da mesma disposição].

As situações aqui descritas mais não são do que ficções, uma vez que dizem respeito a realidades meramente legais, pretendendo evitar-se que os sujeitos passivos que se encontrem nessas situações deixem de pagar impostos, por não serem considerados como contribuintes fiscalmente residentes em Portugal.

Quanto à perda da qualidade de residente, o n.º 4 do art.º 16.º do CIRS prescreve que a perda desta qualidade ocorre a partir do último dia de permanência em território português, salvo nos casos específicos previstos nos n.ºs 14 e 16. O regime de tributação aplicável em presença da perda da qualidade de residente em território português encontra-se previsto no art.º 10.º-A do CIRS. Todavia, a qualidade de residente pode ser eventualmente readquirida, nos termos do n.º 16 do art.º 16.º do CIRS.

Além disso, existe ainda uma ficção de residência (n.ºs 6 e 7 do art.º 16.º do CIRS), desta feita relativamente aos nacionais que mudaram a sua residência fiscal para um regime fiscal claramente mais favorável, ficção essa que se aplica no ano em que tais contribuintes efetuaram a mudança de residência e também nos quatro anos subsequentes.

2.2.2. A qualidade de "não residente"

Diferentemente da noção de residente, a noção de "não residente" apura-se pela negativa. Um contribuinte não residente é, atualmente, uma pessoa que:

(i) permaneça em território nacional por um período inferir a 183 dias seguidos ou interpolados;

(ii) não disponha, a 31 de dezembro do ano em causa, de uma habitação em Portugal que faça supor a sua intenção de a manter e ocupar como residência habitual;

(iii) não obedeça a qualquer um dos outros requisitos específicos ou presunções previstos no art.º 16.º para ser considerado como contribuinte fiscalmente residente.

Além disso, atualmente a condição de residente ou de não residente já não depende da residência fiscal de qualquer um dos outros membros do agregado familiar, ou seja, já não se aplica a chamada "teoria do centro de interesses vitais".

Os contribuintes fiscalmente não residentes em território português, mas que obtenham rendimentos de fonte portuguesa, encontram-se obrigados à nomeação de um representante fiscal, o qual poderá ser uma pessoa singular ou coletiva,

desde que esse representante seja considerado como fiscalmente residente em Portugal.

2.2.3. O residente parcial

O sistema de residência parcial permite que um determinado contribuinte seja considerado fiscalmente residente em Portugal apenas durante uma parte do ano, desde que preencha os requisitos previstos nas alíneas a) ou b) do n.º 1 do art.º 16.º do CIRS.

Neste caso, o sujeito passivo passa a ser considerado residente em território português a partir do primeiro dia de permanência (que constitui qualquer dia de presença física que inclua dormida em Portugal – cfr. n.º 2 do art.º 16.º do CIRS, lido em conjugação com o n.º 3 da mesma disposição), salvo quando tenham sido residentes em qualquer dia do ano anterior, caso em que se consideram residentes desde o primeiro dia do ano em que se verifique qualquer uma das condições previstas no n.º 1 do art.º 16.º do CIRS.

2.2.4. O residente não habitual

Quanto ao residente não habitual, estabelece o n.º 8 do art.º 16.º do CIRS que "*consideram-se residentes não habituais em território português os sujeitos passivos que, tornando-se fiscalmente residentes nos termos dos n.ºs 1 ou 2, não tenham sido residentes em território português em qualquer dos cinco anos anteriores*".

Nesta matéria, os n.ºs, 9, 10, 11 e 12 do mesmo art.º 16.º prescrevem que o sujeito passivo que seja considerado como residente não habitual adquire o direito a ser tributado como tal pelo período de 10 anos consecutivos a partir do ano, inclusive, da sua inscrição como residente em território português.

O direito a ser tributado como residente não habitual depende de o sujeito passivo ser considerado fiscalmente residente em território português, em qualquer momento desse ano; sendo que o sujeito passivo que não tenha gozado do direito em questão em um ou mais anos do período de 10 anos apontado, pode retomar o gozo do mesmo em qualquer dos anos remanescentes daquele período, a partir do ano, inclusive, em que volte a ser considerado residente em território português.

O regime referente ao estatuto do residente não habitual foi criado por intermédio do Código Fiscal do Investimento (CFI), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 249/2009, de 23 de setembro, com a finalidade de atrair profissionais não residentes, mas qualificados em atividades de elevado valor acrescentado ou da propriedade intelectual, industrial ou *know-how*, bem como beneficiários de pensões obtidas no estrangeiro.

Para estes efeitos, as atividades consideradas de elevado valor acrescentado, com caráter científico, artístico ou técnico, são as constantes da tabela prevista na Portaria n.º 12/2010, de 7 de janeiro, tais como: arquitetos, engenheiros e técnicos similares; artistas plásticos, atores e músicos; auditores e consultores fiscais; médicos e dentistas; professores universitários; psicólogos; profissões liberais, técnicas e assimiladas; quadros superiores; investidores, administradores e gestores.

Além disso, para efeitos do código 8 da tabela referenciada (investidores, administradores, gestores e quadros superiores de empresas), considera-se que os investidores só podem usufruir do regime aplicável aos residentes não habituais se o respetivo rendimento for auferido como administrador ou gerente.

São qualificados como gestores os abrangidos pelo Estatuto do Gestor Público (Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março) e os responsáveis por estabelecimentos estáveis de entidades não residentes. Os quadros superiores de empresas são as pessoas incumbidas da direção e com poderes de vinculação da pessoa coletiva. As qualidades de administradores/gerentes/gestores, bem como os respetivos poderes de representação terão de ser comprovados documentalmente, por intermédio de certidões permanentes do registo comercial, procurações, atas, etc.

Em termos práticos, pode solicitar a inscrição como residente habitual quem seja considerado residente em território português, ao abrigo de qualquer um dos critérios estabelecidos no n.º 1 do art.º 16.º do CIRS no ano relativamente ao qual pretende que tenha início a sua tributação como residente não habitual; e não tenha sido considerado residente em território português em qualquer dos cinco anos anteriores (n.º 8 do art.º 16.º do CIRS).
A concessão deste estatuto é solicitada em requerimento dirigido ao Diretor de Serviços de Registo de Contribuintes, apresentado em qualquer serviço de finanças, no ato da inscrição como residente em território português ou, posteriormente, até 31 de março, inclusive, do ano seguinte àquele em que se torne residente nesse território (n.º 10 do art.º 16.º do CIRS).
Ao solicitar a inscrição como residente não habitual, o contribuinte deve apresentar uma declaração em como não se verificam os requisitos para ser considerado residente em território português nos cinco anos anteriores àquele em que pretenda que se inicie a sua tributação como residente não habitual (n.º 8 do art.º 16.º do CIRS), por não preencher qualquer das condições previstas no n.º 1 do art.º 16.º ou por força de aplicação de CDT.
Relativamente ao período de dez anos durante o qual o contribuinte pode ser considerado como residente não habitual (n.º 9 do art.º 16.º do CIRS), este período é improrrogável, sem prejuízo da regra que determina que este gozo pode ser retomado (n.º 12 do art.º 16.º do CIRS).

2.3. A possibilidade de ocorrência de um conflito positivo de residência

Pode suceder que uma determinada pessoa seja considerada residente de vários Estados, situação que caberá resolver através das normas estabelecidas nos tratados ou no âmbito dos acordos mútuos celebrados entre os Estados. Desta situação pode resultar um conflito positivo ou negativo de residência.
No caso de dupla ou múltipla residência, denominado por "conflito positivo de residência", em que duas ou mais jurisdições se julgam competentes para tributar esse contribuinte com base no preenchimento dos pressupostos da qualidade de residente no seu território, esta questão deverá ser resolvida ao nível interno, europeu ou internacional.
Esta mesma situação de dupla residência pode resultar num conflito negativo de tributação, em que nenhum dos Estados se julga competente para tributar, podendo dar-se aqui o caso de dupla não tributação, o que potenciará situações de elisão fiscal. Caso existisse um conceito comunitário de residência e forte coordenação fiscal ou até mesmo uma harmonização fiscal entre os países, este problema seria ultrapassado.
Também as CDT podem contribuir para a eliminação do problema de base e resolver a questão prévia da dupla residência, devendo, por essa razão, as CDT elencar/prever critérios que determinam a prevalência de uma das residências para efeitos de tributação, os quais devem divergir, consoante se trate de pessoas singulares ou pessoas coletivas. Em regra, as CDT apontam para o facto de um determinado sujeito passivo (singular ou coletivo) apenas poder ser considerado como residente num único Estado, numa lógica de residência única.
Para as pessoas singulares consideradas como residentes em ambos os Estados contratantes (por recurso às legislações internas desses Estados), o art.º 4.º, n.º 2 da convenção modelo da OCDE prevê alguns "critérios de desempate", considerando a competência de uma determinada residência em detrimento de outra.
A pessoa singular deverá ser considerada residente somente no Estado em que possua uma habitação permanente, no Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e económicas (o denominado critério do "centro de interesses vitais"), ou no Estado em que permanece habitualmente, ou ainda no Estado da sua "nacionalidade".

Os aludidos critérios são de aplicação sucessiva, o que significa que só se passa para o critério seguinte, no caso de o critério anterior não possibilitar a resolução do conflito positivo de residência em causa. Na hipótese de nenhum dos aludidos critérios resolver o problema, caberá às autoridades competentes, de comum acordo, definir a residência relevante para efeitos fiscais.

Esta situação pode ser resolvida através das convenções de dupla tributação, que poderão prever soluções para a resolução deste tipo de conflitos, como resulta do art.º 4.º da convenção modelo da OCDE, quanto à atribuição da competência ao Estado da residência.

3. Conclusões

As normas de soberania fiscal são as que delimitam e definem o poder de tributar por parte do Estado. São normas de soberania fiscal o art.º 103.º da CRP (sistema fiscal), o art.º 104.º da CRP (impostos), os art.ºs 105.º e 106.º da CRP (orçamento e elaboração do orçamento), bem como o art.º 165.º, n.° 1, alínea i) da CRP, respeitante à reserva relativa de competência legislativa, que permite que o Governo legisle em matéria de impostos e sistema fiscal, mediante prévia autorização da Assembleia da República. Estas normas de soberania fiscal constituem a base dos impostos e do respetivo sistema fiscal, materializando-se, assim, nos princípios fiscais fundamentais e em leis ordinárias, as quais, embora subordinadas às normas constitucionais, poderão definir determinados aspetos dos poderes tributários do Estado, disciplinando direta ou indiretamente a tributação, isto é, a existência, os mecanismos e a exigibilidade dos impostos.

Ora, podemos definir a soberania fiscal como o poder de estabelecer um sistema fiscal autónomo dos restantes sistemas fiscais, sendo o eventual concurso positivo de duas ou mais soberanias fiscais um fator potenciador de situações de dupla (ou múltipla) tributação.

No que concerne ao critério da residência enquanto fator de conexão para efeitos de tributação, este determina que a tributação do rendimento deverá ser levada a cabo independentemente do local da fonte de tal rendimento. A condição de residente supõe a presença (real ou presumida) no território de um determinado.

Os Estados, com vista à legitimação da tributação com base no critério da residência, costumam basear-se no facto de que os contribuintes deverão contribuir para a obtenção de receitas por parte do Estado no qual são considerados residentes, o que se verifica em virtude de uma conexão de natureza pessoal.

O critério da residência materializa-se numa tributação universal ou ilimitada, já que o Estado da residência tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, independentemente do local de onde sejam originários. Destarte, a tributação de acordo com o critério da residência é uma construção que permite tributar o rendimento dos contribuintes considerados residentes em determinada jurisdição, independentemente do local da sua obtenção.

Todavia, quer o direito fiscal da União Europeia (através de diretivas), quer as Convenções de Dupla Tributação, remetem a definição de residente para os diferentes ordenamentos jurídicos, não existindo assim um conceito de residente autonomamente considerado.

O problema é que, não sendo uniformes os critérios utilizados para determinar a residência, é possível que um contribuinte seja considerado residente em mais do que um Estado, o que se traduz num conflito positivo de residência.

Por sua vez, quanto aos contribuintes (fiscalmente) não residentes, mas que obtenham rendimentos em território português, a respetiva tributação dá-se com base no critério da fonte, que determina uma tributação limitada, estabelecendo-se aqui uma conexão de natureza real.

4. Referências bibliográficas

CAMPOS, D. L., e CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário,* 2.ª Edição, Almedina, 2000.

CAMPOS, D. L., e CAMPOS, M. H. N. L., *Direito Tributário*, Almedina, Coimbra, 1997.

MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012.

MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário,* Coimbra Editora, 2009.

MARTÍNEZ, S., *Direito Fiscal (9.ª Edição - reimpressão),* Almedina, Coimbra, 1997.

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

PIRES, M. e PIRES, R. C., Direito Fiscal*, 5.ª edição – corrigida e aumentada,* Almedina, 2012.

PISTONE, P., "The impact of community law on tax treaties: issues and solutions", *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002.

RIBEIRO, J. S., "O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno", *II Congresso de Direito Fiscal,* Vida Económica, 2012.

RIBEIRO, J. S., *A tributação presuntiva do rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável,* Almedina, 2010.

SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário,* Coimbra Editora, 2013.

E, ainda:

Listagem das CDT celebradas por Portugal e respetivas tabelas práticas

http://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib

(http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/FBFB6C72-B7AA-4A59-87CB-C815E82B3C57/0/Tabela_CDTs_2016.pdf).

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 77-98
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Intervenção estatal financeira e desenvolvimento sustentável: os desafios de uma primeira resolução socioambiental editada no Brasil

State financial intervention and sustainable development: the challenges of a first social environmental resolution edited in Brazil

FERNANDO R. M. BERTONCELLO[1]
THAÍS CÍNTIA CÁRNIO[2]
Universidade Federal de Campina Grande (Brasil)

Sumário: Introdução. 1. A intervenção estatal no domínio econômico. 1.1. Primeiras considerações sobre direito economia. 1.2. A função social da intervenção estatal e o direito econômico como consequência da necessidade de regulamentar tal intervenção. 1.3. A Constituição federal de 1988 e a imposição de limites jurídicos ao poder econômico por meio do direito econômico. 1.4. Meios de intervenção estatal. 1.4.1. A intervenção estatal financeira. 1.4.2. O aparelhamento estatal para uma intervenção estatal financeira. 2. A primeira resolução do Conselho Monetário Nacional sobre sustentabilidade. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: Trata-se de artigo científico que visa demonstrar a relevância da intervenção estatal no domínio econômico a fim de que se estabeleçam limites jurídicos ao próprio poder econômico. Neste sentido, constata-se que esta intervenção tem como ferramenta o Direito. Sendo assim, estuda-se o diálogo que Economia e Direito tem traçado juntos, bem como sua complementariedade. Posteriormente, levanta-se elementos na constituição brasileira que viabilizam a intervenção estatal no domínio econômico. Ademais, verifica-se a possibilidade de existir uma intervenção estatal que seja financeira em detrimento de uma autorregulação, que, por sua vez, nem sempre é efetiva, uma vez que, diferentemente da regulação financeira, a autorregulação financeira não traz consigo um elemento chave: o interesse público. Por fim, analisa-se a Resolução n. 4.327/2012, editada pelo Conselho Monetário Nacional brasileiro, publicada pelo Banco Central do Brasil, a fim de se verificar quais sejam os possíveis desafios de sua implementação pelas instituições financeiras brasileiras e ainda quais sejam os próximos passos a serem dados pelo Estado brasileiro a fim de que se efetive um sistema regulatório financeiro socioambiental: que, por sua vez, considere o desenvolvimento econômico, mas também questões sociais e ambientais.

Palavras-chave: regulação socioambiental; responsabilidade socioambiental; crédito responsável; Estado e Economia.

Abstract: This scientific paper aims to demonstrate the relevance of state intervention in the economic domain to establish legal limits to their own economic

[1] Mestre e doutorando em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com período de pesquisa na *Univeristy of Miami*.
[2] Mestre em Direito das Relações Internacionais e Doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

power. In this sense, this intervention finds in Law an instrument. Therefore, it studies the dialogue that Economics and Law have developed together, as well as their complementarities. Subsequently, elements in the Brazilian constitution are pointed out to enable state intervention in the economic domain. In addition, there is the possibility of a state financial intervention rather than a self-regulation, which, in turn, is not always effective, since, unlike financial regulation, financial self-regulation does not bring a key element: the public interest. Finally, it analyzes Resolution n. 4,327/2012, issued by the National Monetary Council Brazilian, published by the Central Bank of Brazil, in order to determine which are the possible challenges of implementation by Brazilian financial institutions and also the next steps to be taken by the Brazilian government in order that becomes effective a social and environmental financial regulatory system, that, in turn, take into consideration economic development, as well as social and environmental issues.

Keywords: social environmental resolution; environmental responsability ambiental; responsable credit; State and Economy.

INTRODUÇÃO

Diversas políticas de sustentabilidade realizadas por instituições financeiras são constantemente colocadas em questionamento por não haver uma diretriz clara do que seja sustentabilidade no mercado financeiro. Faz-se necessário, assim, discutir outra forma de implantar tais políticas no sistema financeiro brasileiro.

Pretende-se, portanto, com este artigo, trabalhar o conceito de intervenção estatal no domínio econômico, bem como a maneira pela qual tal intervenção pode conversar com a sustentabilidade a fim de interpretá-la e adaptar-se à dinâmica do sistema financeiro brasileiro e mundial.

Durante muito tempo a atividade econômica não considerou o capital humano nem o meio ambiente, e, mesmo hoje, após a edição da Consolidação das Normas Trabalhistas, da criação da Justiça do Trabalho, da atuação constante do Ministério Público do Meio Ambiente, e das diversas Convenções Internacionais sobre desenvolvimento sustentável e direitos humanos, ainda não se foi capaz de conter muitos dos impactos gerados pela exploração dessa atividade.

A regulação socioambiental pode ser, então, mais uma arma contra os impactos gerados pela exploração da atividade econômica e, portanto, mais uma ferramenta para que seja promovido o bem-estar social.

1. A INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Pressupor uma regulação socioambiental é também sugerir que o Estado intervenha no domínio econômico. Tal intervenção acontece por meio do Direito, conforme melhor explicitado a seguir.

1.1 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO E ECONOMIA

Sabe-se que a Economia e o Direito andam juntos, talvez, desde sua criação. Nesse sentido, versa Fábio Nusdeo:

> [...] É íntima a relação entre Direito e Economia. Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de profunda imbricação, pois os fatos econômicos são os que se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização [...] (2010, p. 31).

A inter-relação entre Direito e Economia permite pensar as normas jurídicas considerando que incentivos e punições estão associados tanto às instituições quanto ao raciocínio econômico. Por essa razão, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo (SZTAJN, 2005, pp. 82-83).

Essa inter-relação não é tarefa simples, posto que a comunicação entre os operadores dessas áreas é complexa. Conforme ensina Bruno Salama, o direito é verbal, enquanto a economia lastreia-se no pensamento matemático; o direito é hermenêutico, e a economia, empírica; a aspiração principal do direito é ser justo, já a economia, persegue a cientificidade (SALAMA, 2011, p. 101).

Em que pese os efeitos positivos que possa gerar, a integração entre o que é jurídico e o que é econômico não deve ser entendida como uma solução mágica, superestimando-se suas contribuições e ignorando suas limitações (SALAMA, 2011, p. 114).

Percebe-se uma relação intrínseca entre as duas ciências – que aparentemente não podem existir uma sem a outra –, e nos últimos tempos percebe-se, inclusive, a ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter difuso, com multiplicação de normas legais de toda a espécie para por em prática a política econômica (NUSDEO, 2010).

No Brasil, o modo de produção em que se vive, como sabido, é o capitalismo e, por isso, pode-se dizer que as relações humanas, sociais e jurídicas estão diretamente atreladas a ele, que, por sua vez, depende da Economia para funcionar.

Sendo assim, verifica-se que vida social, cenário econômico (nacional e internacional), bem como relações jurídicas (litigiosas ou não) carecem de um mesmo alicerce: o desenvolvimento econômico.

Igualmente, para Eros Grau não somente a Economia e o Direito caminham em um mesmo sentido, mas, também, o próprio sistema capitalista, nos seguintes termos:

> (I) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;
> (II) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
> (III) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos (2010, p. 31).

Assim, a sociedade capitalista somente se mantém como é se for controlada pelo Direito positivado, o que também se aplica à Economia, que não pode ter um fim em si mesma, mas, sim, um objetivo social e comum para com a sociedade.

Nesse sentido, Vicente Bagnoli, respeitado autor brasileiro de Direito Econômico, expressa em sua obra a esperança do autor de um século XXI socialmente melhor e, para tanto, pressupõe mais igualdade entre os Estados e entre as pessoas de um mesmo Estado. Todavia, ressalta que para isso ocorrer deve-se promover políticas econômicas mais preocupadas em desenvolver a economia das nações, principalmente a dos países pobres e em desenvolvimento, e não apenas buscar o crescimento econômico. Sendo assim, para o autor, desenvolver a economia deve significar desenvolver o país, a sociedade, que terá a contrapartida da melhora econômica. Isso porque o progresso meramente material não conduz a sociedade a um aprimoramento no bem-estar coletivo (BAGNOLI, 2005).

O desenvolvimento econômico, portanto, embora propulsor do sistema capitalista, precisa de freios. E com o passar do tempo, a fim de que supostos

freios fossem melhor engendrados, surgiu um ramo específico do Direito: o Direito Econômico.

1.2. A FUNÇÃO SOCIAL DA INTERVENÇÃO ESTATAL E O DIREITO ECONÔMICO COMO CONSEQUÊNCIA DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAR TAL INTERVENÇÃO

A discussão da intervenção estatal na Economia – que, como visto, tem o Direito como importante veículo – possui o interesse público como o mais amplo dos fundamentos.

Nesse sentido, André Ramos Tavares sugere que:

> [...] intervenção poderá ocorrer em resposta às pressões sociais, para a correção de inevitáveis distorções derivadas da ampla liberdade, distorções essas que operam em prejuízo do conjunto da sociedade (2012, p. 281).

Significa dizer que o interesse público é pressuposto que possibilita a intervenção estatal no domínio econômico, uma vez que não abrange somente questões econômicas, mas também o amparo das questões sociais.

Sendo assim, criou-se o nome "Direito Econômico" para designar o conjunto de matrizes legais – textos constitucionais, legislações promulgadas nas diversas esferas de poder, bem como atos normativos dos mais diversos – referentes à intervenção do Estado no domínio econômico por meio do Direito, a fim de tutelar-se o interesse público.

As raízes da relação interdisciplinar entre Direito e Economia remonta ao começo do século XX. Nessa época, o liberalismo permeava o ambiente, tanto na livre iniciativa como na capacidade de autorregulação dos operadores de mercado. Esse pensamento privilegia os princípios da liberdade e valorização do indivíduo, diferenciando-se do mercantilismo, que era centrado no enriquecimento do poder central e constante aumento do capital (FONSECA, 2005, pp. 254-255).

Percebe-se, cada vez mais, a falta de resposta aos principais problemas enfrentados pelo mercado. Isso decorre principalmente da incapacidade de seus agentes chegarem a um consenso socialmente viável e aceitável sem a necessária a intervenção do Estado.

Outro ponto verificado é a dificuldade de diálogo por carência de entes mandatados para representar adequadamente os participantes desses interessantes distintos, além da falta de equilíbrio de forças na negociação. O modelo liberal demonstrou-se incapaz de distribuir riquezas de maneira parcimoniosa e equivalente entre os agentes econômicos.

Analisando esse contexto, Arthur Cecil Pigou desenvolve a Teoria Econômica do Bem-Estar, consoante a qual explica que há um custo privado e um custo social para toda a atividade econômica desenvolvida. O custo social, em diversas circunstâncias, apresenta-se maior que o custo privado, pois acarreta a terceiros, não envolvidos diretamente na relação econômica, um ônus. Essa diferença entre o custo social e o privado é denominada de "externalidade" (COASE, 2008, art.9).

Fábio Nusdeo ensina que as externalidades correspondem a custos ou benefícios que circulam externamente ao mercado, o que não significa que sejam fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fora do mercado, externos ou paralelos a ele (NUSDEO, 2010, pp. 152-153).

Esses efeitos laterais não são necessariamente danosos. Caso gerem resultados benéficos a terceiros, serão classificados como externalidades positivas. Contudo, se trouxerem efeitos adversos ou perdas, sobrecarregando o custo social, serão consideradas externalidades negativas.

Geralmente, o foco da análise dos estudiosos preocupados com as consequências das externalidades volta-se para as de modalidade negativa.

Contudo, ao inter-relacionar a matéria econômica com a tributária, tanto as externalidades positivas como negativas são relevantes.

Arthur Cecil Pigou entende que as externalidades justificam a intervenção do Estado no domínio econômico, pois somente ele seria capaz de equacionar adequadamente tais efeitos laterais, principalmente considerando os mecanismos do mercado foram insuficientes para alcançar uma solução adequada.

Pigou, então, defende que seja criado um grupo de normas eficiente na identificação de efeitos externos, e na imposição de gravames ou concessão de benefícios aos seus originadores, o que se convencionou denominar de "internalização das externalidades". Essas medidas seriam denominadas, posteriormente, de taxa pigouviana.

Fábio Nusdeo pontua a dificuldade acentua de que haja a internalização ou privatização dos efeitos negativos da atividade econômica, representados pelo custo social. As normas formuladas para esse fim tem o escopo de promover a internalização dos custos pelas suas próprias unidades geradoras (NUSDEO, 2010, p. 158).

Por outro lado, Ronald Coase contrapõe-se a Pigou, criticando a Teoria Econômica do Bem-Estar e a intervenção estatal como instrumento para solucionar os efeitos externos (COASE, 2008, art.9).

O estudioso formula o Teorema de Coase, segundo o qual é possível que haja uma solução ótima para as externalidades, sem a intervenção estatal e buscando o bem-estar social, mediante negociação entre os agentes econômicos por elas afetados. O Estado, por sua vez, deve preocupar-se em evitar altos custos de transação para facilitar as negociações e aumentar a riqueza.

Coase entende que a intervenção estatal poderia gerar custos maiores do que aqueles decorrentes das externalidades, sendo a solução do conflito pela via privada menos onerosa.

Sua inspiração não se limita exclusivamente a fontes liberais, na medida em que sinaliza positivamente à participação estatal, porém, apenas em grandes linhas, sem efetivamente dirimir conflitos ou estabelecer medidas que coíbam ou onerem certos comportamentos.

Ronaldo Motta explica que a solução de Coase pode ser eficiente, mas não está isenta dos efeitos danosos das imperfeições de mercado ou da alteração das variáveis envolvidas entre os agentes econômicos e os terceiros. Além disso, a amplitude e complexidade dos custos de transação raramente permitiriam que sejam encontradas compensações adequadas partindo-se dessa teoria (MOTTA, 2006, pp. 183-185).

Ainda que criticadas, a teoria de Ronald Coase encontra receptividade nos meios acadêmicos, inclusive jurídicos. Sua relevância – tanto para a Economia como para o Direito – foi realçada pela visão de Richard Posner. Para ele, variadas regras jurídicas americanas traziam implicitamente conceitos econômicos, e o Direito assume a premissa de que os indivíduos, através do comportamento que adotam dentro e fora do mercado, maximizam racionalmente suas satisfações (POSNER, 2007, p. 353).

O resultado dessa aceitação permite que Ronald Coase[3] ocupe a cadeira de estudos econômicos da faculdade de Direito na Universidade de Chicago, dado origem ao movimento *Law & Economics*, nascido naquela instituição e conhecido como Escola de Chicago.

Ainda assim, Teorema de Coase pode encontrar sérios obstáculos para sua aplicação prática. O próprio economista reconhece que a presunção de não haver custos envolvidos nas transações de mercado é, obviamente, bastante irreal (SCHWAB, 1980, p. 266).

[3] O reconhecimento ao trabalho do ilustre economista foi tão expressivo que, em 1991, Ronald Coase foi agraciado com o Prêmio Nobel em Economia.

Devido à complexidade de viabilizar o mencionado teorema, é razoável concluir que a aplicação da Teoria de Pigou sobre a internalização de externalidades em muito corrobora o objeto de estudo do presente estudo.

Justamente por isso, pode-se dizer que o Direito Econômico e suas primeiras concepções surgiram em contraposição aos ideais da não intervenção estatal proposta pelo liberalismo econômico. Portanto, não se pode falar em Direito Econômico sem que se fale em República de Weimar e em Primeira Guerra Mundial, conforme vemos na lição de Vicente Bagnoli:

> Antes mesmo da celebração do armistício da Primeira Guerra de 11 de novembro de 1918, a Alemanha foi palco de diversas disputas internas que culminaram na República de Weimar. Na noite de 7 de novembro, proclama-se na Baviera uma República Democrática e Socialista por meio dos partidos de esquerda mais radicais. Aos 9 de novembro, o partido socialista alemão proclama a República na chancelaria de Berlim. No final de 1918, já com uma nova lei eleitoral, realizam-se as eleições para formar o congresso dos representantes das províncias imperiais, que, eleito, vota em janeiro de 1919 pela convocação da Assembléia Nacional Constituinte (2005, p. 3).

O fim da Primeira Guerra Mundial coincidiu com o surgimento da Primeira República Alemã, instituída e elaborada em Weimar, cidade da Saxônia.

Gilberto Bercovici (2005, p. 18) entende existir três níveis de organização econômica na Constituição de Weimar:

> O primeiro nível seria o dos direitos fundamentais, sociais e econômicos, como o direito ao trabalho (art. 163), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito à assistência social (art. 161), e o direito de sindicalização (art. 159). Outro nível social seria o do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade (art. 153) e da possibilidade de socialização (art. 156). Finalmente, o terceiro nível seria o mecanismo de colaboração entre trabalhadores e empregados por meio de conselhos (art. 165). Com esta organização, a ordem econômica de Weimar tinha o claro propósito de buscar a transformação social, dando um papel central aos sindicatos para a execução desta tarefa.

Percebe-se, assim, por meio da Constituição de Weimar, uma nova proposta: a de construir-se uma atividade econômica voltada para o bem-estar social e sua grande contribuição para que se comece a pensar o Direito Econômico.

Outros textos na época também exaltavam a proposta de bem-estar social, tais como a Constituição do México de 1917 e a encíclica Rerum Novarum.[4]

Tais ideias começaram a surgir como crítica ao Estado Liberal, que, por sua vez, surgiu em contraposição ao Estado Absolutista e, pautado nos ideais iluministas, contando com a força da burguesia, tinha por base a igualdade, a liberdade e a propriedade.

Todavia, a liberdade proposta pelo Estado Liberal deve ser considerada como meramente formal, pois tratava-se de mera liberdade de mercancia, uma vez que a propriedade era privada – ou seja, o favorecido era a própria burguesia.

---

[4] Publicada pelo Papa Leão XIII, a encíclica trata da condição dos operários e propõe auxílio a estes homens.

Dentro do Estado Liberal, acreditava-se que o melhor a ser feito era deixar os indivíduos à própria sorte e, somente assim, estes desenvolveriam a capacidade necessária para organizar a sociedade e o mercado. Entendia-se que as normas de preço, gastos e distribuição de renda bastar-se-iam por si só, mantendo-se, assim, a estabilidade social (SMITH, 1985). Nasceram então as constituições liberais.

Para Washington Peluso Albino de Souza (2005), as constituições (ditas) liberais brasileiras, tanto a do Império, de 1824, quanto a (dita) Republicana, de 1981, declaravam adotar a linha de abstenção do Estado na atividade econômica. Dessa forma, a técnica de legislar foi a de não se referir ao fato.

Havia, portanto, um conjunto de princípios garantidores da liberdade de iniciativa e de uso pleno da propriedade privada, sendo que tanto o conceito de livre iniciativa quanto o conceito de propriedade privada eram tidos como definidores das bases ideológicas necessárias e dos fundamentos da definição liberal. Ou seja, o modelo brasileiro copiou o modelo europeu de exploração da atividade econômica em épocas de surgimento e exaltação do liberalismo.

Posteriormente, foi percebida a tendência da transferência do poder de direção da Economia para o Estado, o que se intensificou no contexto pós-Segunda Guerra. Isso porque precisava-se da figura de um mantenedor do equilíbrio econômico, político e jurídico. Surgiu, então, um novo Estado: o Estado Social.

A verdade é que o modelo liberal sempre encontrou diversas críticas, mas a conjuntura econômica mundial era muito mais forte. Ademais, a crise econômica mundial gerou um sentimento antissemita e antimarxista. Instaurou-se, assim, o Partido Nacional Socialista Trabalhador Alemão, liderado por Adolf Hitler: um dos maiores fomentadores da Segunda Guerra Mundial (BAGNOLI, 2005).

É por isso que a intervenção do Estado no domínio econômico existiu, de fato, somente no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, iniciando, a partir da perspectiva do Direito Econômico, a hipótese de intervenção regulatória a fim de estabelecer limites jurídicos ao poder econômico.

A noção de intervenção regulatória, por sua vez, está amparada pelos conceitos de neoliberalismo[5] e keneysianismo[6] da década de 50 e 60, e é verificada como ato político e de natureza originalmente política, politizando, assim, o ato econômico.

Tal intervenção, contudo, exige um aperfeiçoamento crescente do comando específico na área econômica, razão pela qual a agência reguladora tem-se feito elemento importante para o desempenho da atividade regulatória, uma vez que garante a referida especificidade.

Nesse sentido, profere Washington Peluso Albino de Souza que:

A atividade regulatória, por sua vez, pressupõe: I) a existência de um poder econômico central; II) o funcionamento de um aparelho de estudos; III) a administração paralela encarregada da execução das decisões econômicas; IV) planejamento; V) regulação propriamente dita (por meio

---

[5] Trata-se de produto do liberalismo econômico neoclássico. O termo foi cunhado em 1938 no encontro de Colloque Walter Lippmann pelo sociologista e economista alemão Alexander Rüstow. O termo se refere a uma redefinição do liberalismo clássico, influenciado pelas teorias econômicas neoclássicas. Trata-se, portanto, de nova hipótese de liberalismo, que prevê a intervenção do Estado na Economia.

[6] A escola keynesiana ou keynesianismo é a teoria econômica consolidada pelo economista inglês John Maynard Keynes em seu livro *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (*General theory of employment, interest and money*) e que consiste numa organização político-econômica oposta às concepções neoliberalistas, fundamentada na afirmação do Estado como agente indispensável de controle da economia, com o objetivo de conduzir a nação a um sistema de pleno emprego. Tais teorias tiveram uma enorme influência na renovação das teorias clássicas e na reformulação da política de livre mercado. (KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire,* 1926, acessado em *Panarchy – a gateway to selected documents and web sites*, no sítio http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html, último acesso em 26/09/2015, às 21:00 horas).

de agência reguladora**); VI) contratação com particular efetuar medidas de responsabilidade natural do Estado (2005, p. 37). (grifo nosso)**

Ou seja, a interferência da agência reguladora é pressuposto para que exista a atividade regulatória. Tal figura é bastante importante para o mercado, uma vez que propõe-se a entender as especificidades dele sem desconsiderar o interesse público mencionado no início deste subitem.

No que diz respeito ao mercado financeiro, em termos genéricos, no âmbito dos investimentos, com *status* de agência reguladora, resta à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Já no que diz respeito às concessões de crédito e financiamentos, quem regula as instituições financeiras no Brasil é o Banco Central do Brasil - BACEN.

Adiante, sobre a intervenção estatal financeira, far-se-á uma disposição mais profunda a fim de entender-se como tal estrutura de regulação pode contribuir para que o sistema financeiro promova desenvolvimento sustentável.

1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A IMPOSIÇÃO DE LIMITES JURÍDICOS AO PODER ECONÔMICO POR MEIO DO DIREITO ECONÔMICO

Embora não seja admitido constitucionalmente, o irrestrito intervencionismo do Estado para estabelecer monopólio no exercício de qualquer atividade econômica, ou mesmo um movimento estatizante, não convém concluir que a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido uma economia de mercado pura, o que não se encontra em qualquer país.

No tocante ao tema, André Ramos Tavares leciona:

> Ao se referir à intervenção direta, a Constituição trata-a como exploração da atividade econômica pelo Estado e, ao se referir à intervenção indireta, toma o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Ambas modalidades intervencionistas constituem fórmulas pelas quais o Poder Público ordena, coordena e se faz presente na seara econômica, tendo em vista a manutenção de seus fundamentos, a realização de seus objetivos, o respeito e execução de seus objetivos, o respeito de seus demais princípios, especialmente o pleno desenvolvimento nacional tendente a eliminar o desemprego (2012, p. 273).

Ou seja, a intervenção estatal, da maneira como é verificada na Constituição Federal de 1988, pode acontecer de maneira direta ou indireta. A intervenção direta é aquela na qual o Estado apropria-se da atividade de exploração econômica por razões e interesses públicos. Já a intervenção indireta é aquela que estabelece limites jurídicos ao poder econômico privado.

Ives Gandra da Silva Martins, por sua vez, narra sua participação na Constituinte que ensejou a Constituição Federal, no que se refere à redação que viabiliza a intervenção do Estado na Economia:

> Durante os trabalhos constituintes, decidiram os que compunham a Subcomissão da Ordem Econômica presidida pelo deputado Antônio Delfim Netto – participei de audiência pública a seu convite na Subcomissão – que alguns princípios iriam definir a economia de mercado a ser hospedada no Texto Supremo (2013, p. 322).

Dessa forma, o autor aponta que durante a elaboração do texto, além de buscar-se assegurar a livre iniciativa, procurou-se também valorizar diversos outros institutos.

Quanto à livre iniciativa, a Constituição Federal, em seu art. 170, estabelece que: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]".[7]

O segundo deles seria a proteção da propriedade privada dos meios de produção, conforme art. 170, II, do texto constitucional. No mesmo sentido, o art. 5º, nos incisos XXII, XXIII, XXIV, estabelece que: é garantido o direito de propriedade; a propriedade deve atender à sua função social; e a lei deve estabelecer o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

O terceiro instituto seria a defesa da livre concorrência, claramente exposta na redação do art. 170, IV, da Carta Magna.

O quarto instituto seria a não participação do Estado na atividade econômica, salvo diante de interesse público relevante e para a preservação da segurança nacional, o que se percebe pela redação do art. 173 da Constituição Federal.

A intervenção do Estado formulando normas jurídicas para regular, fiscalizar e planejar a atividade econômica, também encontra lastro no *caput* do artigo 174 da Constituição Federal brasileira:

> Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Percebe-se, portanto, que o que de fato é buscado pela Carta Magna é o equilíbrio entre os princípios da *ordem social*, *socializante*, com base nos objetivos fundamentais da República Federativa, pois o equilíbrio entre essas duas forças dá-se através do fundamento da dignidade da pessoa humana. Notadamente porque, como aponta Streck (2004, p. 57), "não é segredo que, historicamente, o Direito tem servido, preponderantemente, muito mais para sonegar direitos do cidadão do que para salvaguardar o cidadão".

1.4 MEIOS DE INTERVENÇÃO ESTATAL

São várias as modalidades pelas quais o Estado pode intervir na Economia.

Nas lições de Giovani Clarck (2001, pp. 33-34), a intervenção estatal pode ser direta, indireta ou mista. Na direta, o Estado cria empresas estatais com o fim precípuo de atuar como agentes no domínio econômico, podendo ser públicas

---

[7] BRASIL. Constituição (1988). *Presidência da República.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ou sociedades de economia mista, estando sujeitas ao regime jurídico de direito privado, posto que atua em setor destinado a particulares (SILVA, 1996, p. 121).

Esse tIpo também pode ser exteriorizado pela criação de agências reguladoras e fiscalizadoras das atividades econômicas.

A intervenção mista caracteriza-se pela ação Estatal, tanto na elaboração de normas para regulação de determinado setor, como na criação de empresas estatais.

Luis S. Cabral de Moncada (1988, p. 120) ensina que o Estado pode intervir de forma direta e indireta. Na primeira, o próprio Estado assume o papel de agente produtivo, passando a desenvolver atividades que seriam da esfera privada, enquanto na segunda, limita-se a condicionar a atividade econômica privada, sem assumir-se como sujeito ativo.

Eros Grau, antes mesmo de enfrentar as modalidades de intervenção, discorre sobre o próprio uso desse vocábulo. Segundo o autor, intervenção refere-se à atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; enquanto atuação estatal conota a ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.

Esse segundo termo, portanto, considera a totalidade da ação estatal, inclusive quando abrange a esfera pública. Já o primeiro, intervenção, seria mais adequado para se referir às ações na esfera privada, daí se denominar intervenção no domínio econômico (GRAU, 2012, p. 89).

Isto posto, o autor defende que a intervenção, assim entendida a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, poderia ser classificada em três modalidades: a intervenção por absorção ou participação, a intervenção por direção e a intervenção por indução (GRAU, 2012, pp. 142-143).

Na intervenção por absorção, o Estado desenvolve uma ação, como um agente econômico. Se a absorção dor total, trata-se de regime de monopólio, caso seja apenas parcial, a intervenção será por participação, vez que não afasta outras empresas da atividade em questão.

Se a atuação seja por direção, o Estado estabelecerá mecanismos de pressão sobre a economia objetivando a adoção de comportamentos compulsórios pelos sujeitos da atividade econômica.

Finalmente, no caso de indução, ele manipulará os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados.

Fábio Nusdeo segue os ensinamentos de Eros Grau, e não discute *se* a presença do Estado se faz necessária, mas *onde* deve estar presente e *quanto* deverá intervir nesse processo (NUSDEO, 2014, 114).

Um dos pontos de convergência dos estudiosos sobre o tema é a categorização de duas grandes vertentes, dependendo se a ação do Estado no ambiente econômico é imediata ou não, ou seja, no primeiro caso seria uma intervenção estatal direta, e no segundo, indireta.[8]

Na atuação de forma direta, o Estado assume a forma de empresa pública que desenvolve suas atividades junto aos agentes econômicos, participando efetivamente do cotidiano empresarial, seja pela concorrência ou pelo monopólio.

O regime concorrencial, especificamente na área financeira, mostra-se muito eficaz, pois a presença da empresa pública como agente participante no

[8] Há autores, como Bernard Chenot (*Organisation Ecónomique de l´Êtat, 1965, p. 54 apud* FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. revista e atualizada. Rio de janeiro: Editora Forense, 2005, p. 282.) e Alberto Venâncio Filho (*A Intervenção do Estado no Domínio econômico:* O Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Editora Renovar, 1968, p. 69), que denominam de Direito Regulamentar Econômico o conjunto de normas que regem e estimulam atividades econômicas no setor privado, enquanto o Direito Institucional Econômico seria aquele no qual o Estado atua diretamente na atividade econômica. Considerando que, também aqui se está tratando da atuação direta e indireta do estado, neste trabalho serão adotados os subtipos mencionados no texto, pois se consideram tais denominações adequadas à diferenciação das modalidades de intervenção ora analisadas.

mercado é capaz de criar situações que direcionem fortemente o comportamento de seus pares privados.

Em situações especiais, a modalidade direta também pode implicar na assunção pelo Estado da administração de empresas. Um exemplo é o o Regime de Atuação Especial Temporária - RAET, descrito no Decreto-Lei nº 2.321, e da Intervenção em instituições financeiras, prevista na Lei nº 6.024.

O RAET é um regime com prazo limitado de atuação direta que tem por escopo corrigir deficiências operacionais que possam comprometer a continuidade da instituição financeira. Nesses casos, o Banco Central substitui os dirigentes da instituição, indicando para sua gestão um conselho de diretores ou uma pessoa jurídica especializada, sem interrupção dos negócios (PATRÍCIO, 1981, p. 403).

Já na intervenção indireta, o Estado adota políticas econômicas que objetivam estimular ou desestimular certos comportamentos, certas iniciativas dos particulares, sempre em prol do interesse coletivo.

Sobre a relevância dessa intervenção, Eros Grau ensina:

> (...) estruturadas a partir da necessidade de implementarem-se correções ao regime liberal, normas jurídicas da mais variada ordem e natureza são lançadas sobre a comunidade, ora para dar legalidade à atuação do Estado como agente econômico, ora para dar conformações específicas à atividade econômica (GRAU, 1975, p. 17).

Para materializar essas políticas econômicas e direcionar o comportamento dos agentes de mercado, o Estado vale-se de diversos instrumentos. Na intervenção indireta, o dirigismo estatal é exteriorizado através de controles indiretos, que se distinguem entre si em virtude da natureza de seu foco de ação.

Especificamente para alcançar o objetivo deste estudo, serão estudada intervenção estatal financeira.

1.4.1 A INTERVENÇÃO ESTATAL FINANCEIRA

O Estado Democrático de Direito pode, então, intervir na Economia brasileira de maneira tanto direta quanto indireta, sendo que tal intervenção no domínio econômico legitima-se por meio do Direito. --

O maior instrumento de legitimidade da intervenção estatal, conforme verificado, é a própria Constituição Federal, uma vez que esta explicitamente prevê a intervenção ao longo de seu texto. Todavia, convém verificar o que diz Celso Ribeiro Bastos sobre o assunto:

> Convém notar que a vida econômica tem suas leis próprias. Por isso é muito frequente as normas constitucionais sobre o assunto não terem a mesma eficácia que possuem em outras áreas do Direito. Por exemplo, dizer que a ordem econômica está voltada para o desenvolvimento não significa que a economia, vá, necessariamente, crescer. Este fenômeno depende de ingredientes metajurídicos: disponibilidade de capitais, tecnologia abundante, espírito de trabalho e poupança, etc (2000, p. 8).

Verifica-se, portanto, que o texto constitucional e a própria legislação federal não podem, por si só, abarcar questões mais específicas a fim de impor limites jurídicos ao poder econômico no campo da prática.

Ademais, cabe ao Banco Central do Brasil tomar as decisões quanto à utilização dos instrumentos monetários, conforme determina a Lei nº 4.595/64, que dispõe, dentre outras matérias, sobre a política, as instituições monetárias, bancárias e creditícias, além de criar o Conselho Monetário Nacional, especialmente no Capítulo III.

Os mecanismos utilizados pelo Banco Central do Brasil mais usuais são o controle do mercado de reservas bancárias, da taxa de redesconto, das alíquotas dos recolhimentos compulsórios exigidos das instituições financeiras, tendo como base os depósitos do sistema bancário, bem como de políticas bastante específicas, de acordo com o objetivo que se pretende alcançar (BARBOSA, 2012).

Para que haja a intervenção estatal no que diz respeito a questões financeiras, o nível de técnica e especificidade sobre a temática requer que existam entidades próprias capazes de verificar a necessidade de prevalência do interesse público, conforme exposto anteriormente, e adaptá-la à necessidade do mercado financeiro.

1.4.2 O aparelhamento estatal para uma intervenção estatal financeira

Bagnoli ensina que "o crescimento desenfreado do sistema econômico em relação ao sistema ecológico desequilibra a relação eficiente e compromete o meio ambiente e o bem-estar social". E segue asseverando que o século XXI

> [...] exige uma urgente reflexão acerca do poder econômico e meio ambiente. Dentre inúmeras considerações, pode-se pensar nos problemas ambientais como uma situação de externalidade negativa diante das falhas de mercado decorrente da ausência de correspondência entre escassez e produtividade (2005, p. 154).

Percebe-se, portanto, uma tendência, inclusive doutrinária, em se se atrelar não somente as questões econômicas à necessidade de um ambiente regulatório de intervenção estatal, mas também a necessidade de que este ambiente regulatório abranja as questões sociais e ambientais.

É sob esta óptica que se estrutura uma primeira resolução socioambiental. Uma resolução editada pelo Conselho Monetário Nacional, publicada pelo Banco Central do Brasil e que conversa com os demais reguladores do mercado financeiro e de capitais.

2 A PRIMEIRA RESOLUÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL SOBRE SUSTENTABILIDADE

Em 13 de junho de 2012, a Diretoria Colegiada do BACEN publicou o Edital 41/2012, fruto de audiência pública, conforme procedimento interno da casa.

Por meio do edital, colocou-se em audiência pública duas minutas de resoluções que dispunham sobre a Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) por parte das instituições financeiras – tanto bancos quanto demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN.

O edital afirmava que a responsabilidade socioambiental das organizações é tema disseminado nos últimos anos no Brasil e no mundo, e, portanto, trata-se de

uma nova preocupação exteriorizada pela sociedade civil e pelos agentes econômicos que postulam alcançar um desenvolvimento sustentável.

Em 25 de abril de 2014, foi publicada a primeira resolução do CMN que cuida do tema. As diversas propostas de resolução referentes ao Edital 41 foram condensadas em apenas uma, após forte diálogo com as instituições financeiras por meio da FEBRABAN.

A Resolução 4.327, de 25 de abril de 2014, dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da política de responsabilidade socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN. Ela tem como fulcro os seguintes dispositivos legais: art. 4º, VI e VIII, e art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964; art. 2º, VI, e art. 9º da Lei 4.728, de 14 de julho de 1965; art. 20, § 1º, da Lei 4.864, de 29 de novembro de 1965; art. 7º da Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974; art. 1º, II, da Lei 10.194, de 14 de fevereiro de 2001; art. 1º, § 1º, e art. 12, V, da Lei Complementar 130, de 17 de abril de 2009; e art. 6º do Decreto-Lei 759, de 12 de agosto de 1969.

O primeiro capítulo da resolução estabelece o objeto desta e seu âmbito de aplicação, nos seguintes termos:

> CAPÍTULO I
> DO OBJETO E DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO
> Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as diretrizes que, considerados os princípios de relevância e proporcionalidade, devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.
> Parágrafo único. Para fins do estabelecimento e da implementação da PRSA, as instituições referidas no *caput* devem observar os seguintes princípios:
> I - relevância: o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição; e
> II - proporcionalidade: a compatibilidade da PRSA com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros.

Neste primeiro parágrafo da resolução, dispõe-se sobre as diretrizes que, considerados os princípios de relevância e proporcionalidade, norteiam a implementação da PRSA pelas instituições financeiras e autorizadas a funcionar pelo BACEN.

Sobre o *princípio da proporcionalidade*, cumpre destacar sua importância, uma vez que estabelece que a imputação da responsabilidade socioambiental deve levar em consideração a situação fática: a capacidade financeira da instituição, a sua natureza, bem como a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros.

O *princípio da relevância*, por sua vez, diz respeito ao grau de exposição do risco socioambiental das atividades e das operações nas quais a instituição está envolvida.

Ainda no que se refere ao art. 1º, é importante destacar a utilização dos termos na expressão do *caput*: "instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil".

Quando se fala em instituição autorizada a funcionar pelo BACEN não se está falando somente em instituição devidamente regulada pelo banco, uma vez que este autoriza também o funcionamento de instituições financeiras que ele não regula.

Como exemplo, temos o caso das sociedades corretoras de valores mobiliários, que possuem seu funcionamento autorizado pelo BACEN, nos termos da Lei 4.728/65, art. 3º, II, e, no entanto, estão sujeitas à CVM, a quem compete tomar as decisões regulatórias concernentes ao mercado de valores mobiliários, ambiente no qual as sociedades corretoras estão inseridas, nos termos do art. 18, I, alínea e da referida lei.

Tal disposição faz presumir que há uma vasta gama de instituições financeiras que, por interpretação extensiva, possam estar submetidas às obrigações do texto da Resolução 4.327/14.

Adiante, em seu art. 2º, a Resolução 4.327/2014 estabelece sobre quais diretrizes deve ser pautada a PRSA das instituições financeiras:

> CAPÍTULO II
> DA POLÍTICA DE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL
> Art. 2º A PRSA deve conter princípios e diretrizes que norteiem as ações de natureza socioambiental nos negócios e na relação com as partes interessadas.
> § 1º Para fins do disposto no *caput*, são partes interessadas os clientes e usuários dos produtos e serviços oferecidos pela instituição, a comunidade interna à sua organização e as demais pessoas que, conforme avaliação da instituição, sejam impactadas por suas atividades.
> § 2º A PRSA deve estabelecer diretrizes sobre as ações estratégicas relacionadas à sua governança, inclusive para fins do gerenciamento do risco socioambiental.
> § 3º As instituições mencionadas no art. 1º devem estimular a participação de partes interessadas no processo de elaboração da política a ser estabelecida.
> § 4º Admite-se a instituição de uma PRSA por:
> I - conglomerado financeiro; e
> II - sistema cooperativo de crédito, inclusive a cooperativa central de crédito, e, quando houver, a sua confederação e banco cooperativo.
> § 5º A PRSA deve ser objeto de avaliação a cada cinco anos por parte da diretoria e, quando houver, do conselho de administração.

Em linhas gerais, percebe-se que a referida PRSA não pressupõe um documento que vincula atos da instituição financeira, mas fornece diretrizes que permeiam práticas de sustentabilidade.

Dentre as determinadas ações que devem ser tomadas pela instituição financeira em questão, percebe-se a importância de mapear-se o risco socioambiental da instituição.

Nesse sentido, importante saber que uma instituição financeira faz análise das mais diversas espécies de risco – risco de crédito, risco legal, risco reputacional. Todavia, a análise do risco socioambiental é algo muito complexo que

envolve tanto a análise de riscos legais e reputacionais, quanto a análise dos possíveis impactos sociais e ambientais que aquela determinada postura possa ensejar.

Percebe-se, portanto, que a criação de um departamento socioambiental dentro de uma instituição financeira requererá profissionais com experiências diversas, em setores diversos – jurídico, ambiental, social e financeiro – a fim de que tal análise seja, de fato, efetiva.

Ainda quanto à PRSA, a resolução em estudo preceitua que:

> Art. 9º As instituições mencionadas no art. 1º devem estabelecer plano de ação visando à implementação da PRSA.
> Parágrafo único. O plano mencionado no *caput* deve definir as ações requeridas para a adequação da estrutura organizacional e operacional da instituição, se necessário, bem como as rotinas e os procedimentos a serem executados em conformidade com as diretrizes da política, segundo cronograma especificado pela instituição.

Significa dizer que a implementação da PRSA necessita de um plano de ação, o que pressupõe a reestruturação organizacional da instituição, o que, por sua vez, pressupõe mudança de rotinas e novas contratações de funcionários, dentre outras modificações.

Verifica-se também que a PRSA e seu plano de ação devem passar por aprovação da diretoria e do conselho de administração da instituição, conforme determina o art. 10:

> Art. 10. A PRSA e o respectivo plano de ação mencionado no art. 9º devem ser aprovados pela diretoria e, quando houver, pelo conselho de administração, assegurando a adequada integração com as demais políticas da instituição, tais como a de crédito, a de gestão de recursos humanos e a de gestão de risco.

Ou seja, deve-se envolver os órgãos deliberativos mais altos da instituição financeira no tema em questão.

E, por fim, no que se refere à PRSA e o envolvimento da diretoria das instituições sobre este assunto, fica estabelecido que:

> Art. 12. As instituições mencionadas no art. 1º devem:
> I - designar diretor responsável pelo cumprimento da PRSA;
> II - formalizar a PRSA e assegurar sua divulgação interna e externa; e
> III - manter documentação relativa à PRSA à disposição do Banco Central do Brasil.

Convém destacar a importância do art. 12, pois ao designar-se um diretor responsável pela política responsabiliza-se efetivamente alguém no que se refere às questões socioambientais que envolvem a instituição financeira, lembrando que a própria elaboração da PRSA está sujeita à intervenção do BACEN, nos termos do art. 13: “Art. 13. O Banco Central do Brasil poderá determinar a adoção de controles e procedimentos relativos à PRSA, estabelecendo prazo para sua implementação”.

Ainda regulando o tema, e não no âmbito da PRSA, a resolução fala sobre governança no seguinte sentido:

> CAPÍTULO III

> DA GOVERNANÇA
> Art. 3º As instituições mencionadas no art. 1º devem manter estrutura de governança compatível com o seu porte, a natureza do seu negócio, a complexidade de serviços e produtos oferecidos, bem como com as atividades, processos e sistemas adotados, para assegurar o cumprimento das diretrizes e dos objetivos da PRSA.
> § 1º A estrutura de governança mencionada no *caput* deve prover condições para o exercício das seguintes atividades:
> I - implementar as ações no âmbito da PRSA;
> II - monitorar o cumprimento das ações estabelecidas na PRSA;
> III - avaliar a efetividade das ações implementadas;
> IV - verificar a adequação do gerenciamento do risco socioambiental estabelecido na PRSA; e
> V - identificar eventuais deficiências na implementação das ações.
> § 2º É facultada a constituição de comitê de responsabilidade socioambiental, de natureza consultiva, vinculado ao conselho de administração ou, quando não houver, à diretoria executiva, com a atribuição de monitorar e avaliar a PRSA, podendo propor aprimoramentos.
> § 3º Na hipótese de constituição do comitê a que se refere o § 2º, a instituição deve divulgar sua composição, inclusive no caso de ser integrado por parte interessada externa à instituição.

Percebe-se que as questões concernentes à governança corporativa da instituição financeira deverão explicitamente abrigar as questões socioambientais.

Quanto à questão da governança, entende-se inovadora a possibilidade da criação de um comitê de sustentabilidade para deliberar sobre o assunto.

Vale ressaltar também a preocupação de imputar-se responsabilidade socioambiental que seja compatível com o tamanho e capacidade financeira dos agentes envolvidos, o que enseja preocupação com critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, ainda na temática de governança, interessante mencionar que o texto da resolução pressupõe não somente ações que demonstrem preocupação com questões socioambientais, mas também o monitoramento destas a fim de que se avalie seu grau de eficácia;

Conforme já anunciado pelo art. 1º, fala-se em gerenciamento do risco socioambiental e sobre isso a resolução prossegue no seguinte sentido:

> CAPÍTULO IV
> DO GERENCIAMENTO DO RISCO SOCIOAMBIENTAL
> Art. 4º Para fins desta Resolução, define-se risco socioambiental como a possibilidade de ocorrência de perdas das instituições mencionadas no art. 1º decorrentes de danos socioambientais.
> Art. 5º O risco socioambiental deve ser identificado pelas instituições mencionadas no art. 1º como um componente das diversas modalidades de risco a que estão expostas.
> Art. 6º O gerenciamento do risco socioambiental das instituições mencionadas no art. 1º deve considerar:
> I - sistemas, rotinas e procedimentos que possibilitem identificar, classificar, avaliar, monitorar, mitigar e controlar o risco socioambiental presente nas atividades e nas operações da instituição;

> II - registro de dados referentes às perdas efetivas em função de danos socioambientais, pelo período mínimo de cinco anos, incluindo valores, tipo, localização e setor econômico objeto da operação;
> III - avaliação prévia dos potenciais impactos socioambientais negativos de novas modalidades de produtos e serviços, inclusive em relação ao risco de reputação; e
> IV - procedimentos para adequação do gerenciamento do risco socioambiental às mudanças legais, regulamentares e de mercado.
> Art. 7º As ações relacionadas ao gerenciamento do risco socioambiental devem estar subordinadas a uma unidade de gerenciamento de risco da instituição.
> Parágrafo único. Independente da exigência prevista no *caput*, procedimentos para identificação, classificação, avaliação, monitoramento, mitigação e controle do risco socioambiental podem ser também adotados em outras estruturas de gerenciamento de risco da instituição.
> Art. 8º As instituições mencionadas no art. 1º devem estabelecer critérios e mecanismos específicos de avaliação de risco quando da realização de operações relacionadas a atividades econômicas com maior potencial de causar danos socioambientais.

Sendo assim, verifica-se que a resolução confere bastante enfoque à questão do gerenciamento do risco socioambiental, chamando atenção para os seguintes aspectos: a definição do que seja risco socioambiental (art. 4º) – no caso, risco de possíveis perdas por parte das instituições financeiras –, bem como a possibilidade de ser igualmente tratado como qualquer outra modalidade de risco dentro de uma instituição financeira (art. 5º); e a possibilidade de elaboração de mecanismos capazes de gerenciar efetivamente esse risco (art. 6º).

Quanto aos itens acima, não se acredita que houve uma contribuição significativa porque tais disposições já são de conhecimento daqueles que procuram gerir os riscos dentro de uma instituição financeira. No mesmo sentido versa o art. 8º.

No art. 7º, todavia, percebe-se uma inovação importante no tocante ao gerenciamento do risco, uma vez que fica estabelecida a necessidade de uma entidade única de gerenciamento de risco socioambiental dentro da instituição financeira.

Em linhas gerais, conforme palestra ministrada por Paulo Bessa em 9 de abril de 2015, a gestão do risco ambiental ocorre sobre quatro grandes perspectivas, conforme organograma do quadro 3:

Quanto às ações preventivas:

> Art. 11. As instituições mencionadas no art. 1º devem aprovar a PRSA e o respectivo plano de ação, na forma prevista no art. 10, e iniciar a execução das ações correspondentes ao plano de ação segundo o cronograma a seguir:
> I - até 28 de fevereiro de 2015, por parte das instituições obrigadas a implementar o Processo Interno de Avaliação da Adequação de Capital (Icaap), conforme regulamentação em vigor; e II - até 31 de julho de 2015, pelas demais instituições.

Percebe-se, então, que as instituições financeiras tem prazos bastante rigorosos a seguir a fim de que se estabeleça uma política de responsabilidade socioambiental efetiva.

Entende-se que a Resolução 4.327/14 funciona como uma diretriz para que atitudes comecem a ser tomadas na esfera da responsabilidade socioambiental. Cabe às instituições financeiras interpretar as obrigações estabelecidas e adaptar à sua realidade.

3.3.1 Traçando os próximos passos de uma regulação socioambiental eficiente

A Resolução 4.327/14 foi um passo importante para o início da implantação da cultura da sustentabilidade para com o mercado. Todavia, outros passos precisam ser dados no que diz respeito à implantação da referida cultura.

Tal resolução é um marco, uma vez que estabelece a concretização da passagem de um ambiente autorregulatório para um ambiente regulatório, dotado de interesse público, como já registrado neste trabalho,.

Sendo assim, acredita-se – justamente pautando-se no princípio constitucional do interesse público – que a discussão sobre a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras deva, talvez, trazer os mais diversos grupos para o debate.

Dessa forma, convida-se a todos, do economista liberal ao estadista ambientalista, a um diálogo sobre qual o papel das instituições financeiras para que se promova o desenvolvimento sustentável de forma viável e eficaz.

O lugar desse diálogo seria o ambiente regulatório, no qual os representantes das mais variadas ideias tivessem voz: organizações não governamentais que defendam questões sociais e/ou ambientais; órgãos públicos; órgãos patronais que defendam a posição das instituições financeiras; as próprias instituições financeiras.

Entende-se também que o diálogo não deve ocorrer apenas no âmbito nacional, sendo necessária uma conversação com o mundo: com a Organização das Nações Unidas, e com os reguladores internacionais que já possuem normas socioambientais que imputem responsabilidade às instituições financeiras.

O ambiente de diálogo não seria somente para repensar normatizações ao sistema financeiro, mas uma maneira viável de articular-se fiscalizações, julgamento de processos administrativos envolvendo a matéria e autuações que sejam efetivas.

É importante também pensar em formas de aculturar toda a sociedade sobre a imputação do dever da promoção do desenvolvimento sustentável por parte das instituições financeiras. O Poder Judiciário, inclusive, precisa passar por um processo de assimilação do conteúdo em questão.

No âmbito do mercado, não somente o BACEN deve manifestar-se sobre o assunto. A CVM, responsável pela regulação do universo do mercado de capitais, também deve posicionar-se, procurando encontrar maneiras viáveis de imputar responsabilização socioambiental a seus regulados para que eles possam promover o desenvolvimento sustentável.

Os operadores do Direito, por sua vez, precisam estar atentos a essa realidade porque será por meio do Direito que tais políticas serão efetivadas. Sendo assim, todos os pontos de vista em debate devem ser considerados, e o levantamento das questões há que ser adaptado à realidade na qual o Brasil está inserido.

No mais, deve-se mapear as realidades envolvidas, a começar pela compreensão, por parte do Judiciário, das próprias instituições financeiras, que precisam ser entendidas também pelos órgãos brasileiros não somente como meras financiadoras, uma vez que a promoção do desenvolvimento dá-se por mecanismos mais complexos, que nem sempre podem ser classificados como financiamento – o que, por sua vez, não necessariamente excluirá a imputação da responsabilidade socioambiental das referidas instituições.

Há que se mapear também os interesses dos mais diferentes grupos sociais que existem no País, trazendo-os para a discussão, para a realidade daqueles que trabalham no mercado financeiro, a fim de que se tome conhecimento de uma realidade da qual talvez não se compartilhe.

Os mapeamentos do meio ambiente também devem ser fortemente observados. Deve-se atentar à degradação ambiental a fim de evitá-la.

CONCLUSÃO

Levando-se em consideração, portanto, a importância do Estado intervir na Economia – o que está previsto na constituição brasileira, inclusive –, percebe-se que o mesmo deve ser feito quando se fala de políticas de sustentabilidade adotadas pelas instituições financeiras.

Entende-se também que a intervenção estatal no domínio econômico acontece por razões de interesse público por meio do Direito: desde a Constituição Federal até atos normativos específicos editados por reguladores de mercado, a chamada regulação financeira.

A regulação financeira, por sua vez, até o inicio de 2014 não versava sobre a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras. Verifica-se, portanto, forte avanço neste aspecto, uma vez que fora publicada a primeira resolução socioambiental do Conselho Monetário Nacional.

Sendo assim, nota-se que o mercado e o Estado acompanham a linha de raciocínio de que é necessária uma diretriz central, pautada no interesse público, para que se defina o que é responsabilidade socioambiental e como o mercado financeiro pode ser capaz de promover o desenvolvimento sustentável.

Entende-se, todavia, que somente uma resolução não é capaz de imputar a cultura da sustentabilidade para o mercado, sendo que com a resolução editada pelo Conselho Monetário Nacional faz-se necessária uma sub-regulamentação por parte dos reguladores de mercado, tanto no que se refere às concessões de créditos quanto aos investimentos propriamente ditos. Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários precisariam manifestar-se sobre o tema, o que deferia ser feito ainda pelos reguladores menores pertencentes ao sistema financeiro nacional.

Cumpre ressaltar que a referida manifestação deve dar-se não somente por meio da edição de atos normativos pontuais, mas também por meio do exercício das funções regulatórias de fiscalização, autuação e julgamento – funções

que, por sua vez, devem passar a considerar a sustentabilidade dentro do setor financeiro.

Constata-se, portanto, uma grande evolução no âmbito financeiro quando se fala em sustentabilidade aplicada ao mercado. Uma evolução que ultrapassa a visão de que a instituição financeira deve promover a sustentabilidade apenas por ser empresa, e a reconhece como verdadeiro veículo de promoção de desenvolvimento sustentável.

A progressão de uma matriz autorregulatória para uma matriz regulatória, dotada de interesse público, é positiva. Há, todavia, um grande caminho pela frente. Esse caminho deve ser pautado no diálogo contínuo entre as mais diversas partes interessadas no assunto, uma vez que necessidades e conceitos precisam ser alinhados para ser efetivamente debatidos.

No universo do mercado financeiro, é interessante compreender melhor sua dinâmica, bem como sua contribuição para o sistema em que encontra-se inserido. Tal compreensão pode favorecer o melhor mapeamento do mercado financeiro e, inclusive, imputar-lhe responsabilidades mais eficazes para o bom funcionamento da democracia brasileira.

No campo social, deve-se urgentemente trazer à discussão e ao conhecimento daqueles que não presenciam a exclusão social o quão difícil é o universo dos excluídos. Exclusão que se dá das mais diversas formas: por questões financeiras, regionais, étnicas, por credo, por gênero.

Na esfera ambiental, ramo também bastante específico, deve-se contar com as mais variadas opiniões de todos os grupos: dos mais extremistas aos mais liberais.

O ambiente regulatório, reunido com os mais diversos representantes daqueles que defendem esses ideais, inclusive com as entidades patronais das próprias instituições financeiras, é o mais adequado para que seja desenvolvida uma política de responsabilidade socioambiental possível para impulsionar o desenvolvimento sustentável daqui para frente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAGNOLI, Vicente. *Direito e Poder Econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

BARBOSA, Fernando de Holanda. *Política Monetária:* Instrumentos, Objetivos e Experiência Brasileira. Disponível em: <http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Polimone.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. V. VII. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Presidência da República.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CLARCK, Giovani. *O Município em face do Direito Econômico.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001

COASE, Ronald. *O problema do custo social.* Trad. Francisco Kummel; Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v.3, n.1, art. 9, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 30. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldo da. *Direito Econômico*. 5.ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica. 15.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____ . *O Direito:* sua formação e os fatos econômicos. São Paulo: RT, v. 473, mar. 1975

KEYNES, John Maynard. *The end of laissez-faire,* 1926, acessado em *Panarchy – a gateway to selected documents and web sites*, no sítio http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html, último acesso em 26/09/2015, às 21:00 horas

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Economia e a Constituição Federal. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 65, Revista dos Tribunais, 2013.

MOTTA, Ronaldo Seroa. *Economia Ambiental.* Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia* – Introdução ao Direito Econômico. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PATRÍCIO, J. Simões. *Curso de Direito Econômico.* 2.ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007,

SALAMA, Bruno M. Direito e Economia. In: RODRIGUEZ, José R. Fragmentos Para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SILVA, Américo Luís Martins. *A Ordem Constitucional Econômica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 24. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações.* São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (em) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWAB, Stewart. *Collective Bargain and Coase Theorem.* HeinONline – 72 Cornell L. Rev. 245, 1986 – 1987.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. *In: Direito & Economia* – Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBESZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). 4.reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 99-116
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Poder y economia: la ética puesta contra la pared

Power and economy: the ethics set against the wall

Jaime Alberto Ángel Álvarez[1]
Universidad Libre – Seccional Cali (Colombia)

Sumario: Presentación. 1. Los problemas derivados de la relación Estado y mercado. 2. Historia de una tensión moral y el triunfo del capitalismo. 2.1. Durante la guerra fría. 2.2. Después de la caída del muro de Berlín: nuevos valores, nuevas decisiones. 3. La globalización: el cambio en el enfoque de los valores políticos. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: Esta conferencia es una reflexión que se define en términos de la relación ética-política-economía, cuyo objetivo es determinar, desde una perspectiva normativa, ciertos problemas que se suscitan en esta ecuación, para lo cual analizamos la situación mundial antes y durante los tiempos de la globalización, enfocando el estudio en los casos de Estados Unidos, la Unión soviética, China y Europa, describiendo la forma como asimilaron el fin de siglo y la llegada al nuevo milenio y los retos políticos y económicos que se impusieron, lo que nos permitió repensar el concepto de globalización a la luz de la ética y la moral.

Palabras-Clave: ética, moral, economía, política, globalización.

Abstract: This conference is a reflection defined in terms of the ethical-political-economic relationship, whose objective is to determine, from a normative perspective, certain problems that arise in this equation, in which we analyze the world situation before and during the times of globalization, focusing on cases of the United States, the Soviet Union, China and Europe, describing the way how they assimilated the end of the century and the arrival of the new millennium and the political and economic challenges that prevailed, allowing us to rethink the concept of globalization in the light of ethics and morality.

Keywords: Ethics, moral, economy, politics, globalization

Presentación

Ya ha pasado un buen tiempo desde que el siglo XXI comenzó, dejando atrás cien años de historia, uno de los siglos más conflictivos y convulsivos de los que se tenga historia. El siglo XX llegó a su ocaso; para millones de personas esto le significó mayores libertades y una mejor calidad de vida; para otros, un sufrimiento y una opresión sin precedentes. No todos comparten las mismas necesidades o se trazan las mismas metas, unos cifran sus esperanzas en las nuevas realidades, otros ya las perdieron y dejaron de creer en las promesas de un mundo mejor en el futuro. La desesperanza se ha apoderado de buena parte de la población mundial al

[1] Filósofo de la Universidad de la Salle, especialista en Docencia Universitaria del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana y Doctor en Estudios Políticos de la Universidad Externado de Colombia. La presente investigación forma parte de los resultados finales de la investigación "Implicaciones éticas y morales en el ejercicio del poder del Estado", finalizada en el Doctorado de Estudios políticos de la Universidad Externado de Colombia. Profesor-investigador de la Universidad Libre Seccional Cali. Correo: jaimeinv@yahoo.es

punto que, conservar el optimismo en la actualidad, podría ser una postura fundamentada en la ignorancia sobre las estadísticas y los hechos, además de alertar sobre una falta clara de sensibilidad moral.

Los más ancianos que presenciaron el comienzo del siglo XX, que vivieron gran parte de su proceso y que estuvieron aún vivos para recibir el siglo XXI, con pasión dan testimonio de que ha habido más cambios durante toda su vida, que los que se dieron en toda la historia anterior de la humanidad. Definitivamente es un mundo diferente el de ahora al que les tocó presenciar en los primeros años del siglo pasado. Todo ha cambiado, el mundo se ha reducido a una esfera pequeña, a una aldea, cuando históricamente solía ser tan inmenso. Ahora todo es distinto, tal como lo había anunciado el sociólogo canadiense McLuhan desde los años sesenta del siglo pasado (*Understanding Media*, 1964), según él, por cuenta del desarrollo de nuevas tecnologías y de los avances exponenciales de los medios electrónicos[2]. En las últimas tres décadas hemos llegado a ver el mundo como una unidad; la ciencia sigue venciendo las distancias físicas, la comunicación y los negocios cruzan las fronteras nacionales como nunca antes y como consecuencia de ello, la economía ha puesto las condiciones a las decisiones que toman los políticos, la economía se ha sobrepuesto a la política, lo que invita a volver a la pregunta que Drucker se hizo a finales de los años ochenta, a propósito de las limitaciones del gobierno para ordenar la sociedad: ¿qué es lo que el gobierno *debe* hacer?[3]

En todo el planeta la vida se transforma al ritmo de las nuevas tecnologías, las comunicaciones y la expansión del mercado; un proceso llamado globalización. Durante el siglo XXI, en la última década, este ritmo de cambio se ha acelerado de manera significativa, intensificando cada vez más las relaciones sociales a nivel planetario, cruzadas por múltiples fuerzas y variables por las que nos vemos afectados cada uno de los ciudadanos del mundo.

Para tratar de entender la magnitud de estas nuevas realidades, en esta parte de la investigación se defiende la siguiente tesis: solo es posible conceptualizar las nuevas dimensiones en las relaciones políticas y del poder en los tiempos de la globalización, en términos de una ecuación, nada simple, que relaciona el sistema político con el sistema económico, de manera poderosa. Otro argumento central que define la política en la actualidad, desde esta perspectiva normativa, es la importancia que han adquirido los medios de comunicación y sus diferentes referentes morales para el futuro de la democracia, instrumento de poder que define los conceptos de globalización y relaciones internacionales. En este sentido, respondamos la pregunta: ¿cuáles son las razones por las cuales se ha relativizado el tema de la soberanía y de la intervención del Estado en estos tiempos de la globalización? Al final seguimos abusando de nuestro deseo de definir las relaciones de poder lanzando otra pregunta: en este ambiente de incertidumbre, ¿cuál es el futuro de los Estados?, ¿qué papel juega la ética en estas nuevas relaciones de poder?, ¿podemos atrevernos a hablar en nuestros discursos políticos de una ética mundial?

En forma práctica se intenta demostrar en esta reflexión de qué manera, en este nuevo escenario de los tiempos de la globalización, el debate ética-política-derecho cobra otros matices, pues resulta insólito pensar las relaciones internacionales

---

[2] McLUHAN, Marshall y POWERS, B. R. *La Aldea Global. Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, editorial Gedisa, Barcelona, 1995 (Tercera edición, Título del original en inglés The Global Village, 1989, Originally published in English by Oxford Universitary Press under the Title «The Global Village»). Marshall McLuhan no interpreta este fenómeno a la luz de la ética o la moral, simplemente lo describe como un hecho y los hechos ligados a éste. A diferencia de McLuhan, en esta conferencia estas nuevas realidades se analizan en perspectiva ética.

[3] DRUCKER, Peter. Las nuevas realidades. Bogotá: editorial Norma, 1989, p. 56.

independiente de la discusión moral con todos los interrogantes que este debate trae, pues pensar la globalización es también repensar la idea de Estado en los tiempos de la globalización, pues como asegura Fernández:

> "Las impugnaciones a la noción clásica de Estado, vale resaltar, no se limitaron a las mudanzas de sus características y atribuciones en el contexto internacional, sino que alcanzaron también su aspecto normativo. Con este telón de fondo, grandes interrogantes relacionados con la condición moral de los Estados agenciaron el creciente interés y abordaje en la literatura reciente de las relaciones internacionales. A continuación sólo algunos de ellos: ¿Rigen en el contexto internacional criterios de orden moral?; ¿son las obligaciones y los deberes de la moral internacional exigibles sólo ante los Estados –relaciones interestatales–, o se extienden también a otros actores –ciudadanos, organizaciones–?; ¿son tales derechos y deberes por los diversos actores convenidos o derivan, por el contrario, de criterios universales imperantes en todo tiempo y espacio? Tales planteamientos, cierto es, supusieron la reconsideración de la problemática normativa en las relaciones internacionales, la cual había sido relegada a los márgenes disciplinares durante el imperio del realismo en correspondencia con su pretensión racional/positivista de encontrar leyes objetivas de validez universal"[4].

Si bien esta reflexión no resuelve todos estos interrogantes, abre escenarios para esta y otras reflexiones en procura de superar las limitaciones epistemológicas ofrecidas por el realismo político.

1. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RELACIÓN ESTADO Y MERCADO

Sin que se tenga que tomar como una regla infalible o un imperativo de carácter universal, la relación que existe entre la prosperidad económica y la democracia es innegable. Con la existencia del dinero circulando de manera más o menos justa y equitativa entre los ciudadanos, generando relaciones dinámicas de intercambio de bienes y servicios, la situación política se hace menos tensa, con lo cual el ambiente político mejora, se hace más fácil la presencia del Estado y se genera un espacio propicio para la esperanza.

En estos tiempos de globalización, en los que la política está basada en dinámicas relaciones internacionales y con la aparición de nuevos actores, los indicadores de calidad de vida, determinados en función de las decisiones económicas con fundamento en criterios morales, se encuentran cada vez más ligados a las agendas públicas. La calidad de vida, como lo advierten Martha Nussbaum y Amartya Sen[5], es una relación donde se combinan muy importantes elementos: valores, política, economía, salud, ciencia, etc., todo lo que nos permite engrandecer el discurso sobre el estado de bienestar de los hombres.

---

[4] FERNÁNDEZ ALONSO, José. El debate normativo en relaciones internacionales: La cuestión respecto al estatuto moral del Estado. Revista Perspectivas Internacionales. Universidad Pontificia Javeriana Cali / Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Pag. 40-60. Vol. 8 No 2, 2012, pags. 42-43.
http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/view/920

[5] NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya (Compiladores). La calidad de vida. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. (Esta obra es uno de los resultados de las investigaciones establecidas por la United Nations University, dentro de sus programas de investigación del World Institute for Development Economics Research [WIDER] y que tiene como objetivo central ayudar a identificar y enfrentar la necesidad de investigación socioeconómica orientada a la política, ocupándose de los problemas del desarrollo global, tanto como de los asuntos nacionales y de sus interrelaciones, acercando la economía a la moral).

El problema implícito de este debate es que, desde el punto de vista de la política, los viejos sistemas de gobierno, los partidos y los grupos de presión, que llevan mucho tiempo en el poder y que aceptaron unas formas tradicionales de ejercer la autoridad teniendo como referencia el Estado nacional y de entender la ética a la luz de los viejos valores heredados del enfrentamiento capitalismo-comunismo, normalmente no se encuentran dispuestos a renunciar a su papel privilegiado dentro del sistema político, aunque esto le signifique al mundo continuar bajo las dramáticas situaciones de pobreza y subdesarrollo que ya se conocen, todo por cuenta de decisiones políticas equivocadas, inmorales, lo cual genera graves problemas a todos los niveles. Asegura Cohen:

> "… muchos hombres de Estado que mantienen el punto de vista de que ellos son depositarios del interés nacional sienten que tienen que oponerse a los deseos democráticos porque el standard para sus acciones es claro, es decir, maximizar el poder o perseguir el equilibrio del poder. Y esto puede ser a costa del mantenimiento de acuerdos jurídicos internacionales o de actuar sobre la base de amistades ideológicas, o de principios morales si éstos son incompatibles con la persecución del poder"[6].

Como asegura Cohen, los argumentos de carácter populista para defender esta idea son realmente débiles y pueden terminar justificando las mentiras y los asesinatos, como forma natural de entender las relaciones internacionales entre los Estados, teniendo como cómplices, teóricamente hablando, a los padres de la teoría realista de las relaciones internacionales[7]. Como se señaló en su momento al comunismo como el culpable de grandes desastres mundiales, las acusaciones más agudas, al menos recientemente, se han ido lanza en ristre contra los sistemas políticos soportados en una economía de tipo liberal y contra las dinámicas sociales inspiradas en la globalización. Ninguno de los dos modelos político-económicos ha respondido ni respondió a las exigencias de una moral global:

> "Ambos casos son muestra de la escasa atención prestada a la ética de las relaciones económicas. Ni uno ni otro régimen ha sido capaz de brindar trabajo estable, digno, y que ayude a fomentar las capacidades intelectuales y las necesidades espirituales. En definitiva, ninguno ha atendido a la dimensión ética del ser humano, que puede resumirse en el desarrollo integral de toda persona"[8].

Lo cierto es que a partir del fin de la segunda guerra mundial y hasta la década de los sesenta del siglo pasado, los países con un alto nivel de desarrollo industrial, lograron mantener un ritmo significativo de crecimiento económico sostenido, prosperidad que les permitió a los gobiernos de estos Estados ser cada vez más generosos con sus ciudadanos. Esto derivó en que las condiciones favorables para la economía se tradujeran en mejores relaciones entre los políticos y sus gobernados. A partir de los años setenta se comienza a evidenciar en estos mismos países una desaceleración de la economía, por lo cual las relaciones entre política y economía no favorecen el ambiente social. La crisis evidente de las finanzas públicas obligó a los gobiernos a platearse un nuevo escenario de la política: recortar el tamaño de la administración y los servicios que el Estado prestaba a los ciudadanos. Asimilar este recorte de la presencia del Estado en los asuntos

---

[6] COHEN, Marshall. Escepticismo moral en las relaciones internacionales. Revista Doxa No. 3, 1986. Pág. 244. (Traducción de Manuel Atienza).

[7] Este texto de cohen es una aguda crítica a la forma de entender la incidencia de la moral en las relaciones internacionales por los autores del denominado realismo, como fueron Hans Morgenthau, Reinhold Niebuhr y George Kennan.

[8] TOLEDO, Víctor. Introducción al estudio de las Relaciones Internacionales. Salta (Argentina): Ediciones Universidad Católica de Salta (Eucasa), 2007, p. 200.

económicos, es desde entonces uno de los asuntos políticos y de la ética pública que más polémica han generado, al punto de que, para algunos ciudadanos, el recorte del Estado es un asunto incomprensible y nos lleva a preguntarnos si este recorte le ha significado efectivamente al Estado una pérdida de poder real.

Si se observan las estadísticas, el porcentaje que representa el gasto del Estado sobre la renta nacional, en la mayoría de las naciones, este porcentaje no se ha reducido demasiado durante las últimas décadas. En términos económicos, el problema del Estado radica en que los ingresos no han crecido a la misma velocidad que las necesidades de su población, lo que genera problemas en la capacidad de resolver asuntos que le competen y que son indelegables a los particulares, como la administración de justicia, la seguridad o la subsidiaridad.

Esta relación del Estado con el sistema económico, especialmente en la forma en que hoy entendemos la política, resulta fundamental para entender las relaciones de poder en los tiempos actuales. Esta tesis no es nueva, pues ya había sido advertida por la economía política clásica, al punto que, según Duverger, la formación de los primeros Estados nacionales de Europa dependió en gran medida de los presupuestos económico-liberales[9]. En el famoso libro de Adam Smith (1723-1790) "*La naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*", según Drucker, se sostiene una tesis poderosa que va por el mismo camino de esta investigación, Smith:

> "... no sostuvo que el gobierno lo hiciera mal manejando la economía sino que el gobierno, por su misma naturaleza, no puede manejar la economía, ni siquiera mal. No afirmó, vamos a decir, que los elefantes no vuelan tan bien como las golondrinas, sino que el gobierno, siendo un elefante, no vuela en absoluto"[10].

Esto nos trae otro problema práctico: la incapacidad de los políticos para manejar los recursos públicos, lo que podría explicar los grandes debates ético-políticos de los tiempos de la globalización. El famoso argumento de los fisiócratas "*laissez faire, laissez passer*", según algunos analistas[11], parece plantear una tensión, separación o una dicotomía entre ética y economía.

2. HISTORIA DE UNA TENSIÓN MORAL Y EL TRIUNFO DEL CAPITALISMO

2.1. Durante la guerra fría

A finales de los años setenta las relaciones internacionales estaban congeladas por las divisiones políticas de la guerra fría y había pocas posibilidades de deshielo. Las pugnas entre los sistemas políticos comunistas de oriente y el capitalismo de occidente duraban ya más de treinta años.

En los juegos olímpicos de invierno de 1980 en *Lake Placid* se revelaban las tensiones entre los dos Estados más poderosos de la Tierra. Estados Unidos y la Unión Soviética se enfrentaron en un crucial juego de Jockey que fue llamado por unos "milagro en el hielo" y por otros "la guerra fría sobre hielo". La histeria de sus

---

[9] DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ariel, 1970. Este argumento ha sido claramente defendido por la mayor parte de las teorías políticas elaboradas en los últimos tiempos.

[10] DRUCKER, Peter. Op. cit., p. 56.

[11] RAZETO, Luis. La difícil relación entre economía y ética en el pensamiento económico. 2009.
En: http://www.luisrazeto.net/content/la-dif%C3%ADcil-relaci%C3%B3n-entre-econom%C3%ADa-y-%C3%A9tica-en-el-pensamiento-econ%C3%B3mico

partidarios ocultaba los temores y las inseguridades de ambos bandos. Estados Unidos, el hogar del capitalismo, tambaleaba por los altos costos del petróleo y la recesión; el aparato comunista de la Unión Soviética se veía oprimido por un gigantesco presupuesto de defensa.

Cuando sólo faltaban diez minutos, los equipos estaban a la par. Los norteamericanos aún tenían oportunidad de ganar, y lo hicieron. Cada bando dio al resultado un sentido político. Para los soviéticos la derrota fue una humillación nacional; para los Estados Unidos, probaba la superioridad de su estilo de vida. Hasta el presidente Jimmy Carter manifestó el orgullo que representaba tal triunfo. En todo el país los norteamericanos compartían el milagro. Celebraron por doquier, excepto en la misión soviética de la calle 67 de Manhattan. En la Unión Soviética, en Leningrado, donde había surgido el gran experimento comunista, se canceló la fiesta de bienvenida para el equipo de Jockey. Simbólicamente hablando, los valores defendidos por los Estados Unidos se impusieron por sobre los de la Unión Soviética, lo que dio lugar al llamado sueño americano, por la admiración que produjo especialmente desde américa latina ese estilo de vida:

> "Con el derrumbe del bloque socialista, el camino al capitalismo quedó libre. Los Estados Unidos se consolidan como el país más poderoso que de inmediato establece las reglas para el nuevo juego económico mundial. Precisamente, como poder fuerte y vencedor agrupó a las principales elites de poder político y económico constituyendo lo que se denominó Consenso de Washington, del cual surgió una estrategia para la economía y el comercio mundial: el neoliberalismo. Así, los Estados Unidos se convierten en el principal promotor de dicha corriente ideológica a través de su gobierno y de sus principales empresas trasnacionales que penetran en los diversos sectores de aquellas naciones que han sido elegidas como objeto de su interés, inundándolas de productos y servicios. En estos países introducen su ideología, su estilo de vida, sus valores y creencias, sobre todo donde los gobiernos son débiles y sin posibilidad de contrarrestar la influencia externa. En el interior de dichos Estados, nuevos valores y patrones de conducta se establecen a imitación de la sociedad estadounidense en virtud de que, para entonces, se ha idealizado el sueño americano"[12].

La mayor parte de la población latinoamericana tenían la percepción de que los norteamericanos superaban a los soviéticos, pues parecía ofrecer mayores beneficios a sus trabajadores. Supuestamente la riqueza no importaba en la Unión Soviética. El Estado, responsable de aquella economía aislada, pagaba el mismo salario a todos, sin importar la calidad del desempeño laboral. A pesar de esta apatía, los soviéticos gozaban de seguridad laboral, vivienda económica, salud pública y pensiones. Los empleados de las grandes fábricas podían pagar lo que quisieran, en vacaciones podían ir a un centro de descanso y rehabilitación al sur, por lo menos una vez al año; al regreso no tenían dificultades económicas para subsistir hasta el día de pago. El buen manejo del tiempo libre también se constituyó en un principio constitutivo de esta sociedad.

Los trabajadores del sistema capitalista también tenían seguridad social. Existía un contrato implícito, el obrero obtenía servicios públicos del gobierno a cambio de pagar altos impuestos. Los trabajadores promedio de los Estados Unidos consideraban que tenían su vida lograda por pertenecer al sistema capitalista, suponían que toda la vida trabajaría en la misma empresa, con promedios

[12] BAUTISTA, Oscar Diego. Ideología neoliberal y política de globalización bajo un enfoque ético. México: Universidad Autónoma del Estado De México (UAEM) Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades, 2011, p. 9. http://eprints.ucm.es/13068/1/cuaderno_11.pdf

salariales bastante altos, a pesar de no contar con estudios universitarios, compañías de la que saldrían con altas pensiones de jubilación, a menos que provocaran su propio despido.

Por ejemplo, en la fundidora *Kaiser Steel* en Ontario, sur de California, con cerca de 10.000 obreros, un trabajador podía tener un sueldo promedio de 40.000 dólares al año. La fundidora *Kaiser Steel* había cambiado muy poco desde que fuera fundada en la segunda guerra mundial. La industria norteamericana siempre se basó en el acero. Pero en 1980 la seguridad de empleo permanente y los altos salarios se vieron amenazados. La competencia extranjera, así como la tecnología y la cibernética revolucionaban la industria manufacturera. A partir de entonces las compañías debían recortar gastos y modernizarse, so pena de perecer. Para aquella época se hizo público en los medios de comunicación que *Kaiser* había perdido 21 millones de dólares en tres meses. Los obreros de *Kaiser Steel* supieron de la competencia extranjera, con una moderna fuerza de trabajo. *Kaiser* no se había actualizado y el acero importado se conseguía a mejores precios. La crisis llegó al punto de que al sindicato se le propuso que cada empleado aportara cada hora 10 centavos de dólar. Por supuesto estos centavos no los salvarían, como se advirtió; poderosas fuerzas llamaban al cambio. En marzo de 1984 la planta fue cerrada. El impacto sobre los trabajadores fue devastador, los trabajadores no entendían lo implacable de los nuevos tiempos.

El caso de *Kaiser* no fue el único. En los Estados Unidos y Europa Occidental las fábricas cerraban y los obreros perdían sus empleos ante todos los nuevos competidores. Años atrás los gobiernos habían salvado empresas con dinero de los contribuyentes, pero en los años ochenta ya no podían hacerlo. Unas nuevas dimensiones económicas y políticas se asomaban y con ello, los dilemas en la relación ética-economía-política, estuvieron a la orden del día.

California fue la primera afectada. En 1978 los contribuyentes de los Ángeles comenzaron a protestar por el uso que el gobierno les daba a los impuestos recaudados. Decía la protesta en medios publicitarios: "*Reduzca sus impuestos en 2/3, muéstrele a los políticos quién manda. Vote por la propuesta No. 13*". Hablaban de una revolución en California, una revolución de 7 mil millones de dólares contra los impuestos y el gobierno. El *Referéndum*, conocido como la "*Proposición 13*", amenazaba al contrato de la posguerra ante el aumento inflacionario de los impuestos de los dueños de los inmuebles, insistían en ahorrar más para sus familias y pagar menos al Estado[13]. Los ciudadanos estaban preocupados por las decisiones que tomarían los políticos, los ciudadanos preferían un gobierno que trabajara para ellos, en vez de que los empleados trabajaran para el gobierno, relativizando la máxima del presidente Kennedy "No te preguntes qué puede hacer tu país por ti, pregúntate qué puedes hacer tú por tú país",

[13] En: *www.california-partnership.org/pubs/raicescalifornia.doc.* "Las Raíces de La Problemática Política en California… La Proposición 13 congeló la mayoría de impuestos de propiedad al nivel de los impuestos que se pagaban en 1978, con la idea de que las personas de edad avanzada nunca fueran desalojadas de sus casas. A pesar de que esto es bueno para los propietarios de casas, los costos de los programas sociales no se mantuvieron a los niveles de 1978. Ahora, en vez de impuestos de propiedad, el Estado depende más de los impuestos individuales para financiar los programas escolares y proveer fondos para las ciudades. En 1962, sólo 18% del fondo general del Estado venía de los impuestos personales, pero para el 2000 había subido al 48%. Debido a que el impuesto personal no es estable, es peligroso depender mucho de éste. La proposición 13 fue creada para mantener el control del aumento de los impuestos de propiedad, pero desafortunadamente dio luz verde a las grandes corporaciones de tomar ventaja y enriquecerse en California. Por ejemplo, los recortes más grandes de impuestos beneficiaron a empresas tales como Southern Pacific ($20 million), Lockheed ($10 million), Bank of America ($7.2 million), Standard Oil ($47 million), and Getty Oil ($12.3 million)".

pronunciada en el discurso de toma de posesión en 1961. El resultado de la proposición: 45 mil votaron por el sí y 21 mil votaron por el no.

Ante tal cantidad de votos, el gobierno de California debió disminuir su recaudo de impuestos en 7 mil millones de dólares. Esto hizo que los políticos del mundo entendieran que los pequeños propietarios no estaban dispuestos a financiar el déficit del gasto público. El director de la campaña fue agasajado hasta en la Gran Bretaña. Margaret Thatcher pronto granaría las elecciones abogando las mismas ideas de recorte de impuestos por iniciativa popular[14].

Las nuevas ideas del mercado llegaron incluso a China, otro sector del mundo comunista se vio tentado por las nuevas reglas de juego y poco a poco se implantaron reformas con el propósito de alcanzar al mundo capitalista. Desde finales de los setenta y comienzos de los años ochenta, el líder chino Deng Xiaoping (1904-1997)[15], ejerciendo un poder político claramente autoritario, atenúo el intervencionismo y convenció al pueblo y a los líderes políticos más radicales de que ser rico no era pecado[16].

En Shanghái la propaganda del partido que en tiempos de Mao pronunciaba la igualdad total, ahora transmitía un mensaje distinto. Los habitantes de Shanghái comenzaron a gastar más; al principio no había mucho qué comprar, pero gradualmente hubo más. En este tiempo todo era sobrio, casi lúgubre. Los líderes del Comité no querían que se usara ropa colorida, pero después cambiaron de opinión; cuando veían un traje bonito les producía admiración. Ellos también querían comprar cosas. Fue una fórmula efectiva, los líderes chinos lograron algo que ningún otro régimen socialista consiguió mantener: un estricto control político y a la vez ofrecer libertad de consumo.

La gran mayoría de los habitantes de China eran campesinos que vivían del cultivo de la tierra. Pero a mediados de los ochenta, el *boom* de las ciudades del sur empezó a llegar a las aldeas. Cuando comenzó la migración de las aldeas a las grandes ciudades, los ingresos de los jóvenes aumentaron considerablemente, lo que les generó unas mejores condiciones materiales de vida y un significativo mayor número de oportunidades. Por esta razón, muchos jóvenes decidieron abandonar a sus familias, para ir tras la que se considera una de las mayores migraciones de la historia contemporánea, millones de personas tomaron rumbo al sur en cuestión de días. La primera vez que salieron de sus casas, incluso antes de que se abrieran las puertas de los trenes, la multitud se abalanzaba, como desesperados por los ideales de variedad y abundancia en los productos que ofrecía occidente. A pesar de la inseguridad del sistema capitalista y sus valores materialistas, se había generado el comienzo del crecimiento de una riqueza inusitada.

Claramente los enfrentamientos del mundo liberal de occidente, especialmente el norteamericano, y el mundo comunista, especialmente el soviético y chino, tuvieron un trasfondo moral. De hecho, se puede pensar que los enfrentamientos no se calentaron, no solo por el miedo entre las naciones, sino porque de fondo se presentaron argumentos con contenido ético que permitió el permanente enfriamiento de los misiles. Este es un argumento que parece compartir Cohen:

---

[14] La líder conservadora Margaret Thatcher (“La dama de hierro”) fue Primera Ministra del Reino Unido entre 1979 y 1990.

[15] Deng Xiaoping fue líder de la Republica Popular China de 1978 a 1997. Muy mal recordado por la represión violenta de las protesta en la Plaza de Tian’anmen en 1989.

[16] Este es uno de los mensajes que también trasmitieron a su pueblo otros líderes comunistas, como ocurrió con Mijaíl Gorbachov, pocos años antes del fin de la Unión Soviética.

> "... argumentaría [contra el realismo de Morgenthau] que los Estados Unidos en sus relaciones con la Unión Soviética (piénsese en el largo período en que E.U. tuvo un monopolio sobre la bomba y no lo utilizó) están hasta cierto punto constreñidos por consideraciones morales. Y ciertamente, las relaciones de los E.U. con otras potencias amigas están frecuentemente regidas por consideraciones morales. Esto es sin duda cierto de las relaciones entre otras naciones, menos comprometidas que las anteriores, en el actual panorama internacional. De manera que yo creo que según su propia consideración de la política mundial, el punto de vista de que todo es política del poder motivada simplemente por el interés nacional, es falsa. De hecho, una gran parte de las relaciones internacionales están regidas por limitaciones morales, y aún deberían estarlo más. El hecho es que en los Estados Unidos nuestro Derecho público, y nuestra moral recibida, reconoce la existencia de derechos humanos y de otras exigencias morales. Aún más, nuestra forma de gobierno se funda en la asunción de que esto último existe y -pienso- cualquier crítica de la política americana es certera al señalar que en ciertas ocasiones las acciones de nuestros gobiernos violan de hecho nuestras propias concepciones sobre la conducta moral, sean o no compartidas por otros (aunque creo que en muchos aspectos básicos estos puntos de vista son muy ampliamente, quizás universalmente, compartidos). Esto se ha puesto de manifiesto cada vez más en años recientes en las declaraciones de derechos humanos universales, en la Carta de las Naciones Unidas y en otras partes"[17].

2.2. Después de la caída del muro de Berlín: nuevos valores, nuevas decisiones

Los comunistas soviéticos jamás lograron nada parecido. A diferencia de los chinos, los líderes soviéticos no abrieron su mercado. Al contrario, la administración centralizada siguió gastando más en armamento que en las necesidades básicas del pueblo. En 1989 la gente ya estaba harta. Al caer el muro de Berlín sucumbió el bloqueo soviético, lo primero que hicieron los alemanes orientales fue ir a las tiendas.

Con el fin de la guerra fría comenzaba una nueva era, sin embargo, Letonia y otros países ex-comunistas no querían únicamente confort material; la fuerza con la que desafiaron sus amos soviéticos provenía de un sentimiento nacionalista. El comunismo no sólo los había apartado de la riqueza de occidente, también había disipado su identidad nacional. A partir de 1989, más de veinte países ganaron su independencia. Las superpotencias redujeron sus arsenales; jubiloso el mundo se planteó la posibilidad de una paz permanente, no obstante, en algunos lugares el nacionalismo largamente reprimido impulsó viejos rencores.

Yugoslavia estuvo alguna vez orgullosa de su diversidad. ¿Podemos imaginarnos un país donde aún se encuentran ciudades antiguas a la orilla del mar?, ¿donde hablan cinco idiomas y conviven musulmanes, católicos y ortodoxos? Esa era Yugoslavia. De las seis repúblicas que conformaban Yugoslavia[18], Bosnia poseía la mayor mezcla de pueblos y religiones. El nacionalismo condujo a la primera guerra a gran escala en Europa desde 1945, tras la declaración de independencia de varias repúblicas[19]. La lucha más sangrienta fue en Bosnia, donde los serbios no querían vivir con la mayoría musulmana. El blanco eran los civiles. Las víctimas conocían a sus victimarios. Antes de la guerra, el origen de una persona poco importaba en

---

[17] COHEN, Marshall. Op. cit., p. 251.

[18] La República de Yugoslavia estaba conformada por Eslovenia, Croacia, Bosnia, Serbia, Montenegro y Macedonia.

[19] El 25 de junio de 1991 Eslovenia y Croacia proclamaron su independencia de Yugoslavia. Luego, el 29 de febrero de 1992 lo hizo Bosnia-Herzegovina. Serbia se opuso radicalmente a estas decisiones, originando los enfrentamientos que se mencionan.

Sarajevo capital de Bosnia, pero la ciudad se convirtió en un campo de batalla étnico. Los serbios cañoneaban desde las colinas. Ambos bandos querían adueñarse del territorio. Se hablaba de un proceso que implicaba el exterminio o expulsión de personas que habían sido vecinos. Los serbios obtenían lo que deseaban: una profunda reafirmación de sus creencias y tradiciones nacionales. Para ellos el precio se ha traducido en sangre, pérdida de la propiedad y la destrucción de la economía. Los serbios mantenían a los musulmanes capturados en fábricas abandonadas, aunque muchos sobrevivieron, se masacraron cerca de 14 mil durante esta sangrienta guerra. En 1995 Denitch Bogdan escribía, a propósito del vacío político y moral en Europa del Este:

> "… los movimientos y partidos no comunistas […] Ahora tienen la tarea más compleja de aprender cómo ofrecer políticas nacionales alternativas cuya responsabilidad tendrán que asumir. Tendrán que aprender a pactar con la terca realidad, a hacer coaliciones con socios difíciles y a administrar sociedades complicadas que viven en profundo trastorno. En suma, tendrán que aprender la democracia, esa misma democracia por la que lucharon tantos años. Descubrirán que se trata de una tarea dura y tal vez imposible sin la ayuda generosa de Europa Occidental y los Estados Unidos en los años venideros. A fin de cuentas, Europa Occidental tuvo necesidad del plan Marshall para desarrollar economías estables y estructuras políticas después de un período mucho más breve de régimen fascista[20]".

Esta idea es muy importante desde un punto de vista ético. Bogdan insiste en la idea de que el proceso de cambio en los Balcanes presupuso el involucramiento de la democracia como forma de gobierno que justamente llenara los vacíos morales generados durante la integración comunista soviética. Ya todos lo sabemos, ese proceso no fue nada fácil, y agrega:

> El comienzo de todas las reformas políticas y económicas fue la destrucción del monopolio de poder de los partidos comunistas locales. Ninguna reforma económica duradera, ninguna liberalización de los sistemas políticos tenía perspectiva a largo plazo sin ese primer cambio. Esto no quiere decir que no fuera posible ninguna reforma sin la eliminación del monopolio legal y muy real de poder de los partidos comunistas en esas sociedades. Lo que estoy afirmando es que no era posible ninguna reforma económica y política *duradera* y *básica* si se mantenía ese monopolio"[21].

Las esperanzas de prosperidad sostenida duraron tan poco como la paz. Las nuevas naciones industriales abrieron sus mercados. Pero en Rusia el fin del comunismo implicó un caos económico, nada parecido a lo que sucedió en China y otros países orientales con influencia de los ideales comunistas. Leningrado recuperó su nombre: San Petersburgo. Aunque sus habitantes en vísperas del año nuevo celebraron, lo hicieron consientes de su incierto futuro.

La llegada del libre mercado provocaba hambre y nostalgia por los viejos tiempos. El presidente ruso Boris Yeltsin no podía ofrecer esa prosperidad inmediata asociada con la libertad política. El gobierno recortó todos los gastos. Algunos ciudadanos se las arreglaron para encontrar empleo en el nuevo Estado, pero millones de personas no fueron tan afortunadas, pues el sistema estatal de beneficencia había colapsado con la crisis. Luego de la caída del Muro y de la Cortina de Hierro, el mundo excomunista parecía estar patas arriba, sin embargo, algunos aprendieron los nuevos valores con mayor rapidez que otros. Expresiones

---

[20] BOGDAN, Denitch. Nacionalismo y etnicidad. La trágica muerte de Yugoslavia. México: Siglo veintiuno editores, 1995. P. 98.
[21] Ibid., p. 99.

como negocios, reinversión, ganancias, compra y venta empezaron a ser parte del lenguaje común porque se convirtieron en principios bajo los cuales se enfrentaba la vida diaria. Para 1997 el dinero que circulaba en San Petersburgo, en gran parte, era ilegal. Además, la brecha entre ricos y pobres era la más grande del último siglo. Algunos hasta empezaron a pensar en la posibilidad de convertirse en gánster, pues estos parecían tener la intuición de que el mundo excomunista estaría claramente influenciado por una de las más grandes mafias del mundo.

En California soplaban vientos de globalización en 1993. Parte de la estructura de la constructora *Kaiser* fue desmantelada para enviarla a China. Los antiguos obreros del acero estaban confundidos. Era una maquinaria increíble. Para los obreros que allí habían trabajado era terrible, les parecía enferma esa forma de negociar. Era buena maquinaria. Los chinos la desarmaron, no ellos. El mercado buscaba mano de obra a bajo costo, incluso traspasando las fronteras nacionales. Después del cierre de *Kaiser*, los obreros ganaban menos dinero que nunca y a menudo quedaban desempleados. A raíz de las señales enviadas por los gobiernos capitalistas de un bajo tono moral, los empresarios de las multinacionales convencieron a los mexicanos, japoneses, chinos y coreanos, que mientras más abuso se da en los Estados Unidos, la producción industrial se hace más fácil. La gente con dinero parecía no querer buena vida y de calidad para los obreros o seguridad en salud como se tenía en empresas como *Kaiser Steel*. Los nuevos empleos no ofrecían los beneficios de este tipo de empresas.

A pesar de la globalización, Norteamérica seguía teniendo el mayor poder económico del mundo. Para poder conseguir el sueño americano, estos empleados se verían obligados a aprender nuevas destrezas, lo que a la postre les llevaría a mejorar su calidad de vida. Los que mejor se adaptaron a los nuevos tiempos pudieron triplicar sus sueldos, mejoraron su calidad de vida y la de sus familias, las condiciones de manejo del tiempo libre y de ocio superaron sus expectativas.

A mediados de los noventa, China tenía sueños que en otro tiempo eran imposibles, pero el camino a la riqueza seguía siendo arriesgado. Tal como ocurrió en Nueva York hace un siglo, Shanghái crecía como pocas ciudades en el mundo. Miles de obreros inmigrantes estaban dispuestos a hacer cualquier cosa, con tal de tener trabajo. Los salarios eran tan bajos que los costos de las empresas eran mínimos y las exportaciones crecían en un promedio del 14% cada año. En las compañías manufactureras los obreros trabajaban doce horas al día, seis días a la semana y el día de descanso lo hacían en los dormitorios de las fábricas. Los obreros ganaban el equivalente a medio dólar diario, y aunque nos ofenda moralmente esta cifra, eso era cuatro veces lo que ganaban en su aldea natal antes de la migración. La ciudad, con toda su dureza, ofrecía más oportunidades que el campo.

China adoptó rápidamente el aparato del sistema capitalista, la especulación en el sistema de ventas de acciones era tema prohibido en la época de Mao, pero en los años noventa en Shanghái la bolsa reabrió sus puertas. Cuando el ciudadano común chino tuvo permiso, oportunidad de vender acciones, estalló una fiebre comercial y financiera sin precedentes. La opinión oficial era que aquello beneficiaría al comunismo. Shanghái se iba convirtiendo en una súper metrópoli que rivalizaba y competía con Londres, Tokio o Los Ángeles. La globalización florecía en productos, en cultura, comunicaciones, bajo la supervisión y aprobación autoritaria de los dirigentes comunistas. Esto tuvo un impacto sobre la cultura, por ejemplo, los corredores de bolsa o los ejecutivos de China, comenzaron a tener los mismos gustos que cualquier joven del mundo. A finales de los noventa las implicaciones del consumo, del *boom* de China, empezaron a ser reconocidos en todo el planeta. Se esperaba que la cantidad de autos privados en China alcanzara cifras record por cuenta de las nuevas tendencias y el ascenso en la capacidad de consumo promedio. También los habitantes chinos desearon tener acceso a la

fiebre de tecnología que invadía el mundo, soñaban con tener una computadora, recibir información de todo tipo en casa a través de sus computadores, sobre noticias, comercio internacional, precios, libros, entretenimiento, etc. El gobierno autoritario chino desde entonces no ha dejado de tener recelo con respeto a esas libertades que ofrece la globalización.

También la computación cambió mucho en los años noventa. La comunicación por satélite y el internet se convirtieron en las arterias de la globalización que unían el mundo al instante. En algunas casas la computación hizo que las distancias físicas virtualmente desaparecieran.

Para mediados de los noventa del siglo pasado, como muchos habitantes en países en desarrollo, en la India aún vivían sin agua potable, sin electricidad o carentes de servicios públicos. A pesar de esta situación, en algunas ciudades se vivía a la sombra de un mundo nuevo, interconectado electrónicamente, rasguñando la tecnología. Para esta época ya miles de profesionales de la India se beneficiaban del desarrollo de las telecomunicaciones, lo que les permitía trabajar para algunas empresas de mayor o menor tamaño de los Estados Unidos o de Europa. Esto de nuevo nos recuerda que el mundo se ha reducido desde entonces a un pequeño globo. La comunicación rápida y completa con cualquier parte del mundo es uno de los aspectos más positivos de los tiempos de la globalización[22]. En la India es muy usual tratar a pacientes con médicos norteamericanos a través de una conexión a Internet, los registros de los estados de los pacientes se envían desde ciudades aisladas y los trabajadores transcriben y retransmiten por esta vía a los pacientes los tratamientos. Para entender mejor la alta tecnología médica, las compañías transmiten historias de los hospitales norteamericanos. En los años ochenta la globalización había afectado a los obreros; en los noventa fue el turno de las oficinas. El impacto en la reducción de costos fue desde entonces asombroso, también lo fue a la postre en el desempleo de los países más desarrollados.

3. LA GLOBALIZACIÓN: EL CAMBIO EN EL ENFOQUE DE LOS VALORES POLÍTICOS

El término globalización concibe las realidades bajo el supuesto de que somos una sociedad compuesta por todos los integrantes de este planeta, que supera todo tipo de obstáculos para las relaciones sociales, principalmente orientadas por lo político o lo económico; es un concepto que describe la realidad superando las fronteras determinadas por los Estados, barreras arancelarias, diferencias étnicas, creencias religiosas, ideologías políticas y condiciones sociales, económicas y culturales. Desde el comienzo de la elaboración de los discursos en relación a la globalización, se ha elaborado una conceptualización que la relaciona con los procesos de cambio, cada vez más acelerados en el terreno de las economías de los Estados que se van integrando y abriendo a otros mercados, haciendo realidad el hecho de que la política se piensa, en esencia, como un sistema social abierto e interdependiente con respecto a la incertidumbre de los mercados, las fluctuaciones monetarias y los movimientos especulativos de capital[23].

La globalización surge como consecuencia de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, los conflictos sociales, los fenómenos políticos y culturales. En la globalización, diría Giddens[24], se intensifican las

[22] No olvidemos la tesis de McLuhan ya planteada al comienzo de este capítulo sobre la incidencia del desarrollo de los medios electrónicos sobre el progreso social y los cambios en las formas de relación entre los seres humanos.

[23] SUÁREZ SUÁREZ, Andrés. Nueva economía y nueva sociedad. Madrid: Prentice Hall, 2001, p. 2-14.

[24] GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la modernidad. Madrid: Alianza editorial, 1999. págs. 67-68.

relaciones sociales a escala mundial, lo que le ha significado al hombre extender geográficamente los procesos sociales.

Lo importante aquí es preguntarse sobre la relación que tiene la globalización con los asuntos morales, y es la definición de Espósito y desde una perspectiva de la teoría normativa de las relaciones internacionales la que plantea este escenario en términos de retos para la ética pública a nivel internacional. Según él:

> "…globalización es un concepto útil porque, por un lado, nos permite una descripción más adecuada de una realidad internacional a la que le resulta imposible mantener sus problemas encerrados dentro de las fronteras de los Estados; pero que, por otro lado, nos alerta también, y sin excluir el sentido normativo, de los nuevos análisis que se precisan para decidir cuestiones en las que no sólo hay elementos descriptivos, sino también preguntas sobre cómo se debe actuar en casos críticos como la inmigración por motivos políticos y económicos en los países desarrollados, la protección del medio ambiente mundial en los países desarrollados y subdesarrollados, la utilización de energías altamente contaminantes y con grandes niveles de riesgo, junto a problemas más tradicionales como los reclamos de autodeterminación tendentes a la creación de nuevos Estados, la intervención por razones de humanidad en casos de grave violación de derechos humanos, los deberes positivos de los Estados frente a tragedias como el hambre o la falta de atención médica mínima allende sus fronteras y tantos otros"[25].

Según los analistas, los terrenos en los que más se evidencia este fenómeno de la globalización tienen que ver con el tema de los avances exponenciales de las tecnologías, las nuevas concepciones en el manejo del tiempo libre y por supuesto, como ya se ha advertido con insistencia, la economía, al punto que ésta parece haberse impuesto sobre la política. Por supuesto que de aquí se deriva un problema ético de proporciones bastante importantes, en tanto que la crisis del Estado nación abandona su función social asumida justo antes de los años ochenta, para convertirse en un Estado empresarial, donde la eficiencia económica y administrativa son ahora los valores predominantes. No solamente se vendrá un abandono a los intereses políticos sino jurídicos, o los intereses de este tipo se subordinan a los intereses de la productividad económica, por lo que Giddens asegura que:

> "La meta general de la política de la tercera vía debería ser ayudar a los ciudadanos a guiarse en las grandes revoluciones de nuestro tiempo: la globalización, las transformaciones de la vida personal y nuestra relación con la naturaleza"[26].

Esta intensificación de las relaciones sociales a escala mundial ha tenido todo un proceso y desarrollo histórico que comienza con la aparición de las primeras formas de organización social y que muy probablemente se ha intensificado en cada momento histórico trascendental a las civilizaciones. Sin embargo, con la caída del Muro de Berlín en 1989 y tras la desintegración de la Unión Soviética como superpotencia y la defensa de los ideales del comunismo, comenzó desde los años noventa una precipitada carrera de integración entre los diferentes actores del sistema internacional. Esto se ha concretado en el posicionamiento de las ideologías de tipo liberal como único modelo para conducir las relaciones sociales

---

[25] ESPÓSITO, Carlos. Soberanía y ética en las relaciones internacionales: contextos superpuestos. Revista Isegoría, No. 16, 1997. Pág. 189. (Espósito invita a conocer el análisis de la globalización por esta vía normativa en estudios realizados por los profesores Ernesto Garzón Valdéz, Francisco Laporta y J. C. Bayón publicados en la revista DOXA de 1986).

[26] GIDDENS, Anthony. La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia. Madrid: Taurus. 1999, p. 80. (edición original en inglés de 1998)

transnacionales, discursos políticos de "tercera vía"[27], superación de antagonismos ideológicos característicos de la modernidad (izquierda vrs. derecha) y la defensa en pro de la concepción de una justicia de carácter internacional. Por ejemplo, se viene dando un clima especial para generar condiciones más favorables del tribunal o una corte internacional, para que en realidad sea efectivo su encargo de juzgar delitos de lesa humanidad, defensora de los derechos humanos, en especial en lo atinente al genocidio, el terrorismo y la persecución política, religiosa, étnica o social. Estos nuevos caminos no están exentos de riesgos:

> "Los socialdemócratas han de variar la relación entre riesgo y seguridad existente en el Estado de bienestar, para construir una sociedad de 'tomadores de riesgo responsables' en las esferas del gobierno, los negocios y el mercado del trabajo. La gente necesita protección cuando las cosas van mal pero también las facultades materiales y morales para superar grandes períodos de transición en sus vidas"[28].

Es importante resaltar los trabajos de investigación de carácter reflexivo como los de Giddens o Dahrendorf que describen y reflexionan sobre esta nueva forma de relaciones sociales, que le apuntan, de manera crítica, a resaltar las debilidades de estas nuevas realidades que orientan en la actualidad las relaciones políticas y económicas a nivel mundial. Estos trabajos destacan los más importantes efectos negativos que la globalización ha dejado para la humanidad y las falacias alrededor del tema, en lo real y en lo teórico, tal como lo expresa, por ejemplo, Rosenberg[29] o Altvater y Mahnkopf[30]. Por ello el mismo Giddens hacia el final del segundo capítulo propone una serie de valores que deberán estar presentes en la tercera vía y que ya se han discutido ampliamente en la historia reciente de la ética política como la igualdad, la protección del Estado a los más débiles, el fomento de la libertad con autonomía (al modo kantiano), derechos con responsabilidad, autoridad con democracia, un Estado pluralista cosmopolita y profundo respeto al pasado, la historia y la ecología[31].

También el Papa Francisco ha advertido a los alcaldes de las más importantes ciudades del mundo, a los políticos, a empresarios y a los líderes mundiales sobre el cuidado ambiental y de los grandes peligros que puede traer un dinamismo social y un desarrollo descontrolado y de espaldas al planeta tierra en su Encíclica *Laudato Si*, desde una perspectiva de la ética cristiana:

> «Laudato si', mi' Signore» – «Alabado seas, mi Señor», cantaba san Francisco de Asís. En ese hermoso cántico nos recordaba que nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos: «Alabado seas, mi Señor, por la hermana nuestra madre tierra, la cual nos sustenta, y gobierna y produce diversos frutos con coloridas flores y hierba».
> Esta hermana clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable y del abuso de los bienes que Dios ha puesto en ella. Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado,

---

[27] La tercera vía como propuesta teórica en Giddens y política en Tony Blair y Juan Manuel Santos, encontró duras críticas en Dahrendorf, quien la juzgó carente de conciencia histórica y defensora de un optimismo ingenuo. DAHRENDORF, Ralf. La tercera vía y la libertad. Archivos del Presente, Vol. 5, N° 18, Diciembre 1999.

[28] GIDDENS, Anthony. La tercera vía. Op. cit., p. 120.

[29] ROSENBERG, Justin. Contra la retórica de la globalización. Bogotá: El Áncora editores, 2004

[30] ALTVATER, Elmar y MAHNKOPF, Birgit. Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política dela globalización. México: siglo XXI editores, 2002.

[31] GIDDENS, Anthony. La tercera vía. Op. cit., p. 84.

> también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso, entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra, que «gime y sufre dolores de parto» (Rm 8,22). Olvidamos que nosotros mismos somos tierra (cf. Gn 2,7). Nuestro propio cuerpo está constituido por los elementos del planeta, su aire es el que nos da el aliento y su agua nos vivifica y restaura"[32].

En la mayoría de ocasiones, la globalización es un factor bastante potente para lograr reducir la pobreza en el mundo, los daños al medio ambiente, la carrera armamentista o simplemente favorecer el ambiente para un mundo mejor, por lo menos, en clave utilitarista, en proporciones menos dramáticas a las actuales. Sin embargo, muchas personas a nivel mundial no han podido ingresar a ese proceso, se han quedado al margen. La exclusión de todo ese importante grupo de personas obedece, principalmente, a defectos propios en las administraciones de los gobiernos, con políticas públicas y toma de decisiones que no se orientan por los caminos de la integración económica, barreras arancelarias y de otro tipo, las mismas que tienen que superar los Estados y los individuos pobres o marginados para poder acceder a los procesos de intercambio propios de los países ricos. También se debe a la disminución sistemática de la asistencia para el desarrollo, opina el Banco Mundial[33].

En su informe sobre "globalización, crecimiento y pobreza", el Banco Mundial ha dividido la globalización en tres olas o fases: primera, segunda y tercera ola. Esta divisoria es compartida por Kuri, al menos en el puro planteamiento histórico[34]. En esta tercera ola, según el Banco Mundial, la globalización y la integración económica han favorecido la reducción de la pobreza en un importante número de países en vía de desarrollo. Sin embargo, estas políticas deben orientarse mejor, de tal suerte que ayude a los países más pobres y marginados del mundo a mejorar el nivel de vida de los ciudadanos. Bautista, en perspectiva moral, pone las cosas en un tono mucho más pesimista y en clara contradicción con el Banco Mundial asegura que desde las oligarquías se vienen promoviendo antivalores:

> "Una característica que distingue a este nuevo tipo de globalización es la de que los principales países que la promueven son oligarquías. Una oligarquía se entiende como aquella forma de gobierno integrada por un grupo de personas, las más ricas, cuyo principio político es la avaricia, y que gobiernan con el propósito de acumular riquezas en beneficio propio. En su afán ilimitado las oligarquías, que existen desde la antigüedad, compiten, ya no sólo por la riqueza de sus propios Estados ni la de sus vecinos inmediatos, sino por las del planeta. Ya Aristóteles en su libro Política estudia la oligarquía como forma de gobierno, calificándola de injusta y corrupta al buscar sólo el interés particular de los que gobiernan. La ambición, la codicia así como el anhelo por tener son aspiraciones comunes en la vida contemporánea. En un estado oligárquico el dinero tiene tanta importancia en la vida del hombre que, de ser un medio para vivir, se convierte en el fin mismo de la vida. Y es tan poderoso este principio que arrastra valores, familia y cultura, generando

---

[32] Carta Encíclica *Laudato Si*. Del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. Roma, La Santa Sede, 2015, p. 2.

[33] Banco Mundial. Globalización, crecimiento y pobreza. Bogotá: ediciones Alfaomega, 2002. (Título original en inglés: *Globalization, Growth and Poverty: Bulding an Inclusive World Economy*).

[34] KURI GAYTAN, Armando. La globalización en perspectiva histórica. Revista de Comercio Exterior, enero 2003, Vol. 52, Nº 1, México, pp. 4-12. Pág. 6. También En: Banco Mundial. Globalización, crecimiento y pobreza. Bogotá: ediciones Alfaomega, 2002. (Título original en inglés: Globalization, Growth and Poverty: Bulding an Inclusive World Economy).

> una sociedad de consumo exacerbado. En los Estados oligárquicos se fomenta la riqueza para una clase o elite a costa de la pobreza del resto de la población. En su Teoría del Capital, Karl Marx rebautizó a esta forma de gobierno y la denominó capitalismo"[35].

CONCLUSIONES

Luego de haber visto el panorama general del poder del Estado en los tiempos de la globalización y determinar algunas implicaciones morales, centrémonos en estas conclusiones en la pregunta sobre el futuro de los Estados, bajo el panorama de integración y de relativización de su poder y su soberanía.

Resulta extremadamente riesgoso y atrevido, desde un punto de vista científico o filosófico de los estudios políticos, especular y hacer prospectiva sobre el futuro de los Estados como posibles escenarios para la ética pública en el futuro, en medio de tanta incertidumbre y variables que va ofreciendo el panorama moral de la política en la actualidad. De cualquier manera, hay que correr esos riesgos y ser atrevidos, pues en eso consiste hacer ciencia y hacer filosofía.

Bajo los diferentes escenarios ético-políticos en el mundo, ¿conduce el actual estado de cosas hacia grandes entidades políticas o hacia una fragmentación de Estados nacionales cada vez más pequeños?, ¿los Estados modernos son demasiado pequeños o demasiado grandes? La respuesta depende de la perspectiva moral desde la cual se le mire; los Estados son demasiado pequeños para hacer frente a los grandes problemas y retos que trae consigo la globalización y demasiado grandes para ocuparse de las distintas culturas que piden su reconocimiento u otra forma de gobierno, como sucede en la región de Chiapas, al sureste de México.

El poder del Estado en los últimos tiempos se ha visto reducido para acabar con las guerras civiles crónicas que azotan a grandes países africanos como Nigeria o el Congo (antiguo Zaire) y en general con las guerras civiles endémicas de muchos países del sur como Colombia, que debilitan la institucionalización y la legitimidad de los gobiernos. Hasta hace poco el Estado tenía control total sobre sus políticas internas y externas; hoy en día las decisiones de un Estado a menudo dependen de los objetivos de las grandes compañías multinacionales, de las acciones de las organizaciones no gubernamentales (ONG) o de las Organizaciones intergubernamentales (OIG) y se ven afectados de manera notoria por la opinión pública internacional. El concepto de soberanía de los Estados, en términos políticos y económicos, ya no es el mismo que en otros momentos han defendido los analistas políticos. En tono bastante pesimista, algunos analistas hasta prevén el fin del Estado moderno y la relativización del poder de los gobiernos, encendiendo las alarmas para no bajar la guardia en la búsqueda del bien común.

Lo cierto es que, por cuenta de la globalización de la economía y la política, se han ido menguando algunos de los poderes tradicionales del Estado, menguando también sus responsabilidades con la sociedad. Hay reglas que rigen el comercio internacional, lo que Suárez llama las fuerzas que impulsan la globalización[36] y que dependen muy poco de las políticas económicas internas, a saber: la voluntad decidida de los países económicamente más importantes del mundo, el fuerte descenso en los costos de transporte y las comunicaciones, como consecuencia del extraordinario progreso técnico en ambos frentes, el importante papel jugado por la

---

[35] BAUTISTA, Oscar Diego. Op. cit., p. 8.
[36] SUÁREZ SUÁREZ, Andrés. Nueva economía y nueva sociedad. Madrid: Prentice Hall, 2001, P. 5-6.

Organización Mundial del Comercio (OMC), el fenómeno del crecimiento de la gran empresa industrial moderna con la consiguiente mundialización y la aceptación generalizada en el mundo de un cierto patrón cultural y de unas determinadas pautas consumistas. Lo que invita a un debate moral que cada vez se impone con más fuerza como requisito mismo de las relaciones de poder entre los Estados.

Una tesis muy difundida, especialmente por los economistas liberales, como ya lo hemos dicho, es que el mundo en la actualidad está gobernado por el mercado, el mismo que impone sus propias leyes, lo que parece orientar al mundo en defensa de la doctrina clásica mercantilista que identificaba los intereses del Estado nación con los intereses de los comerciantes y los industriales o de la tesis de los fisiócratas como Quesnay (1694-1774) y Turgot (1727-1781), de *"dejad hacer, dejad pasar: el mundo marcha solo"*. Los ideales del libre mercado, a raja tabla, se han impuesto, exacerbando una visión de sociedad política internacional ordenada por los principios que ofrece el mercado, imponiendo sus valores desde los Estados Unidos para el mundo.

Sin embargo, los ciudadanos del mundo también le son leales a los vientos de globalización y a los vericuetos del mercado con la invitación a nuevos valores que dependen de las reglas de la economía mundial. Ya en la segunda década del tercer milenio, muchas viejas creencias se han desvanecido, nos encontramos sorpresivamente ante unas nuevas dimensiones de la política y la economía. Los ciudadanos son conscientes de esas nuevas dimensiones. Cuando se construyeron los nuevos rascacielos de Shanghái, se construyeron por obreros inmigrantes contratados como jornaleros, cuya vida campesina anterior era bastante más difícil, y en el fondo, les importaba poco la lealtad al Estado; mucho más importante para ellos resultó ser el mejoramiento de sus ingresos y de su calidad de vida.

En el viejo mundo de los años setenta, el gobierno, las empresas públicas y los sindicatos protegían la seguridad de los obreros. En el nuevo mundo de la globalización esa protección desaparece por doquier: "…hoy tengo trabajo, el mes próximo podría estar sin trabajo…", parece haberse convertido en un principio de la globalización.

En el viejo mundo, las cosas parecían estables por años. En el nuevo mundo, cambian las cosas con una rapidez asombrosa y todo parece ser incertidumbre. En el viejo mundo se le da trabajo a la gente. En el nuevo mundo la gente debe generar empresa y trabajo por iniciativa propia.

El fin de la guerra de la ex Yugoslavia trajo un *boom* en Sarajevo. Ellos heredaron un mundo transformado en los últimos cien años. Este conflicto probó que, pese a los esfuerzos en todo el mundo, las minorías tienen menos oportunidades que nunca y se han visto amedrentados y explotados por las mayorías étnicas. Las mayorías han tenido privilegios que fueron de las minorías, lo que parece seguir una tendencia moral inevitable, que arrastra al mundo al hedonismo más extremo, como tendencia dominante.

El futuro de la gente dependerá cada vez menos de su sexo, clase social o país de nacimiento y más de su educación y esfuerzo.

Los logros de la gente del nuevo siglo dejan grandes oportunidades a las nuevas generaciones y una nueva y creciente incertidumbre. Los caminos convergen, pero el recorrido que le espera a la humanidad en el nuevo milenio dependerá como nunca antes de la incertidumbre.

Bibliografía

ALTVATER, Elmar y MAHNKOPF, Birgit. Las limitaciones de la globalización. Economía, ecología y política dela globalización. México: siglo XXI editores, 2002

Banco Mundial. Globalización, crecimiento y pobreza. Bogotá: ediciones Alfaomega, 2002.

BAUTISTA, Oscar Diego. Ideología neoliberal y política de globalización bajo un enfoque ético. México: Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades, 2011.

BOGDAN, Denitch. Nacionalismo y etnicidad. La trágica muerte de Yugoslavia. México: Siglo veintiuno editores, 1995.

Carta Encíclica *Laudato Si*. Del Santo Padre Francisco sobre el cuidado de la casa común. Roma, La Santa Sede, 2015.

COHEN, Marshall. Escepticismo moral en las relaciones internacionales. Revista Doxa No. 3, 1986.

DRUCKER, Peter. Las nuevas realidades. Bogotá: editorial Norma, 1989.

DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Barcelona: Ariel, 1970.

ESPÓSITO, Carlos. Soberanía y ética en las relaciones internacionales: contextos superpuestos. Revista Isegoría, No. 16, 1997.

FERNÁNDEZ ALONSO, José. El debate normativo en relaciones internacionales: La cuestión respecto al estatuto moral del Estado. Revista Perspectivas Internacionales. Universidad Pontificia Javeriana Cali / Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Pag. 40-60. Vol. 8 No 2, 2012.

GIDDENS, Anthony. Consecuencias de la modernidad. Madrid: Alianza editorial, 1999.

GIDDENS, Anthony. La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia. Madrid: Taurus. 1999.

KURI GAYTAN, Armando. La globalización en perspectiva histórica. Revista de Comercio Exterior, enero 2003, Vol. 52, Nº 1, México, pp. 4-12.

McLUHAN, Marshall y POWERS, B. R. La Aldea Global. Transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI, editorial Gedisa, Barcelona, 1995.

NUSSBAUM, Martha y SEN Amartya (Compiladores). La calidad de vida. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

RAZETO, Luis. La difícil relación entre economía y ética en el pensamiento económico. 2009.

ROSENBERG, Justin. Contra la retórica de la globalización. Bogotá: El Áncora editores, 2004.

SUÁREZ SUÁREZ, Andrés. Nueva economía y nueva sociedad. Madrid: Prentice Hall, 2001.

TOLEDO, Víctor. Introducción al estudio de las Relaciones Internacionales. Salta (Argentina): Ediciones Universidad Católica de Salta (Eucasa), 2007.

Direcciones electrónicas

www.california-partnership.org/pubs/raicescalifornia.doc

http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/perspectivasinternacionales/article/view/920

http://www.luisrazeto.net/content/la-dif%C3%ADcil-relaci%C3%B3n-entre-econom%C3%ADa-y-%C3%A9tica-en-el-pensamiento-econ%C3%B3mico

http://eprints.ucm.es/13068/1/cuaderno_11.pdf

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 117-123
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Normas legisladas como pontos de partida e o papel das convicções do julgador no processo de tomada de decisão. (Uma abordagem crítico-realista)

Norms legislated as starting points and the role of the convictions of the judge in the decision-making process(a critical-realistic approach)

Enoque Feitosa[1]
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: Introdução. 1. Perspectiva descritiva e teoria do Direito. Teoria da norma versus teoria da decisão. Considerações finais. Biblografia

Resumo: O objeto e problema de pesquisa do presente ensaio é examinar a crise e os limites heurísticos da matriz que, no que concerne ao direito, tenta circunscrever sua compreensão a uma atividade dependente unicamente do legislador, confundindo o aspecto necessário, ainda que não suficiente, da produção da regra legislada com aquela outra atividade, de aplicação e concretização pelo agente público que decide no âmbito judicial. Trata-se, pois, de responder a questão: por que o processo de decisão e de concretização normativa é reiteradamente subestimado em nossa doutrina, em termos de atividade jurídica? Nossa hipótese de pesquisa é que embora a questão demande esforços teóricos de outras esferas da teoria do direito, nenhum de seus campos práticos deles necessitam para esclarecê-la, visto que ela é evidente de *per si* e, para tanto basta um exame realista da atividade de decisão. Quanto ao método, trata-se de pesquisa bibliográfica. O referencial teórico é aquele do realismo jurídico.

Palabras-Clave: Teoria da decisão. Concretização normativa. Direito e realismo.

Abstract: The object and research problem of this essay is to examine the crisis and the heuristic limits of the matrix, which, as far as law is concerned, tries to circumscribe its understanding to an activity solely dependent on the legislator, confusing the necessary, if not sufficient, aspect of production of the rule legislated with that other activity, of application and concretization by the public agent that decides in the judicial scope. The question must therefore be answered: why is the decision-making and normative process repeatedly underestimated in our doctrine in terms of legal activity? Our research hypothesis is that although the question demands theoretical efforts from other spheres of the theory of law, none of their practical fields need them to clarify it, since it is self-evident and, for that, a realistic examination of the activity of decision-making. As for the method, this is a bibliographical research. The theoretical referential is that of legal realism.
Keywords: Theory of decision. Normative implementation. Right and realism.

1. INTRODUÇÃO:

[1] Professor Associado na Universidade Federal da Paraíba, Brasil. Doutorados em Direito e em Filosofia, Pós-Doutorado em Filosofia do direito. Leciona na Graduação em Direito e nos mestrados e doutorados em Direito em Filosofia da UFPB. Coordena o Projeto CAPES de mobilidade internacional entre UFPB e UEM-Moçambique. Correio eletrônico: enoque.feitosa.sobreira@gmail.com. Currículo acadêmico: http://lattes.cnpq.br/4321425005255787.

O objeto e problema de pesquisa do presente ensaio é examinar a crise e os limites heurísticos da matriz que, no que concerne ao direito, tenta circunscrever sua compreensão a uma atividade dependente unicamente do legislador, confundindo (deliberadamente ou não) o aspecto necessário (ainda que não suficiente) da produção da regra legislada com aquela outra atividade, de aplicação e concretização pelo agente público que decide no âmbito judicial e isto adquire importância central na medida em que "as decisões judiciais nem sempre são o que parecem e seus argumentos são, usualmente, bastantes desproporcionais em relação aos seus efeitos" [2].

Trata-se de algo a refletir o porquê de tal fenômeno. É de se pensar que os operadores jurídicos ainda atuam tendo como referência uma matriz teórica (a teoria da legislação) que pode ter esgotado sua capacidade explicativa para o ato de decisão. É disso que se pretende tratar neste ensaio.

Por isso, e para abordar a hipótese do esgotamento teórico e prático da matriz paradigmática que pretende pensar o direito unicamente pelo seu dado de entrada - a norma legislativa - de herança liberal-individualista, é que se trata de perquirir acerca da seguinte questão: por que o processo de decisão e de concretização normativa é reiteradamente subestimado em nossa doutrina, em termos de atividade jurídica?

Nossa hipótese de pesquisa é que embora a questão demande esforços teóricos de outras esferas da teoria do direito, nenhum de seus campos práticos necessita desses esforços para esclarecê-la, visto que ela é evidente de per si e, para tanto basta um exame minimamente profundo da atividade de decisão.

Isso não ocorre por mera insuficiência técnica dos textos (vagueza ou ambiguidade) e sim por características que permeiam a atividade judicial, tais como posicionamentos e preferências políticas dos encarregados das decisões – Juízes e Tribunais – os quais, ainda que justifiquem normativamente seus atos, por imposições da atividade dogmática no direito moderno, o fazem influenciados por motivações que não são unicamente as razões expressas do (e no) direito.

Para testar essa hipótese de pesquisa serão usados recursos de um aparato bibliográfico e decisional que resulte em dados que visem subsidiar a doutrina (teoria) e jurisprudência (práxis jurídica).

1. PERSPECTIVA DESCRITIVA E TEORIA DO DIREITO

Inicia-se esta primeira secção com uma ressalva metodológica: em nosso ver, quando se trata da teoria do direito, um olhar descritivo, isto é, realista, acerca do mesmo - notadamente em questão tão premente e que se volte ao exame das atividades dos juízes e tribunais - consegue dar conta, com mais amplitude e profundidade, da compreensão das matrizes sociais e jurídicas do conflito.

Tal olhar repercute, pois, na aplicação do saber jurídico e na sua reprodução, na medida em que se opõe àquelas perspectivas cujo foco é inteiramente voltado a apontar como a legislação deveria ser ao invés de examiná-la como efetivamente é e compreendê-la em suas condicionantes sociais, sem que isso signifique abrir mão da potencialidade crítica que tem o desvelar do direito como ele objetivamente se apresenta ao aplicador.

Parte-se, assim, de um referencial jusfilosófico simultaneamente crítico e realista, defendendo-se o exame do direito como ele se apresenta na experiência concreta de seus operadores, ou seja, prioritariamente o que os juízes concretizam enquanto tal.

Como assinalou HOLMES JR em 'The common Law':

> Cada princípio importante que é desenvolvido em um litígio é, de fato e no fundo, o resultado de pontos de vista mais ou

[2] É o que questiona Paul Kahn. Ver: KAHN, P. **El análisis cultural del derecho**: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: GEDISA, 2001, p. 171.

> menos estabelecidos de política pública. Na maioria das vezes nossas práticas são o resultado inconsciente de preferências e convicções inarticuladas, mas não menos conhecíveis, em última análise.[3]

Assim, este estudo será levado adiante tendo em consideração um aspecto bastante peculiar, pois, na medida em que consiste num estudo das práticas judiciais, visa desenvolver uma reflexão crítica acerca de um momento específico da ação, qual seja a decisão ou aplicação do direito[4].

Do ponto de vista do exame da atividade judicial esse marco se reflete numa atitude descritiva e preocupada em examinar como os juízes decidem, isto é, sob uma ótica realista, aliada à literatura acerca da atividade judicial enquanto criadora de direito, esta tomada enquanto um dado de fato na esfera jurídica, visto que juízes e tribunais são quem concretizam normas. Ou seja, trata-se de distinguir, no direito, a tentativa (de caráter descritivo) de examinar fatos - o que implica em uma atitude científica - da valoração dos mesmos, o que se coloca no campo das opções, da ideologia e/ou das crenças. A confusão entre uma esfera e outra já fora examinada pelo Hume do "Tratado da natureza humana[5].

Com isso se busca perquirir o papel daquela teoria da norma que pensa o direito enquanto atividade centralmente legislativa e o motivo pelo qual, no âmbito jurídico, ela leva a uma visão algo deslocada do que efetivamente acontece nos "caldeirões dos tribunais", para fazer uso de uma expressão de Benjamin Cardozo, em 'A natureza do processo judicial.

Essa linha de argumentação prévia visa mostrar a repercussão que a teoria da norma, herdeira que é de um modelo do século XVIII-XIX, a teoria da tripartição de poderes, teve e têm na atividade dos operadores do direito.

Esse trato do direito, que de certa forma perdura até hoje, é permeado por ilusões de referência e por um discurso aparentemente neutro que não leva em conta a ideologia contida na forma jurídica e que, por isso mesmo, subestima o direito enquanto lugar de poder, dominação e justificação[6].

E, nesse sentido, tal perspectiva está mais focada em uma atitude prescritiva perante o direito empiricamente verificável do que em entender como ele efetivamente funciona, notadamente em seus padrões de argumentação, justificação e tomada de decisões, desnudando o fato que entre o compromisso da razão com a vontade, no direito concreto, é esta quem predomina[7].

---

[3] No original: "Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy. Most generally to be sure, under our practice are the unconscious result of instictive preferences and inarticulate convictions, but none the less traceable in the last analysis". HOLMES JR, Oliver W. The common Law. *In*: **The path of the Law and The common Law**. New York: Kaplan, 2009, p. 59.

[4] Como chama atenção Lima Lopes, em estudo que considero de referência sobre o tema (e que, em grande medida, junto com os estudos sobre realismo jurídico, é base deste artigo), "uma teoria da decisão desenvolve-se na medida em que o foco de atenção [do pesquisador] volta-se para o processo deliberativo e escapa vagarosamente da teoria das normas". LIMA LOPES, J. R. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In*: **Norma, moralidade e interpretação** (Orgs.: A. C. Stork & W. B. Lisboa). Porto Alegre: Linus, 2009, p. 43-80, a citação supra na p. 56.

[5] HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP / IOESP, 2001, Livro III, parte 1, segunda secção, 2001, p. 509. Ali, Hume mostra que os estudiosos da moral ajudariam muito ao avanço do conhecimento se esclarecessem a transição, sub-reptícia e nunca justificada, de proposições sobre o que é (*is*) para proposições acerca do que deve ser (*ought*).

[6] FEITOSA, E. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2009, p. 44-45 e *passim*.

[7] Assinale-se que, mesmo em um autor notadamente crítico da forma jurídica, como o foi Marx, não escapa uma compreensão realista (isto é, materialista) do direito. Para ele,

Em contraposição a essa abordagem aqui se opta pelas bases teóricas pela qual se trata o direito pelo foco de uma teoria da decisão. Com isso o que se pretende é evidenciar que a doutrina - enquanto atividade que analisa a práxis jurídica visando compreendê-la - pode contribuir com a mesma esclarecendo-a e fornecendo-lhes argumentos que melhor qualifiquem o seu produto final, qual seja a tomada de decisões.

Aqui, o realismo jurídico é tomado apenas enquanto uma resposta dentre outras, só que mais adequada e com potencial heurístico mais ampliado para apontar caminhos e compreender a forma jurídica.

E por isso que o mais relevante para a compreensão do campo jurídico é o estudo científico dos padrões de argumentação e justificação das decisões, mas sem relevar de discutir, para casos similares o comportamento dos tribunais, levando-se em conta os usos de *topos* e figuras retóricas para obtenção de adesão dos destinatários, pois embora curial a existência de um aparato estatal que vise garantir o cumprimento das decisões, quanto mais elas forem fundadas no consentimento e menos na coerção, tanto melhor a forma jurídica ganha em legitimação.

Pelo exposto, deflui-se deste artigo, parte de um projeto de pesquisa maior e que consiste em fazer uma reflexão acerca desse momento específico da teoria da ação, qual seja a tomada de decisão, notadamente aquelas com relação a temas de maior repercussão, tais como conflitos de propriedade, decisões do STF e tribunais superiores envolvendo questões que imbriquem a decisão jurídica com questões de natureza política, eleitorais, morais, religiosas nas diversas instâncias judiciais e identificar os argumentos centrais dessas decisões, com o fim de qualificar a atividade de julgamento em questões dessa natureza - da maior relevância social, dado o impacto do conflito subjacente -, cumprindo assim o papel da doutrina enquanto campo eminentemente teórico e cuja finalidade deve ser esclarecer a práxis dos que decidem.

2. TEORIA DA NORMA *VERSUS* TEORIA DA DECISÃO

Entre as diversas formas de abordagem do âmbito jurídico duas ocupam papel central quer entre os que pensam o direito quer entre os que o praticam: uma analisa a forma jurídica sob o foco da norma e enquanto atividade cujo aspecto central é a legislação e outra que examina o direito focado na atividade de quem o aplica e que entende a atividade de produção da regra legislada enquanto dado de entrada mas não como seu produto final.

O primeiro olhar é o da teoria da norma, o segundo é o das teorias da decisão. Da segunda metade do século XX até os tempos presentes, houve um deslocamento do foco do exame dos problemas jurídicos da primeira para a segunda teoria. A terminologia referente ao segundo enfoque, se teoria da ação ou da decisão, é indiferente visto que decidir é uma forma de agir e a deliberação de quem precede decidir é parte constitutiva da própria decisão[8].

"quando colidiram interesses de classe [com a aristocracia e a burguesia] o poder dos tribunais começou a ter mais relevância, chegando ao seu ápice no domínio burguês (...) e é totalmente indiferente o que os servos da divisão do trabalho, os juízes e professores da ciência jurídica, pensam sobre isso". Ver: MARX, K; ENGELS, F. Die deutsche Ideologie. *In*: **Werke**. Berlin: Dietz Verlag und Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU, 1978, Band 3, 326. No original: *Grade in der Epoche zwischen der Herrschaft der Aristokratie und der der Bourgeoisie, als die Interessen zweier Klassen kollidierten, als der Handelsverkehr unter den europäischen Nationen bedeutend zu werden begann und das internationale Verhältnis daher selbst einen bürgerlichen Charakter annahm, fing die Macht der Gerichte an, bedeutend zu werden, und unter der Bourgeoisherrschaft, wo diese ausgebildete Teilung der Arbeit unumgänglich nötig ist, erreicht sie ihre höchste Spitze. Was sich die Knechte der Teilung der Arbeit, die Richter, und nun gar die professores juris1 dabei einbilden, ist höchst gleichgültig.*

[8] LIMA LOPES, *op. cit*., p. 43-44. Para ele, "a decisão é uma forma de ação: decidir é agir".

No caso do direito moderno, o processo de formação do juízo, precisa, ainda que não em todas as suas etapas, ser explicitada na sentença, dado a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão[9]. A Teoria da Norma, em suas diversas variantes, caracteriza-se, centralmente, por colocar acento no direito enquanto atividade produtora de normas legisladas e em organizar sua reflexão em torno desse aspecto.

Enquanto recurso metodológico essa atitude cobra grave custo no que concerne à formação dos juristas que acabam por confundir forma com conteúdo do direito e criarem uma grave cesura entre essas duas manifestações do objeto[10], bem como ao se concentrarem primordialmente no que é a norma ao invés de uma abordagem que vise um saber acerca do que fazem os juristas com as normas, os operadores do direito acabam por priorizar o exame da atividade legislativa em detrimento do uso prático das regras.

As duas visões – teoria da norma ou teoria da decisão - geram objetivos quanto ao fazer jurídico, inteiramente distintos[11] e por isso podem ser avaliadas como mais ou menos adequadas no que se referem à eficácia em entender e tirar melhor proveito do âmbito jurídico. Pelas razões que se procura examinar as teorias descritivas da atividade de decisão conseguem se desvencilhar desse problema na medida em que não se prendem nas ilusões acerca de como o "bom" direito deveria ser cingindo-se a um recorte operacional cujo foco seria o de examinar seu objeto como ele efetivamente é e procurando tão só (e enquanto função da doutrina) melhor compreender e qualificar o papel e as funções dos seus diversos operadores.

A aceitação dessa perspectiva externa confere um potencial de se perceber o direito como atividade centralmente determinada por atos de interpretação e aplicação, na qual a atividade do legislador é um dado de entrada, como outro qualquer (embora hierarquizados pela dogmática). E tal é assim na medida em que o que confere sentido ao direito é o equilíbrio entre razão (expressada por certa justificação da atividade jurídica como dotada de per si de racionalidade) e manifestação da vontade (enquanto expressão geral da soberania popular).

Cabe também se levar em conta o fato, com as repercussões práticas que estão subjacentes, de que as teorias da decisão acabam por serem mais eficazes e com maior potencial explicativo na medida em que traz implícita uma teoria da norma, mas nela não se esgota[12].

Pode se alegar que uma teoria da norma também traria implícita uma teoria da decisão. Mas isso não elimina as objeções visto que obriga a concluir que, nessa hipótese, o modelo de decisão só poderia ser o do silogismo demonstrativo ou mera operação de subsunção, algo que já se sabe, não dá conta de explicar o direito, notadamente naquilo que faz avançar a reflexão sobre o mesmo, os chamados casos difíceis, principalmente quando se leva em conta que neles os juízes resolvem problemas interpretativos ou criando direito ou reformulando-o em alguma parte e se valendo de um repertório de argumentos (inclusive morais) para justificar suas decisões[13].

---

[9] No novo Código de Processo Civil Brasileiro (2015), artigo 489. Ao leitor interessado nessa questão é o caso de confrontar a nova norma com o artigo 458 da anterior norma processual (1973).

[10] Como lembra o inevitável Marx, "a forma não tem nenhum valor quando não é forma de um conteúdo", pois "se o processo não é mais que uma forma carente de conteúdo, estas minudências formais carecem de valor" e conclui, "a imparcialidade é tão só a forma, nunca o conteúdo do direito". Ver: MARX, K. Debates sobre la ley castigando los robôs de leña. *In*: **Escritos de juventud** (1835-1844), (Org.: Wenceslao Roces), v. 1. México: Fondo de Cultura, 1982, pp. 281 e 282.

[11] LIMA LOPES, *op. cit*., p. 45. É de se assinalar que, mesmo com outras finalidades (o exame do caráter do direito internacional), HART examina as analogias entre forma e conteúdo. Ver: **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 248-254.

[12] *Idem, ibidem.*

[13] HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 9, 27, 51, 139, 145-146 e 148-149.

Ora, um caso difícil se caracteriza - e nisso sua decisão sempre se distinguirá de todas as demais que, rotineiramente são tomadas - como todo aquele no qual o seu traço típico é a situação na qual o julgador está, em certa medida, incerto quanto à regra aplicável ao caso, ou: a) porque mais de uma norma pode ser aplicável ao mesmo conjunto de fatos, ou ainda, b) porque não há nenhuma norma aplicável, e, por fim, c) porque a regra aplicável permite mais de uma interpretação. Em qualquer uma dessas três hipóteses, o julgador decide com base na argumentação que lhe parece mais plausível, mais forte e mais convincente.

É de se notar que os juristas, em sua práxis valem-se das normas, mesmo que intuitivamente, porque aplicam as disposições que, dogmaticamente, apontam a necessidade de fundamento das decisões jurídicas com referência à lei, expressam a inegabilidade dos pontos de partida e a prioridade das fontes estatais em relação às espontâneas, bem como a exigência, derivada do projeto de modernização do direito, acerca da pretensão estatal em monopolizar a produção de normas e todas as imposições da atividade jurídica que fundamentam esse mesmo direito moderno ou, mais tecnicamente, o direito dogmaticamente organizado.

Valem-se também de todo *background* fornecido pela doutrina no que concerne a explicar como funcionam e como se devem interpretar e aplicar essas normas legais, integrando-as, eliminando conflitos reais ou aparentes entre elas e resolvendo conflitos de leis de forma a preservar a idéia de coerência, completude, unidade e soberania do ordenamento jurídico[14].

Assim, o que realmente os juristas fazem – e fizeram sempre – é, diante dos casos, decidir (se forem aptos a praticarem atos de vontade / poder) ou propor decisões, como faz o advogado que, através de interpretação enquanto ato de conhecimento[15], sugere aos juízes e tribunais o caminho a tomar, ou ainda, numa outra hipótese, ou doutrinadores que, através de sua atividade teórica, fornecem as partes e aos que decidem argumentos para aplicarem uma ou outra regra e decidirem um dado caso de uma ou outra forma.

Por isso que, em nosso ver, nesse terreno a teoria da decisão deve ter o devido destaque, como dotada de maior instrumental quanto ao manejo da justificação como correlato da decisão, ao fornecer se não a resposta a todos os problemas, mas uma referência para o exame dos problemas que aqui se constituem em objeto de pesquisa.

Note-se que as próprias noções de base das chamadas teorias da decisão receberam diversas interpretações e tratamentos ao longo do tempo, que sempre oscilaram entre as teorias clássicas de estrita separação de poderes e as diversas teorias críticas as quais, nos seus diferentes matizes tentam mostrar como a crescente importância da atividade judicante vem relativizando esse modelo.

Tudo isso implica em enormes repercussões e implicações na teoria do direito e na práxis de seus operadores dado a crescente relevância que vem assumindo a atividade dos juízes e tribunais, independente das avaliações se correto ou não, que possamos fazer desse fenômeno, bastando a observação de seus reflexos na vida acadêmica, no currículo e na produção e reprodução de conhecimento em nosso campo de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção pela abordagem metodológica de pensar a forma jurídica pelo viés da decisão esteve, ao longo do presente ensaio, ligada à idéia de que o Direito deve ser apreendido na experiência, ou seja, o Direito está contido na produção jurídica dos Tribunais.

E essa é uma realidade que não pode ser ignorada independentemente de juízos de valor que tenhamos acerca da mesma e sem que, com isso, se descure do papel

[14] BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. Martins Fontes, 2009, *passim*.
[15] Acerca dessa distinção: KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, cap. VIII.

estratégico da doutrina em oferecer argumentos para quem decide. Daí a relevância desse campo enquanto lugar privilegiado de reflexão.

Dessa forma, é de se assinalar que, conforme tal enfoque, não caberia ao jurista procurar o Direito em conceitos abstratos, mas sim, nas decisões concretas. Seguindo essa linha, evidencia-se a toda a propensão da investigação feita até aqui no que diz respeito à aplicação de uma metodologia realista a questões que envolvem conflitos entre direitos e sem o qual a proteção jurídica ao seu exercício perde inteligibilidade.

E isso porque não se pode subestimar que uma análise abstrata do direito pouco interessa e nada diz acerca das razões jurídicas, mas também, sociais, políticas e culturais pelas quais os tribunais tomam suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1990

FEITOSA, E. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2009

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005

HOLMES JR, Oliver W. **The path of the law and The common law**. New York: Kaplan, 2009

HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP / IOESP, 2001

KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho**: Uma reconstrucción de los estudíos jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2001

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

LIMA LOPES, José Reinaldo. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In*: **Norma, moralidade e interpretação**. (Alfredo Storck e Wladimir B. Lisboa – Organizadores). Porto Alegre: Linus, 2009

MARX, Karl. La ley sobre los robos de leña. *In*: **Escritos de juventud**. México: Fondo de Cultura, 1987

_____; ENGELS, F. Die deutsche Ideologie. *In*: **Werke**. Berlin: Dietz Verlag und Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU, 1978, Band 3

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 125-146
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O alimento para além do ato de comer: perspectivas jurídicas, socioeconômicas e culturais

The food for beyond of the act of eat: juridical, socioeconomic and cultural perspectives

APARECIDA LUZIA ALZIRA ZUIN[1]
Universidade Federal de Rondônia (Brasil)

Sumário: Introdução. 1 Discussão e apresentação dos resultados sobre o Direito Alimentar: tutela da produção e da cultura alimentar em Itália e Brasil. 1.1 A legislação brasileira sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada. 1.2 Direito Alimentar e os Tratados italianos. 1.2.1 A etiqueta como Selo de Conformidade. 2. Outros documentos e instituições: a segurança alimentar no âmbito da jurisprudência internacional.3. Alimento: do conceito ao consumo. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo: O papel do Direito na tutela do alimento e da segurança alimentar é muito recente se comparado com a história dos alimentos. Hoje, a preocupação dos legisladores e dos consumidores se pauta sobre duas principais questões: a produção/fornecimento dos alimentos à segurança alimentar e à saúde pública. Nessa perspectiva, esse artigo desenvolve um breve percurso histórico sobre a jurisprudência italiana que trata sobre o Direito Alimentar, ao mesmo tempo traça um comparativo com a legislação brasileira pertinente ao assunto – alimento, segurança alimentar, produção e cultura dos alimentos; apresenta o *Codex Alimentarius* e a Losan; as instituições orientadoras sobre alimentação, produção, regulamentação e consumo no âmbito internacional.

Palavras-chave: Direito Alimentar italiano. Segurança Alimentar. Losan. Regulamentação.

Abstract: The role of Law in food protection and safety is quite recent, in comparison with the history of food. The legislators and the consumers concern is currently based on two main matters: the production/supply of food intended for food safety; and the public health. From such standpoint, this article develops a brief historic overview of the Italian case law pertaining to Food Law, at the same time it makes a comparison with the Brazilian legislation referring to the matter – food, food safety, production and the food culture; the *Codex Alimentarius*, Losan; the institutions that deal on food, production, regulation and consumption in the international scope.

Keywords: Italian Food Law. Food Safety. Losan. Regulation.

[1] Pós-Doutora em Direito, linha e pesquisa: Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Docente da Universidade Federal de Rondônia (Unir), Mestrado Profissional em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça – DHJUS/UNIR/EMERON

INTRODUÇÃO

O papel do Direito na tutela do alimento e da segurança alimentar é muito recente se comparado com a história dos alimentos. Hoje, a preocupação dos legisladores e dos consumidores se pauta sobre duas principais questões: a produção/fornecimento dos alimentos visando à segurança alimentar; outra a saúde pública. A partir dessas questões, o direito ao acesso ao alimento transcende o "ato de comer", porque a reflexão também recai sobre o "que se come".

Nessa direção, este trabalho inicia desenvolvendo um breve percurso histórico sobre a jurisprudência italiana que trata sobre o Direito Alimentar, ao mesmo tempo que traça um comparativo com a legislação brasileira pertinente ao assunto – alimento e segurança alimentar. Outra referência em se tratando da questão que reveste a gênese etimológica do Direito Alimentar, a proposta italiana identifica em âmbito do saber jurídico um aspecto importante, haja vista que por ter sido reivindicada em tempo relativamente recente, o Direito Alimentar passou a ter autonomia disciplinar.

A escolha dos estudos sobre o Direito Alimentar italiano leva em conta os trabalhos realizados por Borghi (2014); Perrotta (2015-2016); Ferrari e Izzo (2009; 2012); Costato (2013); Masini (2008, 2011); Rizzoli (2008); Bottiglieri (2015); e Tommasi (2015), entre outros, que realizam amplo debate sobre as regulamentações jurídicas, juntamente com os processos produtivos, culturais e de consumo (Montanari, Capatti: 2012; 2015). Assim, a área é vista como de grande relevância, tanto no seu plano técnico-jurídico quanto no plano socioeconômico local e no âmbito da comunidade europeia, porque tem suas matrizes nos problemas da sociedade contemporânea, sem, contudo, deixar de evidenciar a trajetória histórico-jurídica das normas sobre o alimento e a higiene alimentar previstas em outras áreas do direito italiano.

Dentre os princípios considerados atuais e/ou modernos que regem o Direito Alimentar italiano, encontram-se a defesa à educação e informação dos cidadãos sobre o que se deve comer, à economia voltada às garantias da existência digna e da tutela da qualidade da produção local ante os produtos externos desprovidos de certificação, e outros interesses macrodinâmicos que caracterizam a produção e a interpretação das regras que dizem respeito ao direito alimentar; as políticas de saúde e economia e seus contributos para o sistema de gestão sustentável agrícola, tais como a valorização do território e os métodos de produção com relação ao equilíbrio do meio ambiente (território, produto, qualidade), como o DOC: Denominazine d'Origine Controllata[2]; o STG: *Specialità Tradizionale*

[2] La denominazione di origine controllata, nota con l'acronimo DOC, non è un vero e proprio marchio poiché comune ad una grossa varietà di prodotti, ma una denominazione utilizzata in enologia che certifica la zona di origine e delimitata della raccolta delle uve utilizzate per la produzione del prodotto sul quale è apposto il marchio; il marchio é il simbolo apposto sul prodotto che lo identifica, per cui possiamo avere diversi marchi con lo stesso acronimo doc. esso viene utilizzato per designare un prodotto di qualità e rinomato, le cui caratteristiche sono connesse all'ambiente naturale ed ai fattori umani e rispettano uno specifico disciplinare di produzione approvato con decreto ministeriale. Tali vini, prima di essere messi in commercio, devono essere sottoposti in fase di produzione ad una preliminare analisi chimico-fisica e ad un esame organolettico che certifichi il rispetto dei requisiti previsti dal disciplinare; il mancato rispetto dei requisiti ne impedisce la messa in commercio con la dicitura DOC. Il marchio fu ideato negli anni cinquanta dall'avvocato romano Rolando Ricci, funzionario dell'allora ministero dell'Agricoltura. La denominazione di origine controllata fu istituita con il decreto-legge del 12 luglio 1963, n. 930, che si applica anche ai vini "Moscato Passito di Pantelleria" e "Marsala". Dal 2010 la classificazione DOC, così come la DOCG, è stata ricompresa nella categoria comunitaria DOP. D.P.R. 12 luglio 1963, n. 930: Norme per la tutela delle denominazioni di origine dei mosti e dei vini. (Pubblicato nella G.U. n. 188 del 15 luglio 1963). A denominação de origem, conhecida pela sigla DOC, não é uma marca tão

Garantita; DOP: *Denominazione d'Origine Protetta* (Regg. 509 e 510/2006); IGP: *Indicazione Geografica Protetta* (Reg. 479/2008). Aqui a proposta é identificar as possibilidades de operacionalização da cultura do alimento com o direito à alimentação saudável, essencialmente para analisar como a legislação pode conformar-se em respeito à cultura, aos hábitos de consumo da comunidade e/ou das pessoas, mesmo diante da dinâmica migratória que mesclam e/ou hibridizam a atual população mundial.

Traz algumas legislações que tutelam o alimento e o consumidor, e alguns órgãos internacionais que fazem referimento à política de produção, comercialização, consumo, cultura e autossuficiência alimentar. Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, apresenta a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan) – (Lei nº 11.346/2006), elaborada com o objetivo de tratar sobre os alimentos e a saúde nutricional. Também porque, no conteúdo de seus dispositivos encontra-se o artigo 3º, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan) com vistas ao asseguramento do direito humano à alimentação adequada e dá outras providências.

1 DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS SOBRE O DIREITO ALIMENTAR: TUTELA DA PRODUÇÃO E DA CULTURA ALIMENTAR EM ITÁLIA BRASIL

De acordo com Paolo Borghi (2014), o primeiro núcleo das normas do Direito Alimentar italiano é originário das normas do Direito Penal, a exemplo do *Codice Penale Rocco*[3]; no Decreto-Lei nº 283/1962 que modificou os artigos 242,

---

comum para uma grande variedade de produtos, mas um termo usado na indústria do vinho que certifica a casa fabricante e o local da colheita da uva utilizada para a elaboração do produto em que está colocada a marca; a marca é o símbolo no produto para identificá-lo, e é possível ter várias marcas diferentes com o mesmo Doc-sigla. A sigla é usada também para designar uma qualidade de renome do produto, cujas características estão ligadas ao ambiente natural e ao fator humano, no sentido de respeitar a disciplina de produção específica. Foi aprovado por decreto ministerial. Os vinhos que recebiam o DOC, antes de serem colocados no mercado, deveriam ser submetidos durante a fase de produção por uma análise físico-química preliminar e a um exame organoléptico para certificar a conformidade com os requisitos previstos pela especificação; a incapacidade de cumprir com os requisitos impediam que o vinho fosse colocado no mercado com o DOC. A marca foi criada nos anos 50 pelo advogado romano Rolando Ricci, funcionário do então Ministério da Agricultura. A denominação de origem foi criada pelo Decreto-Lei nº 930 de 12 de julho de 1963, a qual também se aplica ao vinho "Moscato Passito di Pantelleria" e "Marsala". Desde 2010, a classificação DOC, bem como DOCG, está incluída sob a DOP categoria da Comunidade Europeia. (Tradução minha.)

[3] "Il codice Rocco, ovvero il codice penale nato ed elaborato dal miglior giurista italiano, per volontà dello stesso Mussolini e ancora vigente in Italia. In effetti, pochi sanno che le leggi penali che regolano questo Paese sono più o meno le stesse che c'erano nel 1930, certo con molte aggiunte, correzioni, abrogazioni ma, nella sostanza, il codice è rimasto quello di 80 anni fa. Realizzato da una commissione dei più illustri giuristi dell'epoca e presieduto dall'allora Ministro della Giustizia Alfredo Rocco, il codice si presenta diviso in tre libri, e svariati titoli, ognuno dei quali raggruppa reati o contravvenzioni affini tra loro. In particolare, di grande interesse è il libro II, che trattando i delitti (ovvero i reati di maggiore gravità) è lo specchio del sistema di valori che lo Stato rappresenta". FRUCCI, Benedetta. *Breve storia del Codice Rocco***:** dal fascismo alla Repubblica Italiana. Codice Penale. Disponível em: http://www.associazioneculturalezenit.org. Acesso em 07 mai 2017. O Código Rocco, ou o código penal, foi criado e desenvolvido pela vontade de Mussolini e ainda está em vigor na Itália. Na verdade, poucos sabem que as leis penais que governam esse país são mais ou menos as mesmas de 1930, mas com muitas adições, correções, revogações. Contudo, em essência, o Código permaneceu como 80 anos atrás. Alimentado por uma comissão de juristas mais ilustres e presidido pelo então ministro da Justiça Alfredo Rocco, o Código é dividido em três livros, e uma variedade de títulos, cada um dos quais compreende crimes ou violações relacionados uns aos outros. Em particular, de grande

243, 247, 250 e 262 das leis sanitárias aprovadas com o Regulamento nº 1265 de 27 de julho de 1934 que disciplinava a questão, sobretudo, higiênico-sanitário, da produção e do comércio de alimentos e das bebidas (*Modifica degli articoli* 242, 243, 247, 250 e 262 *del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265: Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande ", in GU n. 139 del 4 giugno 1962*)[4]; no Decreto Presidencial - D.P.R. de 26/03/1980, n° 327 – que regulamenta a execução da Lei nº 283, de 30 abril de 1962, e sucessivas modificações em matéria da mesma disciplina (Publicado no *Diário Oficial* em 16/07/1980, n° 193), em atendimento ao contexto econômico, social e tecnológico do mercado europeu e de relevância para o direito europeu[5].

A autonomia do Direito Alimentar serviu para agilizar casos relativos à produção alimentar de qualidade, questões concernentes à proteção da cultura dos alimentos e tutela do consumidor, tendo em vista que essas questões precediam de regras *ad hoc* do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia. Muitas vezes, os casos eram analisados no âmbito do direito comunitário derivado, principalmente, sobre a livre circulação de mercadorias, que frequentemente regulava as disposições relativas aos produtos agrícolas e agroalimentares.[6]

Registra-se que a legislação alimentar na Itália evocava a ideia do direito ao alimento, também radicalizado na tradição do instituto do direito civil, através do qual, em dada condição, é dever moral socorrer uma pessoa em necessidade de alimento. "*Fino a qualche decennio fa, invece, la formula «diritto alimentare» o «diritto degli alimenti» avrebbe evocato nei più l'idea, radicata nella tradizione, di un istituto del diritto civile attraverso il quale il dovere morale di soccorrere una persona in stato di bisogno assume spessore giuridico*" (FERRARI, IZZO, 2012, p. 9). Aqui, igual à legislação brasileira, a natureza jurídica do alimento recai, sobretudo, ao direito civil, em referência ao direito de prestação de alimentos como direito pessoal extrapatrimonial. Nesse sentido, o alimento não teria qualquer interesse econômico na prestação de alimentos, uma vez que na relação entre os envolvidos não havia o objetivo de ampliação patrimonial, mas sim, o de suprir o direito à vida, "que é personalíssimo, o que significa que a titularidade não pode ser transferida para nenhuma pessoa, porque possui natureza pública e tem o objetivo de prover a manutenção do necessitado" (VENOSA, 2007, p, 364).

O sintagma "direito alimentar", no sistema jurídico italiano, tende a levar a efeito uma relação mais ampla dessa realidade como previsto no direito civil, porque introduz, juntamente com a responsabilidade de alimentar o outro em caso de necessidade, as ações decorrentes dos processos produtivos e de consumo responsável que passam a orientar o ato de alimentar-se à dignidade humana; contempla ainda as normas sobre as externalidades negativas associadas às modernas dinâmicas de produção de alimentos e de bebidas, as quais exigem constantes monitoramentos e bloqueios de importações de produtos inseguros ou

---

interesse é o livro II, lidando ofensas (ou seja, crimes mais graves) é um reflexo dos valores que o sistema estatal representa. Tradução minha.

[4] Lei n. 283 intitulada "Alterações aos artigos 242, 243, 247, 250 e 262 das leis de saúde consolidadas, aprovadas pelo Decreto Real de 27 de Julho de 1934, n. 1265: Disciplina a higiene, produção e venda de alimentos e bebidas. Conforme Diário Oficial nº. 139 de 04 de junho de 1962.

[5] Ispettori Sanitari.it. Disponível em: http://www.ispettorisanitari.it/AREA_PROFESSIONALE/Sunto%20Vigilanza%20daquino/l28362.htm. Acesso em 20 abr 2017.

[6] L'estensione delle previsioni che riguardando il settore della libera circolazione delle merci al settore alimentare è avvenuta a seguito di ripetute pronunce della Corte di giustizia. Per un analisi delle pronunce della giurisprudenza comunitaria e le loro ripercussioni nel settore alimentare si rinvia a S. RIZZOLI, *I principi generali del diritto alimentare nella legislazione e giurisprudenza comunitarie*, ARACNE, 2008, pp. 61-62.

de riscos à saúde; ainda, normas relacionadas ao progressivo *spopolamento*[7],que colocam em risco e marginalizam as comunidades rurais. No bojo desse direito prevê, também, normas que tratam da informação aos consumidores sobre a qualidade e as características próprias dos produtos alimentares; medidas visando tutelar produtos locais em respeito à cultura alimentar; regulamentos que dizem respeito aos produtos que não respeitam as convenções internacionais, como a agrobiopirataria e as alterações na elaboração de alimentos que têm especificidades particulares italianas etc., e a segurança alimentar; diferentemente das antigas legislações pertinentes ao assunto, vistas como fragmentadas ou dispersas. Essa orientação, segundo Perrotta, amplia os interesses da área, uma vez que:

> Gli interventi legislativi che a partire dalla metà del XIX secolo hanno contrassegnato la materia oggetto di esame, più che alla tutela del consumatore, risultano essere ispirati dall'esigenza di tutelare i produttori dei prodotti alimentari mirando a disciplinare le regole per una leale concorrenza tra i produttori (PERROTTA, 2015-2016, p. 9).[8]

Nessa direção, o Direito Alimentar disciplina *como* os alimentos devem ser produzidos para garantir os direitos dos consumidores à alimentação saudável/nutricional e sem riscos à saúde; mas também procura regular o direito de acesso ao alimento como direito fundamental, na sua mais ampla dimensão.

Foi com a *Conferenza di Stresa* (1958) e com o Primeiro Plano *Mansholt* (1960) que a Itália oficializou a Política Agrícola Comum (PAC), em 1962, primeira e por longo tempo a única política elaborada e integrada para atuar diretamente como instituição comunitária sobre a produção agrícola e alimentar (PERROTTA, 2015-216, p.21).A legislação alimentar, de inquestionável importância, é uma das áreas que estão em constante evolução na ordem jurídica. Essa evolução exige contínua relação com o avanço rápido das tecnologias que produzem as graves repercussões em diferentes setores relacionados com a produção, distribuição, comércio e consumo de alimentos.

> Il Diritto Alimentare oggi. Come si evince da quanto sopra esposto, il diritto alimentare risulta essere costituito da quell'insieme di norme atte a regolamentare quanto riguarda la produzione, la distribuzione e il commercio degli alimenti. All'interno di questi specifici settori il legislatore, sia quello nazionale che sovranazionale, si legifera sulla produzione del cibo, quale alimento umano, con l'applicazione dei limiti e dei controlli relativi alla sicurezza alimentare e conseguenti divieti di utilizzo di particolari sostanze. Sono normativizzate anche le modalità di trasporto e di conservazione dei prodotti alimentari, l'etichettatura delle sostanze alimentari, nonché le conoscenza per il consumatore delle indicazioni della provenienza geográfica (PERROTTA, 2016, p. 25).

De acordo com os estudos de Scoccini & Associati, o desenvolvimento particular, dando competência/autonomia ao direito alimentar italiano, é de grande relevância, tendo em vista que passou a ser visto como uma nova expressão no campo jurídico, porque disciplina a produção, a comercialização, o uso dos produtos

---

[7]. SPOPOLAMENTO: *Fenomeno di riduzione progressiva della popolazione residente in dei centri rurali. Fenômeno de redução progressiva da população residente nas áreas rurais. Tradução nossa.*

[8] A legislação, que a partir de meados do século XIX marcou o material que está sendo examinado, em vez da proteção dos consumidores, pareciam ser inspiradas pela necessidade de proteger os produtores e os produtos alimentares, cujo objetivo era o de regular as normas para a concorrência leal entre os fabricantes (tradução nossa).

alimentícios para consumo humano, melhorando a trajetória do alimento do campo para a mesa. Diz ainda que o Direito Alimentar (agroalimentar), ao adquirir seu próprio significado ou autonomia, separando-se da tradicional lei agrícola e, em relação à especificidade do produto (a comida) e do destinatário (o homem), passou a descrever outros princípios mais próximos das necessidades da sociedade moderna globalizada. Além disso, é um direito atual e interdisciplinar, porque leva em conta as áreas legais tradicionais (direito comercial, direito industrial, direito comunitário, direito administrativo internacional e direito penal) com as quais se inter-relaciona.

> Ha sviluppato una particolare competenza nel diritto agroalimentare, intendendosi con tale nuova espressione il settore giuridico che disciplina la produzione, la commercializzazione, l'uso dei prodotti alimentari per consumo umano: "Dai campi alla tavola". Il diritto agroalimentare ha acquisito così una sua autonoma rilevanza, separandosi dal tradizionale diritto agrario e, in relazione alla specificità del prodotto (il cibo) e del destinatario (l'uomo), ha acquisito autonomia di principi e di disciplina rispetto ai settori giuridici tradizionali (diritto commerciale, diritto industriale, diritto comunitario, diritto internazionale diritto amministrativo e diritto penale) con cui si interseca. [9]

Com a promulgação de regras voltadas diretamente ao alimento e que afetam as cadeias alimentares, acompanhando a trajetória desde a produção primária até a comercialização do produto final, é possível observar a demonstração de consensos. Segundo Perrotta (2016, p.8):

> Il settore del diritto alimentare, nonostante l'indubbia importanza della materia, risulta essere uno di quei settori in continua evoluzione. La continua evoluzione delle tecnologie che producono pesanti ripercussioni ai diversi settori legati alla produzione agroalimentare da sempre viene accompagnata da previsioni e regolamenti predisposti da parte dei singoli ordinamenti dando così vita ad un vero corpus normativo del diritto alimentare. L'emanazione di norme, che incidono sulle filiere agroalimentari, accompagnandone il percorso dalla produzione primaria sino alla sua commercializzazione del prodotto finale, non risulta essere una prerogativa solo dei tempi recenti.

O Direito Alimentar na Itália (ou na União Europeia) deu início com o progresso da legislação sobre o direito e comércio dos alimentos, sobretudo, após o término da Segunda Guerra Mundial (conflito que durou de 1939 a 1945, envolvendo a maioria das nações do mundo), onde se assistiram mortes, multiplicação de contrabando de alimentos, devastação dos campos agrícolas e, consequentemente, o avanço da fome. Assim, se atualmente encontramos destacados os avanços para uma legislação específica para o Direito Alimentar, como no caso italiano, as suas origens reais foram influenciadas por diversos fatores, como a necessidade de regulamentar a livre troca de bens em um mercado que estava começando a ser mais e mais internacional (global), no pós-Guerra. A partir desse acontecimento histórico, se hoje a área do Direito Alimentar é vista como de extrema relevância, ela também se caracterizou por um alto grau de fragmentação, clamando por um desenvolvimento particular à condução da legislação alimentar (PERROTTA, 2015-2016, p. 8).

[9] Disponível em: http://www.scoccinistudio.it/competenze.do?Diritto%20Alimentare&key=1479398607&dettagli=y. Acesso em 29 mar 2017.

Nessa seara, o Direito Alimentar passou a ser elaborado a partir do conjunto de regras sobre a produção, a distribuição, o comércio e o transporte, e o consumo de alimentos. Dentro destas áreas específicas, o legislador, tanto a nível nacional quanto supranacional, precisou legislar, sobretudo com atenção ao consumo humano de alimentos, visando à aplicação das limitações e dos controles voltados à segurança alimentar e consequentes proibições de utilização de substâncias específicas. As normas deveriam também tratar sobre os modos de armazenamento de produtos alimentares, rotulagem dos gêneros alimentícios, bem como o conhecimento para os consumidores de indicações de origem geográfica.

> Come si evince da quanto sopra esposto, il diritto alimentare risulta essere costituito da quell'insieme di norme atte a regolamentare quanto riguarda la produzione, la distribuzione e il commercio degli alimenti. All'interno di questi specifici settori il legislatore, sia quello nazionale che sovranazionale, si legifera sulla produzione del cibo, quale alimento umano, con l'applicazione dei limiti e dei controlli relativi alla sicurezza alimentare e conseguenti divieti di utilizzo di particolari sostanze. Sono normativizzate anche le modalità di trasporto e di conservazione dei prodotti alimentari, l'etichettatura delle sostanze alimentari, nonché le conoscenza per il consumatore delle indicazioni della provenienza geográfica (PERROTTA, 2016, p. 25).

No Brasil, o Direito Alimentar não é em específico uma disciplina autônoma (sintagma), ou um ramo do sistema do Direito. Todavia, sobre o alimento, a discussão passou a ser requisitada, principalmente, no âmbito normativo do código civil, como a Lei nº 5.478, de 25 de junho de 1968 (Pensão Alimentícia), que dispunha sobre a ação de alimentos e dava outras providências. No artigo 1º, dizia que: "A ação de alimentos é de rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade". Muito embora no Código Civil não se definia o significado de alimento, com o Novo Código Civil brasileiro (2015) a matéria passou à abordagem de seu conceito, quais as espécies decorrentes de classificações doutrinárias, arrolando suas peculiaridades, destacando-se a competência legal na obrigação de prestá-lo, a fim de que o indivíduo tenha vida e com dignidade.

1.1 A legislação brasileira sobre o Direito Humano à Alimentação Adequada

Na legislação brasileira, o alimento passou à imputação da universalidade, nos moldes do direito humano à alimentação adequada tal como contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cujo documento o Brasil é signatário. Por não ter a natureza jurídica de um tratado, a Declaração Universal foi posteriormente desenvolvida por meio de dois pactos, cujos efeitos são vinculantes para os Estados que os ratificaram: "Um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre os direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC). O direito à alimentação é um dos direitos do segundo tipo" (REY, FEBRER, 2014, p. 20). A definição sobre o direito humano à alimentação somente foi ampliada nos dispositivos do Direito Internacional, com o artigo 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comentário Geral nº 12 da ONU.

Merecem reconhecimento as ações direcionadas ao tratamento do consumo alimentar procedentes do Ministério do Meio Ambiente (MMA). Esse ministério desenvolve políticas públicas que orientam a produção e o consumo sustentáveis. Assim, a produção sustentável é a incorporação, ao longo de todo o ciclo de vida de bens e serviços, das melhores opções possíveis para minimizar custos ambientais e sociais. Já o consumo sustentável pode ser definido, segundo o Programa das

Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma), como o uso de bens e serviços que atendam às necessidades básicas, proporcionando melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, a geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo o ciclo de vida do produto ou do serviço, de modo que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações. O Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis é uma ação do MMA, que tem o objetivo de fomentar políticas, programas e ações que promovem a produção e o consumo sustentáveis no País. Está focado em seis áreas principais: Educação para o Consumo Sustentável; Varejo e Consumo Sustentável; Aumento da reciclagem; Compras Públicas Sustentáveis; Construções Sustentáveis e Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Esse último programa incentiva a incorporação de atitudes sustentáveis na rotina dos órgãos públicos do país.[10]

1.2 Direito Alimentar e os Tratados italianos

Na Itália, o Direito Alimentar tem sido sempre acompanhado de previsões e regulamentos elaborados pelas jurisdições específicas, como a criação do órgão regulador para o tratamento sobre os alimentos adequados, exponentes à qualidade do produto em comércio, a origem e a etiquetura geográfica (Reg. 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011 relativo ao fornecimento das informações sobre os alimentos aos consumidores).

Nos tratados italianos, a etiquetura de origem constitui-se como o primeiro instrumento através do qual se valoriza a qualidade-origem. A função identificativa tem dois objetivos: i) a diferenciação do produto: a marca distintiva serve como instrumento jurídico para transmitir qual o produtor, o grau de distinção do próprio produto no seu mercado; veicula aquelas informações que permitem o processo de diferenciação; ii) informação ao consumidor: trata-se de um objetivo complementar em respeito à primeira função, e, através desse meio, incorpora na marca ou selo distintivo do produto as características qualitativas e de outros gêneros, por exemplo, informando o preço relativo ao produto (total e da parte). A etiquetura serve ainda como "*sicurezza informativa*" (segurança informativa); é a adequada e completa comunicação ao consumidor quanto às características do alimento, sua modalidade, quantidade para consumação etc. "*sicurezza informativa, intesa come adeguata e completa comunicazione al consumatore in ordine alla caratteristiche dell'alimento e alle sue modalità o quantità di consumazione*"[11].

Na Comunidade Europeia, e por sua extensão na Itália, os principais instrumentos jurídicos mediante os quais vêm tutelando a legislação na ordem do Direito Alimentar dizem respeito ao DOP e IGP, porque orientam a legislação sobre a qualidade-território na Europa.

> No sistema europeu DOP – significa "denominazione d'origine protetta", e IGP - "indicazione geografica protetta", dos produtos agrícolas e alimentares; foram criados em 1992, com o objetivo de harmonizar e integrar as normas de tutela já existentes nos países da União Europeia. **Regolamento CEE n. 2081/92** istitutivo del sistema di protezione delle **denominazioni territoriali** (ora sostituito **Regolamento CEE 510/2006** senza modifiche delle

[10] O Departamento de Produção e Consumo Sustentáveis (DPCS), integrante da Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental - SAIC, propõe-se a construir este novo modelo com a sociedade brasileira, envolvendo todos os setores na promoção de padrões de produção e consumo mais sustentáveis. As ferramentas utilizadas serão o diálogo e a parceria, e as estratégias serão a implementação do Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS) e a realização de campanhas de conscientização do consumidor. Documento do Ministério do Meio Ambiente.

[11] Il Titolo I (Sicurezza dei Prodotti) della Parte IV del Codice (Sicurezza e qualità) non si applica ai prodotti alimentari di cui al Regolamento (CE) n. 178/2002. Sul Diritto Alimentare Nell'ordinamento Giuridico Italiano.

> definizioni che seguono) – Protezione delle Indicazioni Geografiche e delle Denominazioni d'Origine dei prodotti agricoli e alimentari – Articolo 2, comma. "Ai fini del presente Regolamento si intende per: a) **denominazione d'origine**: il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare – originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e – la cui qualità o le cui caratteristiche siano dovute essenzialmente o esclusivamente all'ambiente geografico comprensivo dei fattori naturali ed umani e la cui produzione, trasformazione ed elaborazione avvengano nell'area geografica delimitata; b) **indicazione geografica**: il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare – originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e – di cui una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica possa essere attribuita all'origine geografica e la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengano nell'area geografica determinata". Reg. CE n° 510/2006 Denominazione di Origine Protetta (DOP) ed Indicazioni Geografiche Protette (IGP); Reg. CE n° 509/2006 Specialità Tradizionali Garantite (STG) (BORGHI; COSTATO; RIZZOLI, 2011, p. 42) (grifos nossos).

Bem antes de essas regulamentações serem aprovadas pela Comunidade Europeia, a Itália já tinha legislações específicas para tratar da geogastronomia. De acordo com Alberto Capatti e Elio Nasuelli (2004, p. 58), no texto Geogastronomia cartacea, os produtos alimentares (pão, queijo, hortaliças, frutas, biscoitos) e o vinho, por constituírem a base alimentar passaram a receber o selo Denominazine d'Origine Controlatta – DOC do Ministério da Agricultura, para indicar a proveniência ou origem. O índice de localidade gastronômico (produtos, comida e vinho) tinha o objetivo não somente de indicar o local, mas de preservar a identidade cultural do produto, tendo em vista as imitações ou "cópias" que aconteciam no período do pós-guerra (1950-1956).

O sistema das indicações geográficas - IGP escolhido pela União Europeia promove a atividade produtiva e a economia local; protege o meio ambiente e este com o vínculo indissolúvel com o território de origem, exigindo a proteção dos ecossistemas e da biodiversidade. A certificação comunitária prevê também uma maior garantia para os consumidores, devido a um nível maior de rastreabilidade e segurança alimentar que outros produtos sem o selo de identificação não possibilitam. Outro instrumento é o STG: *Specialità Tradizionale Garantita*.

O STG (ou também Especialidades Tradicionais Garantidas) - não se refere à origem, mas tem o objetivo de reforçar a composição tradicional/cultural do produto ou de um método de produção tradicional. Essa medida administrativa e judicial visa combater a agrobiopirataria contra as imitações, usurpações e fraudes dos métodos das tradições locais. Nesse sentido, o uso das marcas passou a ser mais específico nos rótulos dos produtos com indicações DOP e IGP.

> Questa certificazione nasce con l'obiettivo di tutelare e definire alcune produzioni non legate al territorio, introducendo così il concetto di "specificità" di un prodotto alimentare, ovvero "l'elemento o l'insieme di elementi che distinguono nettamente un prodotto agricolo o alimentare da altri prodotti o alimenti analoghi appartenenti alla stessa categoria" (NARDI, 2014).

Na Itália, os produtos com DOP, IGP e STG são 266 (duzentos e sessenta e seis), e suas definições e destaques de excelência italiana são encontrados em vários órgãos públicos, como o sítio eletrônico do Ministério da Política Agrícola, Alimentar e Florestal. A Itália é o país europeu que tem o maior número de

excelência alimentar com certificação geográfica reconhecida pela União Europeia; o que significa a atenção com a qualidade, proteção cultural e valorização dos produtos alimentares, com diferencial, porque dispõe as informações aos consumidores de forma completa.

Exemplos de alimentos inscritos no Registro[12].

> 1. Basilico Genovese (ou manjericão) **D.O.P**. Ortofrutticoli e cereali. Reg. CE n. 1623 del 04.10.05 Reg. UE n. 611 del 12.07.10. GUCE L 259 del 05.10.05 GUUE L 178 del 13.07.10. Liguria Genova, Imperia, Savona.
> 2. Mozzarella **S.T.G.** Reg. CE n. 2527 del 25.11.98 GUCE L 319 del 26.11.98.
> Mozzarella di Bufala Campana **D.O.P**. Formaggi. Reg. CE n. 1107 del 12.06.96 Reg. CE n. 103 del 04.02.08. GUCE L 148 del 21.06.96 GUCE L 31 del 05.02.08. Campania, Lazio, Molise, Puglia Benevento, Caserta, Napoli, Salerno, Frosinone, Latina, Roma, Foggia, Isernia.
> 3. Pomodoro di Pachino **I.G.P**. Ortofrutticoli e cereali. Reg. CE n. 617 del 04.04.03 Reg. UE n. 675 del 15.07.13. GUCE gr 89 del 05.04.03 GUUE L 194 del 17.07.13. Sicilia Ragusa, Siracusa.
> Pomodoro S. Marzano dell'Agro Sarnese-Nocerino. **D.O.P**. Ortofrutticoli e cereali. Reg. CE n. 1263 del 01.07.96 Reg. UE n. 1164 del 09.12.10. GUCE L 163 del 02.07.96 GUUE L 326 del 10.12.10. Campania Salerno, Avellino, Napoli. Foto: iStockphoto.com (grifos nossos).

Essas regulamentações ilustram a importância de garantir a autenticidade dos alimentos. Todavia, as reflexões sobre os alimentos ou a comida não devem se fixar no problema da produção. O desafio de produzir alimentos adequados, nutritivos e combater a fome é a emergência do Direito Alimentar. Isso inclui o direito à água, à moradia, à energia, ao transporte e à educação, dentre outros direitos que se associam à alimentação para a dignidade humana. Ao se dizer que o alimento deve ser adequado, implica entender que ele esteja inserido no contexto e nas condições socioculturais, econômicas, climáticas e ecológicas que cada pessoa, grupo social, etnia vivem. Os programas de saúde pública com referimento ao Direito Alimentar começa com a produção e distribuição dos alimentos – objetos de atenção de grande número de governos, mas a nível geral, deve-se levar em conta a vigilância orgânica, a política agrícola sustentável e, sobretudo, a disponibilidade de alimentos a todos, sem distinção.

1.2.1 A etiqueta como Selo de Conformidade

No Brasil, a etiqueta é o Selo de Conformidade que serve aos produtos nos pontos de venda, evidencia o atendimento a requisitos de desempenho estabelecidos em normas e regulamentos técnicos. Segundo o Inmetro, dependendo do critério de desempenho avaliado, ela recebe nomes diferentes. Quando a principal informação é a eficiência energética do produto, por exemplo, ela se chama Etiqueta Nacional de Conservação de Energia, e classifica os produtos em faixas coloridas que variam da mais eficiente (A) para a menos eficiente (de C até G, dependendo do produto), além de fornecer outras informações relevantes

[12] "Elenco delle denominazioni italiane, iscritte nel Registro delle denominazioni di origine protette, delle indicazioni geografiche protette e delle specialità tradizionali garantite (Regolamento UE n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012) (aggiornato al 15 settembre 2014)". Disponível em: http://www.ilfattoalimentare.it/wp-content/uploads/2014/09/13__DOP__IGP_e_STG_Registrati_aggiornato_al_15_settem. Acesso em 25 abr 2017.

(como, por exemplo, o consumo de combustível dos veículos e a eficiência na lavagem e no uso da água em lavadoras de roupa). Cada linha de eletrodoméstico possui sua própria etiqueta, mudando de acordo com as características técnicas de cada produto[13]. Outro exemplo de etiquetura é o Selo Ruído, iniciativa coordenada em parceria com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), que informa aos consumidores o nível de ruído gerado pelo funcionamento de aparelhos como secadores de cabelo, liquidificadores e aspiradores de pó, permitindo diferenciar aqueles mais silenciosos.

Em se tratando dos alimentos, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é o órgão responsável pela regulação da rotulagem de alimentos que estabelece as informações que um rótulo deve conter, visando à garantia de qualidade do produto e à saúde do consumidor. O rótulo do alimento é uma forma de comunicação entre os produtos e os consumidores. Informa os ingredientes que compõem o produto. A leitura dessa informação é importante porque o consumidor pode identificar a presença de termos, como açúcar, sacarose, glicose, ou outros tipos de açúcar, como a dextrose. Temos aqui as informações denominadas de "lista de ingredientes" que devem conter na etiqueta. Deve conter ainda: origem, prazo de validade, conteúdo líquido, e outras informações que possam ser necessárias aos consumidores. Uma vez que a etiqueta ou rótulo visa a comunicação entre o fornecedor e o consumidor, não deve apresentar palavras ou qualquer representação gráfica que possa tornar a informação falsa, ou que possa induzir o consumidor ao erro.

2 OUTROS DOCUMENTOS E INSTITUIÇÕES: A SEGURANÇA ALIMENTAR NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Para o tratamento sobre os alimentos, a produção, distribuição, consumo e segurança alimentar, encontramos vários tratados, códigos internacionais e a criação de organizações específicas que servem aos assuntos. Dentre eles, a nível internacional se criou o *Codex Alimentarius*, que, traduzido literalmente do latim, significa "código alimentar". Entende-se *Codex Alimentarius* como um programa conjunto da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (*FAO*, na sigla em inglês. *Food and Agriculture Organization*) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), criado em 1962. Compreende uma série de normas gerais e específicas relativas à segurança alimentar e foi formulado com o objetivo de proteger a saúde dos consumidores e garantir práticas equitativas no comércio dos produtos alimentícios.

Os principais objetivos do *CodexAlimentarius* é o estabelecimento das normas internacionais na área de alimentos, incluindo padrões, diretrizes e guias sobre Boas Práticas e de Avaliação de Segurança e Eficácia alimentar, a proteção à saúde dos consumidores e as garantias práticas leais de comércio entre os países. "Atualmente, participam do *Codex Alimentarius* 187 países membros e a União Europeia, além de 238 observadores (57 organizações intergovernamentais, 165 organizações não governamentais e 16 organizações das Nações Unidas)" (ANVISA, 2016). Apesar de os documentos do *Codex Alimentarius*[14] serem de aplicação voluntária pelos países membros, eles são utilizados em muitos casos como

[13] Programa Brasileiro de Etiquetagem. Disponível em: http://www2.inmetro.gov.br/pbe/a_etiq. Acesso em 02 abr 2017.

[14] O programa *Codex Alimentarius* é organizado em comitês horizontais (assunto gerais), comitês de produtos, forças tarefas intergovernamentais ad hoc, comitês coordenadores regionais. O *Codex* conta com a assessoria de órgãos subsidiários de especialistas organizados pela FAO e pela OMS, que podem ser comitês permanentes ou consultas *ad hoc*. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388701/Codex+Alimentarius/10d276cf-99d0-47c1-80a5-14de564aa6d3. Acesso em 05 maio 2017.

referências para a legislação nacional, com efeito vinculante ou semivinculante. A Resolução das Nações Unidas 39/248, de 1985, recomenda que os governos adotem, sempre que possível, as normas e diretrizes do *CodexAlimentarius*, ao formular políticas e planos nacionais relacionados aos alimentos.

Com o objetivo de atender ao *Codex Alimentarius*, a Itália criou em 13 de outubro de 1966 *La Commissione del Codex Alimentarius*, por meio do Decreto nº 1523. Os grupos de trabalho (ou subcomissões) que compunham o Comitê italiano foram modelados de acordo com os Comitês internacionais. Tais grupos foram constituídos por peritos qualificados que representavam as instituições públicas (em particular, Indústria e Comércio Exterior, ministérios da Saúde, da Agricultura e Florestas, do Instituto de Saúde, Instituto Nacional de Nutrição, Instituto de Comércio Exterior e Universidades), organizações privadas, representantes de produção e de consumo primário e industrial. A participação também foi aberta a outros especialistas, que, após deliberação dos Grupos de Trabalho foram convocados pelo Secretariado para promoverem soluções de acordo com as especificidades dos problemas levantados[15].

O *Codex Alimentarius* tornou-se ponto de referência mundial para os consumidores e produtores, organismos internacionais de controle e comércio de alimentos. “Sua influência estende-se a todos os continentes, e sua contribuição à proteção da saúde dos consumidores e à garantia de práticas equitativas no comércio de alimentos é incalculável” (Inmetro).

O Brasil é membro do *Codex Alimentarius* desde a década de 1970, e dentro da América Latina tem forte influência porque participa dos trabalhos referentes aos programas desenvolvidos junto à FAO-OMS. O Comitê *Codex Alimentarius* do Brasil (CCAB) também teve início na década de 1970, quando o País se tornou membro do Programa, havendo alguma participação nos trabalhos de instalação internacional. Mas, foi a partir de 1980 que se conseguiu uma articulação mais representativa do setor alimentício, com a criação do Comitê do CCAB, por meio das Resoluções 01/80 e 07/88 do Conmetro. O CCAB tem como principais finalidades a participação, em representação do País, nos Comitês internacionais do *Codex Alimentarius* e a defesa dos interesses nacionais, bem como a utilização das Normas *Codex* como referência para a elaboração e atualização da legislação e regulamentação nacional de alimentos.

A estrutura do CCAB brasileiro, visando representar todos os segmentos da área de alimentos, é composto por 13 membros de órgãos do governo, das indústrias e de órgãos de defesa do consumidor, a saber: Inmetro, Ministério das Relações Exteriores (MRE), Anvisa[16], Ministério do Meio Ambiente e Agricultura

[15] Ministero delle Politiche Agricole e Forestali. III Parte Il Codex Alimentariu in Italia. “Compiti del Comitato Nazionale Codex e dei Sottocomitati I compiti principali del Comitato Nazionale e dei Sottocomitati sono: 1. studiare ed esaminare i progetti di norme secondo il criterio di conseguire la protezione della salute e la lealtà nello svolgimento del commercio interno ed internazionale degli stessi prodotti; 2. curare la predisposizione delle istruzioni da osservarsi dalla delegazione italiana incaricata di partecipare ai lavori Codex; 3. rispondere per iscritto alle lettere circolari inviate dal Segretariato, formulando commenti sui testi normativi Codex”. Funções do Comité Nacional do Codex e subcomissões. As principais tarefas do comitê e subcomitês nacional são: 1. Estudar e examinar os projetos de regras no âmbito da política para alcançar a proteção da saúde e equidade na conduta do comércio interno e internacional dos mesmos produtos; 2. Tratar a preparação de instruções a serem observadas pela delegação italiana para participar no trabalho do Codex; 3. Responder por escrito às cartas circulares enviadas pela Secretaria, formulação de comentários sobre os textos do Codex. Tradução minha. Disponível em: http://www.otamolise.it/docs/normativa/normativa_alimentare/Codex%20Alimentar.pdf. Acesso em 08 mai 2017.

[16] Sigla que define Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Órgão público que tem como finalidade promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário

(MAA), Ministério da Ciência, Tecnologia, Informação e Comunicação (MCTIC), DPC, MDIC/Secex, Abia, Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), CNI, CNA, CNC e ABC[17]. Possui uma estrutura *Codex* de Grupos Técnicos para acompanhamento de cada Comitê que são coordenados pelos membros do CCAB e abertos à participação da sociedade. A Coordenação e a Secretaria Executiva do CCAB são exercidas pelo Inmetro, sendo o Ministério das Relações Exteriores o Ponto de Contato do Comitê Brasileiro com a Comissão do *Codex Alimentarius* (CAC).

Outras instituições surgiram para o tratamento das normativas relativas ao direito, consumo e produção alimentar. No período pós-Guerra, instituições mercantilistas dedicadas à cooperação social internacional criaram pelos Acordos de Bretton Woods o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Internacional do Comércio. Esta não se materializou e a saída para a regulação do comércio foi o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), com o objetivo central de intensificar o fluxo do comércio internacional por meio da eliminação de barreiras, consequentemente, a temática das barreiras não tarifárias passou a fazer parte das negociações. A partir da Rodada Kennedy, os legisladores do Gatt buscaram regulamentar o uso de novas barreiras, até que no fim do século XX uma organização intergovernamental foi estabelecida, visando ampliar o debate sobre as negociações e/ou regulamentações comerciais a nível internacional – a OMC (LAFAYETE, 2009, p. 172).

A Organização Mundial do Comércio - OMC é uma instituição internacional que atua na fiscalização e regulamentação do comércio mundial. Com sede em Genebra (Suíça), foi fundada em 1994, durante a Conferência de Marrakesh, e tem como funções regulamentar e fiscalizar o comércio mundial, resolver conflitos comerciais entre os países membros, gerenciar acordos comerciais tendo como parâmetro a globalização da economia, criar situações e momentos (rodadas) para que sejam firmados acordos comerciais internacionais, supervisionar o cumprimento de acordos comerciais entre os países membros. A OCM se fixa em torno da produção, conservação e comercialização dos alimentos e dos produtos agroalimentares, exponenciando como a tecnologia pode permitir, definir e conferir o direito alimentar de um modo mais preciso.

Em 1º de janeiro de 1995, por meio do Acordo de Marrakesh, a Organização Mundial do Comércio incorporou os acordos, princípios e disciplinas do Gatt. O conjunto de instrumentos legais que constituíram essa Organização era formado pelas normas do Gatt de 1947, mais os acréscimos que foram realizados ao longo de todas as Rodadas de Negociação, principalmente os resultados da Rodada Uruguai (1986-1994). Graças a essas adições no corpo jurídico do Acordo, especialistas internacionais criaram, após a Rodada Uruguai, o termo — "Gatt 1994" (BORGES, 2013, p. 67). Essa denominação incluiu os dispositivos do Acordo Geral de 1947, e todas as modificações introduzidas pelos termos dos instrumentos

---

da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Agência exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras.

[17]Desde sua criação, o CCAB já realizou mais de 295 Reuniões, com o objetivo principal de fazer um acompanhamento daqueles Comitês do Codex de maior interesse para o País. O Brasil é uma das nações da América Latina com maior tradição de participação nos trabalhos do *Codex Alimentarius.* Tal participação permitiu a sua indicação para ser o Coordenador do Comitê Regional do *Codex* para a América Latina e o Caribe, no período de 1991 a 1995, e em seguida ter sido eleito para ocupar um posto no Comitê Executivo da Comissão do *Codex Alimentarius* como Representante Geográfico para a América Latina e o Caribe, no período de 1995 a 2003. O Brasil presidiu, também, a Força-Tarefa de Sucos de Frutas, no período de julho de 1999 a julho de 2005, e teve como missão revisar todas as normas *Codex* para este produto. INMETRO. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/codex_ccab.asp. Acesso em 30 abr 2017.

legais que entraram em vigor no início de janeiro de 1995 (THORSTENSEN, 2001, p. 40).

Com relação ao interesse em específico, sobre o direito e a segurança alimentar, tem-se a criação do SPS (em inglês, *Sanitary and Phytosanitary Measures*, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias). O objetivo da SPS é permitir que os países membros adotem medidas protetoras à saúde humana contra os riscos produzidos por alimentos, bebidas e produtos agrícolas, e, ao mesmo tempo criem mecanismos que impeçam que essas medidas se transformem em barreiras desnecessárias ao comércio. No artigo 3º do SPS, recomenda que os países membros harmonizem suas legislações nacionais referentes à segurança dos alimentos com os padrões, diretrizes e recomendações de organizações internacionais, com a finalidade de facilitar o acesso ao comércio internacional.

Nessa perspectiva, embora as normas, diretrizes e recomendações adotadas pelo *Codex* não sejam vinculantes no contexto das legislações alimentares nacionais, "os membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) são incentivados a harmonizar suas legislações nacionais com as normas internacionais. Além disso, essas normas podem ser usadas como referências para a dissolução de controvérsias em disputas do comércio de alimentos".[18] Nos termos da Comunidade Econômica Europeia, sinalizam Ferrari e Izzo (2012, pp. 24-25).

> A livello sovranazionale, la creazione delle Comunità Economica Europea há avuto, sin dalle sue origini, lo scopo di creare uno spazio economico comune ove merci, servizi e persone potessero liberadamente circolare. L'armonizzazione delle regole in materia di produzione, presentazione e commercializzazione dei prodotti alimentari ha costituito uno dei primi ambiti com cui si è concretamente cercato di dare attuazione ad un progetto politico più ampio teso a creare il mercato unico. Progetto che si è avvalso non solo dele norma emanate del legislatore europeo, ma anche di interventi provenienti da istituzioni che si pongono al di fuori del circuito politico quali, in particolare, le corti comunitarie.[19]

O Pacto Internacional adotado pela Resolução nº 2.200A (XXI) da Assembleia Geral da ONU, de 16 de dezembro de 1966, traz no referido artigo 11, §1, o dever dos Estados membros do presente Pacto de reconhecer o "direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhora contínua de suas condições de vida" (REY, FEBRER, 2014, p. 4)[20]. No § 2,

---

[18] ANVISA. *Codex Alimentarius.* http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388701/Codex+Alimentarius/10d276cf-99d0-47c1-80a5-14de564aa6d3. Acesso em 05 mai 2017.

[19] Regole del cibo e ruolo della tecnologia. Società editrice il Mulino. Bologna, 2012, pp. 24-25.
Em termos de soberania, a CEE - Comunidade Econômica Europeia tinha, desde a sua criação, o propósito de criar um espaço econômico comum, onde bens, serviços e pessoas poderiam livremente circular. As regras de harmonização da CEE em matéria de produção, apresentação e comercialização de produtos alimentares eram uma das primeiras áreas com as quais os seus membros realmente tentaram implementar um projeto político mais amplo para criar esse mercado único. Projeto que tem usado não somente as regras europeias promulgadas pelo Legislativo, mas também as intervenções de instituições que surgem fora do circuito político, em particular, os tribunais comunitários (tradução minha).

[20] Esse texto faz parte dos estudos baseados no *Guia para legislar sobre o direito à alimentação* da FAO, elaborado por Dubravka Bojic Bultrini, sob a supervisão técnica de Margret Vidar e com a contribuição de Lidija Knuth. Contribuições significativas foram fornecidas por Isabella Rae. A adaptação ao formato "caderno de trabalho" foi realizada por

o direito ao alimento é mais específico, porque é reconhecido direito fundamental de toda pessoa para se proteger contra a fome, e, portanto, os Estados membros devem, para alcançar tal objetivo, melhorar os métodos produtivos, a conservação e distribuição de gêneros alimentícios "pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais" (REY, FEBRER, 2014, p. 6). O Pacto e a Resolução foram ratificados pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992. Para maior compreensão, apresentamos os instrumentos, conforme seguem:

> **Principais instrumentos vinculantes que contemplam o direito à alimentação:** Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) - Vários instrumentos regionais sobre direitos humanos.
> **Os instrumentos internacionais não vinculantes:** fornecem orientações e princípios e impõem obrigações morais aos Estados signatários, mas estes não estão juridicamente obrigados a cumprir estas disposições. Apesar disso, têm contribuído significativamente para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos. Eles revestem a forma de declarações, recomendações ou resoluções.
> **Principais instrumentos não vinculantes que contemplam o direito à alimentação:** Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e Desnutrição (1974); Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial (1996); Diretrizes Voluntárias em apoio à realização progressiva do direito à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar nacional (2004). (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO); Roma, 2014) (grifos nossos).

O direito humano à alimentação está consagrado no Pidesc com uma dupla vertente: o direito fundamental de estar ao abrigo da fome e o direito a uma alimentação adequada. Os Estados membros do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, deverão adotar individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos (REY, FEBRER, 2014, p. 20).Sobre os aspectos jurídicos constitucionais que cercam o tema, o direito ao alimento é "um direito humano fundamental, reconhecido na disposição jurídica internacional e em cerca de 100 (*cem*) Constituições do mundo, das quais 24 (*vinte e quatro*) protegem tal direito de modo direto" (BOTTIGHIERI, 2015, p. 1). Além do direito ao alimento, vale destacar as normas que regulam a segurança alimentar. Na Itália, por exemplo, o primeiro passo para a disposição em matéria do tema sobre a segurança alimentar (*sicurezza alimentare)* estava previsto no Decreto-Regio nº 2.248, de 20 de março de 1865 (Ferrari, Izzo, 2012, pp. 52-53), e se enquadrava no âmbito da higiene e saúde, dados os graves problemas de doenças enfrentados pela Europa. Essa primeira intervenção normativa veio seguida rapidamente de outra, colocada de modo mais amplo que tutelava a saúde pública em geral, com a

---

José María Medina Rey e María Teresa de Febrer (PROSALUS, Espanha). O objetivo dos três cadernos dedicados à legislação é fornecer informações práticas e orientação aos legisladores nacionais e aos indivíduos ou grupos interessados, visando criar ou reforçar o quadro jurídico e institucional do direito à alimentação, em conformidade com o Pidesc e com outros instrumentos relevantes do direito internacional dos direitos humanos. Cadernos de trabalho 1 sobre o direito à alimentação. Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura Roma.

Lei nº 5.849, de 22 de dezembro de 1888, "*Tutela dell'igiene e della sanità pubblica"*, e outros seguintes, como o Decreto-Regio nº 7.045, que especificou de modo mais claro os alimentos que passariam a ser revestidos de atenção, tendo em vista a procedência, a conduta comercial fraudulenta e o comprometimento com a qualidade.

O termo "Segurança Alimentar" também passou a ser utilizado após o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), em decorrência das terríveis experiências sofridas, principalmente pela Europa. Segundo Renato Maluf (2015, p. 37), a alimentação seria, assim, uma arma poderosa, "principalmente se aplicada por uma potência em um país que não tivesse a capacidade de produzir por conta própria e suficientemente seus alimentos". Desse modo, a Segurança Alimentar passou a adquirir um significado de segurança nacional para cada país, apontando para a necessidade de formação de estoques "estratégicos" de alimentos e fortalecendo a ideia de que a soberania de um país dependia de sua capacidade de auto-suprimento de alimentos.

No Brasil, - Segurança Alimentar e Nutricional - significa garantir, a todos, condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo, assim, para uma existência digna, em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana. Este é o conceito mais vigente de Segurança Alimentar no país e foi elaborado por ocasião da escritura do documento para a Cúpula Mundial de Alimentação realizada em 1996, organizada pela FAO. O documento brasileiro foi elaborado por representantes do governo e da sociedade civil. Nesse mesmo ano, nasceu na Itália o Comitê Internacional para a Soberania Alimentar (CISA), que agregou 52 organizações da sociedade civil, a fim de serem ouvidas as propostas e estratégias na cimeira internacional dedicada às políticas alimentares. No Comitê italiano participaram as associações de camponeses, as comissões dos pescadores, agricultores e de produtores rurais, bem como grupos envolvidos em atividades alimentícias e de cooperação internacional (CISA – Comitê Italiano pela Soberania Alimentar).

Dessa Cúpula Mundial originou-se a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e o Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação onde se estabeleceram as bases para diversas estratégias, de maneira a atingir um objetivo comum: segurança alimentar a nível individual, familiar, nacional, regional e mundial. De acordo com a Declaração de Roma[21], existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer às suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, a fim de levarem uma vida com qualidade e saúde. A este respeito é necessária uma ação orquestrada, em todos os níveis. Em atenção à Soberania Alimentar, estabelece o documento que cada país deverá adaptar uma estratégia, segundo os seus recursos e capacidades, para alcançar seus próprios objetivos e ao mesmo tempo cooperar, no plano regional e internacional, na organização de soluções coletivas dos problemas mundiais de segurança alimentar. Conta ainda com a defesa das instituições, sociedades e economias na coordenação dos esforços para compartilhar as responsabilidades.

No Brasil a Segurança Alimentar, nesses moldes, foi estabelecida através da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan), aprovada em 2006, e

[21] Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/FAO-Food-and-Agriculture-Organization-of-the-United-Nations-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Alimenta%C3%A7%C3%A3o-e-a-Agricultura/cupula-mundial-de-alimentacao-declaracao-de-roma-sobre-a-seguranca-alimentar-mundial-a-plano-de-acao-da-cupula-mundial-da-al.html. Acesso em 30 abr 2017.

está intimamente ligada à saúde da população, em que direciona as práticas capazes de combater a fome e a miséria. O artigo 3º da Lei Orgânica determina que a segurança alimentar adequada e/ou nutricional consiste, fundamentalmente, no direito de todos os indivíduos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e quantidades suficientes, sem o comprometimento com as outras necessidades básicas para a qualidade de vida. Tem ainda como base: “As práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que seja: ambiental, cultural e socialmente sustentáveis”. Observa-se que o artigo 3º da Losan traz em seu bojo aspectos correlacionados ao alimento, à cultura e à saúde alimentar, e é compreendida como um direito humano fundamental, porque representa combater a fome e a desnutrição; vincula a Segurança Alimentar à Soberania Alimentar, o reconhecimento do direito dos povos em determinar livremente o que vai produzir e consumir de alimentos.

Importante mencionar a diferença entre Segurança Alimentar e Soberania Alimentar, a fim de que os estudos e os modos de produção e de consumo dos alimentos sejam compreendidos. Soberania alimentar significa assegurar aos países o poder de decisão no que se refere à produção e ao consumo de alimentos suficientes à sua população, e este poder de decisão deve definir as políticas e estratégias orientando a uma produção sustentável com a comercialização e a distribuição de alimentos moldando às variações culturais locais. Ainda merece dizer que a Soberania Alimentar é um assunto importante, considerando as fronteiras alimentícias, os intercâmbios entre as comunidades científicas e industriais, os interesses materiais das comunidades tradicionais e dos países em desenvolvimento, os métodos tradicionais da agricultura familiar e suas capacidades de atuação em prol do equilíbrio natural e da cultura dos povos.

Com fulcro no art. 3º da Lei nº 11.346/2006, o Brasil criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, em atenção ao conceito de Segurança Alimentar como posto acima. O inciso III da referida lei enfatiza ainda que os grupos populacionais específicos e em situação de vulnerabilidade social terão uma promoção diferenciada no tocante à Segurança Alimentar.

3 ALIMENTO: DO CONCEITO AO CONSUMO

Alimento vem do latim *alere* – e significa “fazer crescer, alimentar”; o que serve para conservar a vida dos animais ou dos vegetais; o que serve para prolongar o fogo, a luz etc. Aquilo que se come ou que pode ser comido; comida. Serve ao corpo. Do latim *alimentum, cibus, cibaria*. Alimentar: *dar una persona a la otra lo necesario, para que pueda mantenerse; guardar, conservar, fomentar, beneficiar.*

A comida tem sua natureza caráter interdisciplinar; é necessária, dados o seu papel central e a sua função literalmente essencial em nossas vidas. A comida tem sido sempre a primeira e principal preocupação dos homens. Direta ou indiretamente, ela está relacionada com todos os aspectos e em todas as dimensões da experiência histórica. Com a economia, na escolha e na gestão dos produtos que se tornarão alimentos; na política, que dirige e governa essas escolhas; no âmbito social referente a solidariedade, ao mesmo tempo nas tensões que a contrastam; na filosofia e religião, que fornecem quadros de valores em torno dos quais imprimem pensamentos e ações; as formas artísticas que representam e expressam esses valores de maneira criativa. Tudo isso e muito mais, contribui para o que a alimentação vai definir na cultura de cada comunidade, de como cada indivíduo a utiliza e nas inferfaces deste com o mundo (MONTANARI, 2015, p. IX).

Na terminologia jurídica italiana, o termo comida não é utilizado, mas, em vez disso, o que se apresenta é o termo "alimento". Sobre esse aspecto é consenso geral, porque no Brasil as legislações pertinentes ao assunto também se utilizam do termo alimento. A doutrina evidencia a etimologia dessa palavra por caracterizar seu sentido mais amplo e/ou literal ao sentido destinado ao direito. Muito embora o direito à comida (*cibo*) ou direito à alimentação (*all'allimentazione*) serem termos empregados bem "antes" do desenvolvimento da área, significa que ambos não se contrapõem, apesar dos efeitos de sentidos que os dois termos – comida e alimento – possam ter etimológica ou juridicamente. Os dois conceitos são amplamente utilizados no léxico da lei de potência que representa o objeto – alimento –, isto é, qualidade dos alimentos e segurança alimentar, ter comida para ser saudável; têm implicações diretas com o Direito Alimentar que se manifesta aqui. O que significa dizer que os termos – alimento e comida – para o senso comum têm os mesmos significados. Todavia, no âmbito jurídico o termo alimento (alimentar, em todas as suas acepções) passou a ser mais empregado ao fomento da área do direito.

O significado de alimentação tem aspetos multidimensionais, haja vista que o – alimento – tem estreitas relações com outros direitos humanos, como, por exemplo: o direito à água, por fazer parte da dieta alimentar e para a produção e o cozimento dos alimentos; o direito de propriedade, em particular à propriedade da terra e a outros recursos produtivos aos alimentos; o direito à saúde, uma vez que a adequada utilização biológica dos alimentos é condicionada pelo estado de saúde da pessoa e pela possibilidade de acesso a cuidados básicos de saúde; e o direito ao trabalho e a uma remuneração justa que permita à pessoa satisfazer suas necessidades básicas, entre as quais, a alimentação.

Nesse contexto, a realidade italiana busca fazer o reconhecimento do Direito Alimentar, conceituando os partícipes inerentes à sua formulação, como: consumidor, produtor, comerciante de alimentos, segurança alimentar etc. Nesses termos, para o pretendido é válida a definição de consumidor. No Código do Consumidor italiano, consumidor é "… *la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*..."[22] Estende a definição quando trata sobre a diferenciação do consumidor de alimentos, no sentido de que sobre essa "*persona*" recai também a tutela normativa em matéria de segurança alimentar em razão do produto a ser consumido – o alimento.[23]

Ao consumidor de alimentos dispende a proteção correlata à segurança alimentar, concernentes ao processo de produção, conservação e o consumo dos alimentos, da utilização de mecanismos tecnológicos químicos, biológicos, toxicológicos, para esses fins; além das aplicações da segurança nutricional e comunicativa para informar ao consumidor sobre os alimentos.

A conceituação de consumidor, no Brasil, foi mais bem definida nos direitos básicos do consumidor, haja vista que na Constituição Federal brasileira se determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, mas não define quem seria esse sujeito de direitos. Para melhor compreender o seu significado, tomamos por extensão, o artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor: "Art. 6° - São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos

---

[22] "Pessoa física que tem fins exteriores a alguma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional." (Tradução minha.) *Sul Diritto Alimentare nell'ordinamento Giuridico Italiano. Centro Studi Diritto Alimentare. Italia.* Disponível em: http://www.centrostudidirittoalimentare.it/articoli/ARTICOLO%20DIRITTO%20ALIMENTARE%20E%20TUTELA%20DEL%20CONSUMATORE%201.pdf. Acesso em 03 mai 2017.

[23] "Pelas razões acima expostas para o consumidor de alimento, este encontra proteção regulamentar em relação à segurança alimentar tendo em vista que o produto alimento, conforme definido no Regulamento 178/2002, estar fora do sistema legal atualmente em vigor no Código do Consumidor italiano" (tradução minha).

provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem [...]". Portanto, nas relações jurídicas de consumo, devem ser observados esses direitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, devemos interpretá-los como sendo o mínimo de direitos que o consumidor possui nas relações jurídicas de consumo" (BRASIL, 2010).

Para esse alcance a tarefa incide em educar para alimentar-se corretamente, na tentativa de, por meio do consumo responsável dos alimentos, o mundo possa enfrentar as desigualdades sociais, como, por exemplo, a fome, a desnutrição, ou ainda problemas de saúde, como a obesidade, a anorexia, o diabetes, o colesterol e o câncer provocado por práticas alimentares inadequadas, dentre outros.

CONCLUSÕES

O alimento é um tema, por sua própria natureza, interdisciplinar. Ele é, necessariamente dadas a sua centralidade e a sua função, algo essencial para a vida. O alimento tem sido sempre a primeira e principal preocupação do ser humano, perpassa pela primeira fase que é o aleitamento materno até os regimes alimentares impostos pela sociedade. Direta ou indiretamente, é sentido em seus aspectos sinestésicos (visuais, gustativos, olfativos, táteis) e inteligíveis, como para a economia, porque se destina à preocupação com os modos produtivos e de consumo do alimento (mudança nos modos de vida, tecnologia etc.), mas também sobre a gestão econômica e da escassez dos recursos naturais, da globalização; para os governantes porque devem elaborar políticas orientadoras às questões sociais, de solidariedade, de políticas agroalimentares, de distribuição de alimentos; à medicina quando se trata das doenças relacionadas à alimentação ou à falta dela; à filosofia e à religião, que fornecem quadros de valores em torno dos quais importam e orientam o pensamento e as ações humanas; às formas artísticas, que representam as expressões daqueles valores de modo criativo. Pelo alimento ou modos de comer, pode se identificar a cultura de uma sociedade, comunidade, indivíduo e os modos como se utiliza o alimento para se inter-relacionar com o mundo. Por isso, os indivíduos reagem cada qual inspirados nos mais diversos sentimentos: medo, raiva, esperança, prudência, indiferença, preocupação etc. Os sentimentos advindos da sua individualidade agregam-se à dimensão coletiva de um corpo social a qual o singular pode influenciar a expectativa que regula o direito, que pode oferecer proteção, não intervenção, proibição de certa atividade; uns podem consentir a norma, incentiva-la e por aí vai. A força dos sentimentos e seu impacto sobre o jurídico, particularmente é intensa, principalmente, na área de legislação alimentar: ao homem a comida tem um significado antropológico profundo, social, cultural e, claro, emocional.

Quando um produto é comprado, preparado e se torna alimento para ser consumido, deixa de ser apenas um alimento e passa a ser um signo com elementos significantes os mais variados, carregado de significados. Em relação ao alimento, os significantes ganham uma nova dimensão quando este é fisicamente consumido, acionando uma imensidão de sinestesias.

Por que se alimenta? Por necessidade, é certo, mas não só. A necessidade junta-se ao prazer, por um mecanismo misterioso que acompanha a vida dos seres humanos, empurrando-os a desejar, porque o que nos faz sobreviver não é apenas a necessidade, mas o que nos dá prazer, o que nos agrada, sacia. Outra dimensão para o ato de comer é a busca pela saúde, que a antiga ciência médica, em todas as civilizações e tradições culturais, atribuiu como prioridade à manutenção do corpo. Por último, mas não menos importante, nós comemos para compartilhar,

comungar com o outro a comida que temos, fazemos, servimos; fazendo deste gesto tão primorosamente individual, um ato de socialização – uma vez que o homem, como Aristóteles apontou, é um "animal social". Nós convidamos um outro, não para simplesmente – comer e beber –, mas para comer, beber (se alimentar) e "estar junto" (não necessariamente um modo amigável). Aqui está outra referência extranutricional, que se remete à experiência de alimentar-se: o alimento se relaciona aos valores simbólicos, metafóricos, imaginários.

Hoje, a tradição, a cultura e os modos de se alimentar, de produzir os alimentos do passado e do presente constituem, no entanto, recursos cuja reinterpretação pode ajudar a (re)desenhar as soluções para o futuro do Direito Alimentar. Exemplos disso são os padrões alimentares característicos de diversos espaços geográficos com as denominações: DOC; DOP; IGP; e alguns sistemas de agricultura tradicionais protegidas com o STG, utilizando variedades de plantas e práticas produtivas adaptadas ao contexto local, ao contrário da moderna tentativa de transformar o meio agronômico para introduzir variedades de plantas mais produtivas, mas também, mais exigentes e dependentes de energia que podem trazer danos ao meio ambiente. Em muitos padrões alimentares e sistemas de produção tradicionais, adaptados ao contexto local, podemos conferir mananciais de práticas culturais, bem como variedades e genes localmente adaptados, que, reinterpretados pela ciência moderna, poderão ser usados como "peças" das novas tecnologias do futuro. Um fecundo diálogo entre o conhecimento científico, jurídico e os saberes tradicionais, em que o primeiro e o segundo contribuam para reinterpretar o terceiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANVISA. *Codex Alimentarius.* http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/388701/Codex+Alimentarius/10d276cf-99d0-47c1-80a5-14de564aa6d3. Acesso em 05 mai 2017.

BORGHI, Paolo; COSTATO, Luigi; RIZZOLI, Sebastiano. *Compendio di diritto alimentare*: Il mercato dei prodotti agricoli e agroalimentari - 8. Le DOP, le IGP e le STG. Pagine 216-230; CEDAM, 2011.

BORGHI, P. *Il progetto di codice di diritto alimentare*. Revista di diritto alimentare, 2007, pp. 20-23.

BORGES, Michelle da Silva. *Organização Mundial do Comércio e Codex Alimentarius:* A institucionalização da qualidade no mercado internacional de alimentos. Universidade Federal de Uberlândia. UFU. Instituto de Economia. 2013.

BOTTIGLIERI, Maria. *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*. Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna n. 11/2015, su www.forumcostituzionale.it.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lei 11.346/2006. LOSAN***.** Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional. Conceitos. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/cartilha-losan-portugues. Acesso em 15 fev 2016.

BRASIL. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - Inmetrohttp://www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/codex.asp. Acesso em 10 abr 2017.

BRASIL. *Código civil*. – 4. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

_____.*Código de proteção e defesa do consumidor*. Nova ed. rev. atual. e ampl. com o Decreto número 2.181 de 20 de março de 1997. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

CARBONE, Antonella; COLANGELO, Gennaro; MONTANARI, Paolo. *Sul Diritto Alimentare nell'ordinamento Giuridico Italiano.* Italia. 2015.

COSTATO L., BORGHI, Paolo; RIZZIOLI, Sebastiano. *Compendio di diritto alimentare*. CEDAM. Padova, Italia. 2013.

CRAVETTO, Enrico; GUALDONI, Flaminio; BIGNOTTI, Maurizio; FAVA, Andrea; POSSAGNO, Daniela. UTET. Grandi Opere. *Cultura del Cibo*. Piano dell'Opera: I – Sotira del cibo. Risorse, scambi, consumi. II – Geografia del cibo. Cucine del mondo; III – L'Italia del cibo; IV – Il cibo nelle arti e nella cultura. Lungo Dora Pietro Colletta, 67, Torino. Stampa Tecnostampa, Loreto. Printed in Italy, 2015.

DICIONÁRIO PRIBERAM da Língua Portuguesa em Linha, 2008-2013. https://www.priberam.pt/dlpo/alimento. Consultado em 03 mai 2017.

DICCIONARIO DE AUTORIDADES. *Biblioteca Románica Hispánica*. Madrid, 1990, p. 215

FERRARI, Matteo; IZZO, Umberto. *Diritto alimentare comparato***.** Regole del cibo e ruolo della tecnologia. Società editrice il Mulino. Bologna, 2012.

FRUCCI, Benedetta. *Breve storia del Codice Rocco*: dal fascismo alla Repubblica Italiana. Codice Penale. Disponível em: http://www.associazioneculturalezenit.org. Acesso em 07 mai 2017.

http://www.centrostudidirittoalimentare.it/articoli/ARTICOLO%20DIRITTO%20ALIMENTARE%20E%20TUTELA%20DEL%20CONSUMATORE%201.pdf. Acesso em 03 mai 2017.

http://www.lvia.it/italia/cisa-comitato-italiano-sovranit%C3%A0-alimentare. http://www.cisaonline.org/ Acesso em 02 mai 2017.

http://www.ilfattoalimentare.it/argomenti/sicurezza. Acesso em 9 mai 2017.

http://www.scoccinistudio.it/competenze.do?Diritto%20Alimentare&key=1479398607&dettagli=y. Acesso em 29 mar 2017.

ITÁLIA. *Decreto Presidencial* - D.P.R. de 26/03/1980, n° 327.

_____. *Lei n. 283***.** Intitulada "Alterações aos artigos 242, 243, 247, 250 e 262 das leis de saúde consolidadas, aprovadas pelo Decreto Real de 27 de Julho de 1934, n. 1265: Disciplina a higiene, produção e venda de alimentos e bebidas. Conforme Diário Oficial nº. 139 de 04 de junho de 1962.

_____*Regolamento (CEE) n. 2081/1992* - regione.sicilia.it; La riforma del Regolamento (CEE) 2081/92 sulla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine - agriregionieuropa.univpm.it.

LAFAYETE, Petter. *Direito Econômico*, 2009.

MALUF, Renato S. *Caderno Segurança Alimentar*. (CPDA/UFRRJ, Brasil). Francisco Menezes (IBASE, Brasil). Susana Bleil Marques (Partes 12-13); 2015.

MONTANARI, M. *Il cibo come cultura***.** Roma. Laterza, 2004.

PERROTTA, Roberta. *Tutela dell'ambiente e diritto alimentare*: politiche europee e governo locale. Profili comparati. Tesi di Dottorato. Corso di Dottorato di Ricerca In "Forme Dell'evoluzione Del Diritto" - Xxvii Ciclo. Università del Salento. Lecce. Italia. 2015-2016.

REY,

RIZZOLI S., *I principi generali del diritto alimentare nella legislazione e giurisprudenza comunitarie*. Aracne, 2008.

REY, José Maria Medina; FEBRER, Teresa de. *Guia para legislar sobre o direito à alimentação*. FAO. Contribuição: BULTRINI, Dubravka Bojic. Supervisão: VIDAR, Margret Vidar; KNUTH, Lidija Knuth; ERA, Isabella Rae. PROSALUS, Espanha. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - Roma, 2014.

RIZZOLI, S. *I principi generali del diritto alimentare nella legislazione e giurisprudenza comunitarie*, ARACNE, 2008, pp. 61-62.

THORSTENSEN,V. OMC- *Organização Mundial do Comércio*: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo, 2ª Ed. Aduaneiras, 2001.

TOMMASI, Sara. *Biodiversità' e Sicurezza Alimentare*. Università del Salento. Facoltà di Giurisprudenza. Tesi di Laurea. Diritto dei Consumatori e del Mercato. Laureanda: Maria Rosaria Cirillo. 2015-2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Direito de Família. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 147-162
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira

The conduct adjustment in acts of administrative improbity: anachronisms in prohibited transactions in brazilian law

Marcelo Dantas Rocha[1]
Margareth Vetis Zaganelli [2]
Universidade Federal Espíritu Santo (Brasil)

Sumário: 1. Introdução – 2. Evolução da compreensão da probidade e dos instrumentos de defesa – 3. O fiel da balança: interesse público – 4. A hermenêutica exigida pelo microssistema de combate à corrupção – 5. Acordo de leniência da Lei Anticorrupção: um avanço em direção ao consenso – 6. Efeitos irradiantes da colaboração premiada nos acordos de leniência – 7. Consensualismo – 8. A fundamental participação do Ministério Público – 9. Conclusão – 10. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda a possibilidade da celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade, face vedação legal. Para tanto, por meio de metodologia qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica e documental, analisa a evolução da noção da probidade e dos instrumentos de defesa e a formação do microssistema brasileiro de combate a corrupção, que requer interpretação sistemática. Nesse sentido, reflete sobre o conceito de interesse público, institutos despenalizadores e consensualismo. A complementariedade da Lei Anticorrupção brasileira com a de Improbidade obriga um cotejo sobre os acordos de leniência. Por fim, ressalta necessidade da participação do Ministério Público nos acordos. Objetiva-se demonstrar a possibilidade jurídica do consensualismo na improbidade, como instrumento de efetivação da justiça. Conclui pelo reconhecimento do microssistema de combate à corrupção, desvelando o anacronismo da vedação da transação, acordo ou conciliação na Lei de Improbidade. Revela também o papel fundamental do Ministério Público brasileiro nesses acordos.

Palavras-Chave: Ajustamento de conduta – Improbidade Administrativa – Possibilidade.

Abstract: This work bring into account the possibility of celebrating within the improbity ambit a compromisse on conduct adjustment, due to prohibited transactions. The exam of the probity notion and their defense instruments along with the progress of the brazilian anticorruption system requires systematic interpretation, leading to a qualitative metodology based on bibliographical and documental research. In this sense, it evaluates the public interest concept,

[1] Mestrando em Gestão Pública pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito. Servidor público federal. Assessor jurídico do Ministério Público Federal. Coordenador da Administração da Procuradoria da República em Colatina/ES. Tutor EaD do MPF e da Escola Superior do Ministério Público da União. E-mail: dantas@mpf.mp.br.

[2] Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna(UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES) e do Grupo de Pesquisa Direito e Ficção (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br.

decriminalization institutes and consensualism. The complementarity of the Brazilian Anticorruption (BAC) and Improbity Laws requires particular attention to leniency agreements wherein it is argued the need of Public Ministry involvement. It is also advocated that the juridical likelihood of consensualism and improbity overlapping poses as an instrument for effective justice. It concludes in favor of the anticorruption system recognition, unveiling the anachronism of prohibited transactions, agreement or conciliation under the Law of Improbity. It also reveals the fundamental role of the Public Ministry of Brazil in these agreements.

Keywords: Conduct adjustment - Administrative improbity - Possibility.

1. Introdução

> *A mente que se abre a uma nova ideia jamais voltará ao seu tamanho original.*
>
> *Albert Einstein*

O presente trabalho abordará a possibilidade da adoção de compromissos de ajustamento de conduta em fatos que tenham repercussão na seara da improbidade administrativa, face a vedação expressa encerrada na lei de regência.

A restrição, justificável no momento do seu nascedouro, revela-se anacrônica dentro do microssistema de combate à corrupção, oriundo da evolução da noção da probidade e dos instrumentos de defesa, que obriga ao hermeneuta/aplicador da lei a uma interpretação sistemática, visando a garantia efetiva dos direitos tutelados.

A revelação sem precedentes dos esquemas de corrupção, em todos os níveis da administração pública, promovida pela Operação Lava Jato, dá o tom da atualidade e importância do tema discutido, uma vez que o instrumento de resolução de conflitos aqui defendido é capaz de conferir, de forma célere, a efetividade de justiça almejada pela sociedade.

O estudo busca instar reflexões e críticas aos acadêmicos, e sobretudo aos profissionais do direito que de alguma forma estão em contato com demandas desse tipo na militância.

Para o trabalho, por meio de metodologia qualitativa, foi realizada pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos.

Considerando que os defensores da vedação se apoiam especialmente na indisponibilidade do interesse público, foi proposta uma leitura do conceito para uma compreensão sob uma ótica de conformação social.

Com relação ao microssistema de combate à corrupção, a formação diferida ao longo do tempo e o fato de ainda estar em construção são justificativas para as inconsistências que apresenta, exigindo do intérprete/aplicador da lei uma compreensão sistemática com a finalidade de atender aos objetivos máximos da justiça, enquanto se aguarda harmonização legislativa.

É dessa sistematização que o permissivo exsurgirá, especialmente da análise de institutos como Transação Penal, Colaboração Premiada, Acordo de Leniência e da sistemática consensual do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação.

Destaque será conferido à Lei Anticorrupção em vista do nítido caráter de complementariedade da Lei de Improbidade, fator especialmente desvelado pela malfada Medida Provisória nº 703/2015 e pelas intenções de projetos de lei que ainda tramitam no Congresso Nacional.

Os institutos transacionais penais servirão de argumento para alcançar a negociação na seara da improbidade, uma vez que, se a última razão assim o permite, seria um contrassenso não admitir nesta última.

Notas atinentes ao consensualismo servirão para mostrar a celeridade e eficácia desse meio de solução de conflito e para indicar que não deverá haver óbice no judiciário para homologar tais acordos e assim dar fim a eventual processo judicial em curso.

Por fim, o papel do Ministério Público, instituição republicana que recebeu elevadas responsabilidades constitucionais e legais, será evocado por todo o texto, concluindo ser sua participação essencial em acordos desse tipo.

2. Evolução da compreensão da probidade e dos instrumentos de defesa

A proibição imposta pelo §1º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa pode ser melhor compreendida com a análise do antecedente histórico-legislativo[3] e o período conturbado da sua nascença.

O término do período militar e a retomada do regime civil foram o substrato da previsão constitucional da defesa da probidade administrativa, regulamentada em um momento de profunda crise no País, que culminou no processo de impedimento do primeiro Presidente da República eleito a partir da ordem recentemente inaugurada.

Então, a vedação normativa atendia aos anseios daquele momento histórico, por um lado pretendendo moralizar a conduta dos agentes públicos e por outro visando resguardar de ingerências que porventura levassem à impunidade, motivada especialmente pela desconfiança na estabilidade das novas instituições públicas constituídas.

O entendimento pode ser extraído da exposição de motivos encaminhada ao Congresso Nacional:

> Com relação ao procedimento tendente a apurar os casos de enriquecimento ilícito, está ele disciplinado com a devida minúcia, não apenas para orientar os aplicadores de lei, como também para **garantir ao Estado a certeza de sua correta e criteriosa observância, sem margem a desmandos e arbitrariedade**[4] (grifo nosso).

Agora, o sentimento de outrora ganha novas dimensões nesse momento agudo da vida nacional, a operação denominada “Lava jato” desvelou um sistema de corrupção sem precedentes e trouxe à tona as relações espúrias entre agentes públicos e empresários, que contabilizou desvios bilionários dos cofres públicos.

A magnitude dos eventos levou ao homem comum discutir temas como “colaboração premiada” e “acordo de leniência” em meio aos assuntos do seu cotidiano, uma vez que pululam de todas as mídias informativas.

Pesquisa realizada pelo Portal da Indústria revela que a sociedade está preocupada com as questões atinentes à defesa do erário e da probidade administrativa[5] e o reclame que se propõe é qualificado pelo anseio da efetividade da justiça, a ponto de tomar iniciativa legislativa nesse sentido: Projeto de Lei 4.850/2016, conhecido como “As dez medidas contra a corrupção”[6].

Dentre as medidas, têm especial interesse para este trabalho aquelas que pretendem impor à Lei de Improbidade mudanças que lhe conferirão celeridade no trâmite e a possibilidade de o Ministério Público celebrar acordos na matéria (5ª medida).

---

[3] FAZZIO JÚRNIOR, Waldo. 20 anos da Lei 8.429/92. Disponível em: http://fazziojuridico.com.br/20-anos-da-lei-no-8-42992/. Acesso em 2 jul. 2017.

[4] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos da Lei nº 8.429/1992**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 3 jul. 2017.

[5] PORTAL DA INDÚSTRIA. **Para brasileiro, corrupção é o principal problema do país.** Disponível em: < http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/01/para-brasileiro-corrupcao-e-o-principal-problema-do-pais/ >. Acesso em 12 jul. 2017.

[6] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.850/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 3 jul. 2017.

O primeiro aspecto demonstra que o atual arcabouço jurídico é insuficiente para a pretendida defesa da probidade, uma vez que as varas e os tribunais são incapazes de fornecer resposta efetiva em vista do volume processual em que são obrigados a lidar, fora os aspectos políticos e sociológicos (justificativa à 5ª medida).

Ilustra bem a situação os dados do relatório Justiça em Números produzido pelo Conselho Nacional de Justiça que revelam que a *"capacidade produtiva anual [da primeira instância] é de apenas 27% da demanda"*[7].

O segundo, pretende conferir coerência ao sistema de defesa de probidade administrativa explicitando justamente o que se pretende demonstrar com esse trabalho, a possibilidade de acordo, que, inclusive, se apresenta como uma alternativa mais célere ao moroso processo judicial.

A iniciativa popular também revela o crescimento da confiança em algumas das instituições brasileiras, dentre elas o Ministério Público, diante dos evidentes avanços do *parquet* na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O nível de credibilidade que a população deposita no *parquet* reflete objetivamente no Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJBrasil, levantamento estatístico qualitativo realizado pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas[8].

Ora, o que se denota é um amadurecimento da compreensão do problema e dos meios de enfrenta-lo, seja por parte da população, seja por parte das instituições públicas, o que desafia o hermeneuta a apresentar uma solução coerente[9].

A magistrada Giovanna Mayer, atuante na 5ª Vara Federal de Curitiba, em decisão proferida no Ação de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, consignou o seguinte sobre o tema:

> O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a "transação, acordo ou conciliação" nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada[10].

Considerando a maturidade alcançada, o debate se volta à compreensão dos posicionamentos da doutrina e da jurisprudência que, em torno do interesse público, pendem entre o repúdio e a admissão da transação em atos de improbidade administrativa.

3. O fiel da balança: interesse público

A maior parte da doutrina e da jurisprudência defende que a vedação de transação, acordo ou conciliação em improbidade se funda na indisponibilidade dos direitos envolvidos, a *"indisponibilidade do interesse público"*[11].

---

[7] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao >. Acesso em 15 jul. 2017.

[8] **RELATÓRIO ICJ BRASIL**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em: 3 jul. 2017.

[9] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

[10] BRASIL. 5ª Vara Federal de Curitiba/PR. **Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa no 5006717-18.2015.4.04.7000/PR**. Juiz: Giovanna Mayer. Curitiba, 17 nov. 2015. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701447762353636660070000000001&evento=701447762353636660070000000001&key=3acb4ff1355c9eb6f936885562b18148abd909153affee7f76509f3959fadea8 >. Acesso em: 3 jul. 2017.

[11] LOBO FILHO, Fernando Rissoli; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade**

Entretanto, é notória a dificuldade de conformação do conceito de interesse público, questão mais evidente em uma *"sociedade complexa e pluralista"*, que acaba por tornar o conceito heterogêneo[12].

Como solução, Barroso[13] aponta para a *"razão pública"* de John Rawls como fator de conformação do interesse público, visando buscar ampla legitimidade na sociedade e afastando dos casuísmos ou da influência do poder de grupos hegemônicos em dado momento – pluralismo razoável.

Sem espaço para fazer uma análise acerca das técnicas legislativas e do grau de abertura da constituição, para a finalidade deste artigo, basta afirmar que a ordem jurídica é conformada diariamente na vivência e diálogos travados pela sociedade, conferindo materialidade aos princípios, preenchendo os conceitos jurídicos indeterminados e fornecendo subsídio para a interpretação da legislação[14].

Assim, fica evidenciado que os conceitos de "efetividade da justiça", "interesse público", "probidade administrativa" e tantos outros institutos jurídicos ganham novos contornos/dimensões com a evolução da sociedade[15].

Como exemplos concretos da evolução de institutos jurídicos nos últimos vinte anos, pode-se citar a instituição dos juizados especiais, *sursis* processual, transação penal, colaboração premiada, acordo de leniência, lei da mediação, lei da ficha limpa e a nova sistemática processual civil.

Algumas dessas alterações legislativas decorreram diretamente dos reclames das ruas, outras atenderam à pressão internacional, à síntese dos embates travados nos tribunais ou passaram a refletir as lições uníssonas de doutrinadores, mas todas têm em comum o fato de refletirem certo momento histórico/social.

O momento atual é de recrudescimento contra a improbidade e impunidade, que, olhando pelo retrovisor, é possível perceber nas leis recém promulgadas e, adiante, com base no momento sensível do País, denota-se no apoio às operações persecutórias dos infratores, no anseio manifesto pela extirpação desse mal na vida pátria e na iniciativa popular legislativa.

4. A hermenêutica exigida pelo microssistema de combate à corrupção

Intencional ou não, ante tantos diplomas normativos, o fato é que atualmente podemos afirmar que existe um sistema de *"tutela ética nas relações político-administrativas no Brasil"*[16], um microssistema de combate à corrupção, que ainda está se ampliando/em formação.

---

administrativa. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 27-33, ago. 2015.

[12] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daneil (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados**: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 1-22.

[13] BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daneil (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados**: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. vii-xvii.

[14] BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[15] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 1-48.

[16] FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

Tanto pela fragmentação dos textos normativos, o lapso temporal entre eles, as vicissitudes do processo político legislativo[17] e o fato de ainda estar em construção[18], natural que surjam "contradições" entre as vertentes mais tradicionais e inovadoras.

Daí a necessidade de buscar coerência dentro desse sistema que, por ora, deverá ser resolvido por intermédio de uma interpretação sistemática, enquanto se aguarda a harmonização legislativa[19], sob pena de frustração da defesa do próprio objeto jurídico resguardado. Nas palavras de Juarez Freitas[20], *"a interpretação jurídica há de ser sistemática, ou não merece o designativo de interpretação"*.

Obviamente se abre uma frente de batalha para discussões nesse terreno e as opiniões tenderão aos extremos do *"estrito"* ao *"liberal"*[21], mas a doutrina já vem conseguindo estabelecer algumas balizas – com certo número de adeptos – para o tema do ajustamento de conduta em atos de improbidade.

A noção de interesse público a nortear a defesa da probidade deve emergir do microssistema orientado à defesa da ética, devendo a legalidade estrita ceder lugar a uma que considere todo o plexo normativo, buscando a máxima concretização e coexistência dos valores projetados do sistema[22].

Por exemplo, Rita Tourinho, antes mesmo da positivação da não cumulação das sanções na Lei de Improbidade, em atenção ao princípio da proporcionalidade, reconhecia a figura do ato de improbidade de baixo potencial ofensivo, indicando condutas para as quais poderiam ser aplicados, por exemplo, apenas o ressarcimento e multa civil.

Vai adiante e assevera:

> [...] levando em consideração o baixo potencial ofensivo de alguns atos de improbidade **aliado aos princípios da economia processual e da eficiência**, **questionamos se não seria mais vantajoso para o interesse público a possibilidade de se firmarem compromissos de ajustamentos em sede de Inquérito Civil** a ter que propor uma Ação de Improbidade que se arrastaria por anos, com forte possibilidade de inocuidade das sanções aplicadas ao final da demanda[23] (grifo nosso).

Os defensores da indisponibilidade do interesse público não se confortam com esse posicionamento, similarmente àqueles que viram ferida de morte a indisponibilidade da ação penal ante a pueril transação penal, hoje vista com naturalidade.

Ora, se a última razão, em algumas hipóteses, cede espaço à transação, como vedá-la em outros ramos jurídicos sem causar certo descompasso. Nesse sentido, o Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos pondera:

> [...] nos casos de improbidade de pequeno potencial ofensivo, certamente os promotores se depararam com a mesma inquietação que deu origem a este estudo. Basta

---

[17] FREITAS, 2013, vide nota de rodapé nº 16 da p. 147.

[18] PINTO, José Guilherme Bernan Correa. **Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 49-56, dez. 2016.

[19] PINTO, op. cit., p. 53.

[20] FREITAS, loc. cit., p.157.

[21] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 209.

[22] FREITAS, 2013, p. 33-34.

[23] TOURINHO, Rita. **O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento**. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3821>. Acesso em: 18 maio 2017, p. 4.

> imaginar uma conduta que configurasse ao mesmo tempo o crime de advocacia administrativa e uma improbidade administrativa. **Para o crime (teoricamente algo mais grave) caberia a transação penal; para a improbidade a solução seria propor uma ação de improbidade**, e aguardar por longos anos uma sentença...[24] (grifo nosso)

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, evocando os *"princípios da proporcionalidade, da eficiência e da utilidade"* também reconhece a improbidade de menor potencial ofensivo e orienta que o *"combate à corrupção privilegiará os casos em que o prejuízo ao erário ou o enriquecimento ilícito, atualizado monetariamente, seja superior a vinte mil reais"*, excetuando situações em que se identifique *"significativa a princípios ou a bens de natureza imaterial"* (Orientação nº 3/5ª CCR)[25].

Entretanto, este artigo defende que o ajustamento de conduta poderá ser celebrado em leque mais ampliado de situações, não apenas naquelas que parte da doutrina reconhece como de baixo potencial ofensivo, uma vez que os princípios invocados se propagam além desse limite.

5. Acordo de leniência da Lei Anticorrupção: um avanço em direção ao consenso

É de se reconhecer que o acordo de leniência da Lei Anticorrupção é *"um avanço rumo à solução concertada e pacífica das controvérsias em âmbito administrativo"*[26].

> Na realidade, **após o advento da Lei 12.846/2013 - Lei Anticorrupção** - parece que **a possibilidade de se relativizar a vedação constada do art. 17, § 1.º, restou ainda mais clara**, dada a previsão dos acordos de leniência previstos nos arts. 16 e 17 que podem ser conferidos aos infratores do ato ilícito. Se até mesmo no campo penal existe essa margem de negociação, porque não poderia se firmar acordos sobre a mesma situação fática no âmbito cível?[27] (grifos nossos)

Isso porque a Lei Anticorrupção tem nítida noção de complementariedade com a Lei Improbidade Administrativa, podendo até mesmo ser chamada de *"lei de improbidade empresarial"*[28].

Pinto[29] destaca a grande similaridade dos atos que ambos diplomas repudiam, notando que a distinção diz respeito à identificação dos sujeitos ativos, em uma o agente público e noutra a pessoa jurídica.

Sua lição não termina aí, assinala que as pessoas jurídicas responderão tão somente pela novel legislação, posição sensivelmente diferente da proposta por

---

[24] SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em improbidade administrativa**. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens dosSantos.pdf. Acesso em 18 maio 2017, p. 4.

[25] ORIENTAÇÃO Nº 3/5ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2017.

[26] FERRAZ, 2014, p. 40.

[27] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Revista de Processo, vol. 256/2016, p. 371 – 409, Jun / 2016, p. 379.

[28] FERRAZ, op. cit., p. 34.

[29] PINTO, 2016.

Ferraz (2013) que orienta distinguir se os atos do empresário estão ou não correlacionados com agentes públicos para obter as regras de incidência.
A opção de Ferraz[30] tem justifica na previsão legislativa de exclusão mútua (inciso I do artigo 30 da Lei nº 12.846/2013), mas sua adoção reduziria muito o campo de aplicação da nova lei, uma vez que, na prática, dificilmente os atos relacionados ocorrem sem o envolvimento de algum agente público.
Daí a polêmica Medida Provisória 703/2015 ser elucidativa para a matéria, pois, em que pese ter sido extremamente criticada, tinha por objetivo conferir segurança jurídica aos celebrantes do acordo de leniência e deixar evidente seus reflexos na seara da improbidade, indicando expressamente o seu alcance.
A medida revogou tanto a exclusão do inciso I do artigo 30 da Lei nº 12.846/2013, quanto a vedação de transação, acordo ou conciliação prevista no §1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992, além de ter deixado expressa a impossibilidade de ajuizamento ou prosseguimento com as ações de improbidade relacionadas aos mesmos fatos.
Entretanto, vigorou por pouco tempo, de 21/12/2015 a 29/5/2016[31]; os novos dispositivos perderam sua eficácia e os revogados acabaram repristinados.
Na oportunidade, o ambiente político não era propício, a proposta era malvista por vários segmentos da sociedade, tudo isso no limiar do impedimento da então Presidente da República[32].
Agora, o Projeto de Lei nº 3.636/2015 pretende regular adequadamente a matéria deixando evidente o papel do Ministério Público, explicitando a incidência na seara da improbidade administrativa, resolvendo a exclusão mútua e revogando o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/ 1992.
A morosidade na equalização legislativa, porém, não tem o condão de paralisar o intérprete/aplicador da lei que, diante das vicissitudes da vida, necessita apresentar resposta eficaz.

6. Efeitos irradiantes da colaboração premiada nos acordos de leniência

Para a amplitude que se pretende dar neste trabalho, o socorro também virá do direto penal, valendo-se da colaboração premiada em raciocínio similar ao empregado para as improbidades de baixo potencial ofensivo.
Como poderia haver um acordo no âmbito penal no qual o colaborador pode até mesmo obter o perdão judicial por seus crimes e não reconhecer a possibilidade da celebração do ajustamento de conduta na improbidade pelos mesmos fatos? Como vedar o acesso do *parquet* aos acordos de leniência se cabe a ele a *opinio delict* e *opinio actio* das ações, respectivamente, penais e de improbidade – ainda que não exclusivamente?
A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já enfrentou a situação e na revisão do Inquérito Civil nº 1.30.001.001111/2014-42 cravou posicionamento:

> **Admite-se a celebração de acordos** pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, **que envolvam a atenuação de sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microssistema de combate à corrupção** e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, **sistema esse que já contempla a possibilidade de realização de**

[30] FERRAZ, op. cit.
[31] BRASIL. Congresso Nacional. **Ato declaratório do presidente da Mesa do Congresso Nacional Nº 27, 30 de maio de 2016**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/adc-027-mpv703.htm>. Acesso em: 28 jul. 2017.
[32] BRASIL. Senado Federal. **MP dos acordos de leniência perde a validade.** Disponível em: < http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade >. Acesso em 15 jul. 2017.

> **acordos de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Se os acordos podem ser celebrados em uma seara, devem poder sê-lo na outra**, conforme preconizam, inclusive as convenções internacionais de que o Brasil é signatário[33] (grifos nossos).

A hipótese analisada pelo colegiado dizia respeito a um acordo de leniência celebrado pelo MPF em conjunto com outros órgãos e entidades – no interesse da Petrobras – que teve reflexos na seara da improbidade administrativa, em benefício das empresas infratoras e de diversas pessoas físicas a elas ligadas.

Entretanto, no âmbito da Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal vem celebrando "acordos de leniência" de forma autônoma[34] situação que não tem previsão legislativa expressa, mas, encontra largo amparo no sistema de combate à corrupção.

Tais acordos, na maioria das vezes corolários da colaboração premiada, de forma alguma pretendem a supressão dos órgãos legitimados, até mesmo porque preveem como obrigação apenas a garantia de que o *parquet* encaminhará o termo celebrado às devidas instâncias e de que firmará – se não houver conflito – o futuro acordo de leniência por eles proposto. Encerram também cláusula de que não serão intentadas ações que tenham por base os fatos que são objeto do pacto, incluídas as de improbidade administrativa[35].

É evidente que os valores pactuados de forma isolada pelo Ministério Público podem ser reavaliados pela pessoa jurídica interessada, mas nunca ignorado ou rejeitado para adoção de medida diametralmente oposta[36].

Com relação a esse aspecto, o Magistrado Sérgio Fenando Moro, ao homologar acordo de leniência celebrado isoladamente pelo MPF com a o grupo Odebrecht, consignou:

> [...] o acordo de leniência inaugura um novo tempo para ele, o que **deve ser respeitado pelas partes, pelo Juízo e pelo Poder Público em geral, inclusive pelas demais entidades públicas habilitadas a celebrar acordos de leniência** pela Lei nº 12.846/2013.
>
> **Faço essas observações em vista da constatação das dificuldades práticas que outras empresas que celebraram acordos de leniência com o Ministério Público** no âmbito desta mesma investigação **têm, paradoxalmente, encontrado para a sua reabilitação**.
>
> Paradoxalmente, há quem prefira tratá-las de forma mais rigorosa do que anteriormente ao próprio acordo de leniência [...][37]

---

[33] BRASIL-o. Ministério Público Federal. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf >. Acesso em 9 jul. 2017.

[34] BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem.** Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem >. Acesso em 9 jul. 2017.

[35] ESTADÃO. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/07/ acordolenienciaaugusto.pdf >. Acesso em 9 Jul. 2017.

[36] MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, vol. 41, p. 93, Jan / 2006, p. 16-17.

[37] BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. **Petição no 5020175-34.2017.4.04.7000/PR**. Juiz: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 22 mai. 2017. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador 700003358766v25 e do código CRC ce64abb9. Acesso em: 9 jul. 2017.

Na prática, o reconhecimento dos acordos celebrados de forma isolada pelo MPF vem recebendo acolhida pelas entidades beneficiados, a exemplo da Petrobras[38].
Essa natural imbricação dos instrumentos leva à reflexão da necessária participação do Ministério Público nos acordos de leniência, que ganha um tópico exclusivo neste trabalho, mais adiante.

7. Consensualismo

Por ora, há um outro aspecto a ser analisado no trecho trasladado da decisão do Juiz Sérgio Moro, a menção de que o acordo "deve ser respeitado pelo juízo", que traz a lume a discussão sobre a possibilidade ou não da sua celebração depois de formada a relação processual da ação de improbidade, uma vez que alguns defendem a impossibilidade[39].
Quanto ao assunto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> 1. **Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o feito poderá ser extinto** (art. 17, § 11 da Lei 8.429/92). É **desnecessário e atentatório à Lógica do Razoável** - a que tanto estudou o filósofo LUIS RECASENS SICHES - que o Poder Judiciário pretenda submeter as partes ao desate de inúmeras e demoradas etapas recursais no feito de origem para que, no futuro, esta Corte Superior venha a apreciar questão que se encontra totalmente sacramentada em sua matéria de fundo com a efetivação de alvissareira solução amigável consubstanciada no TAC. Inteligência dos arts. 6o e 488 do CPC/15, que prestigiam a ideologia efetivista.
> [...]
> (AgRg no AREsp 780.833/MT, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 24/05/2016)[40] (grifos nossos).

No mesmo julgamento o voto do Ministro Relator deixa evidente não ser necessário se aprofundar no assunto porque *"é unânime entre os operadores do Direito, [...] que os meios democráticos de solução dos conflitos são muito mais eficientes do que um pronunciamento jurisdicional puro e simples"*.
O posicionamento é consoante a sistemática reconhecida pelo Código de Processo Civil/2015 – especialmente o consensualismo e a primazia da resolução do mérito – e da Lei de Mediação, que demonstram *"uma maior sensibilidade do legislador em flexibilizar o tratamento dos direitos transindividuais indisponíveis"*[41]com vistas a buscar acordos na matéria, plexo que autoriza até mesmo a defender a revogação tácita do §1° do artigo 17 da Lei n. 8.429/1992[42].

---

[38] BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. **Petrobras reconhece a autoridade de acordo de leniência firmado pelo MPF.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/petrobras-reconhece-a-autoridade-de-acordo-de-leniencia-firmado-pelo-mpf. Acesso e: 10 jul. 2017

[39] LOBO FILHO, GUADANHIN, 2015, p.32.

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial no 780.833 /MG**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 24 mai. 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=780833&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>. Acesso em: 100 jul. 2017.

[41] PINHO, VIDAL, 2016, p. 373.

[42] MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; ROSA, Lucas Faber de Almeida; CARVALHO, Felipe Fernandes de; BRANCO, Gustavo Teixeira Gonet. **O papel do Ministério Público na nova conformação dos acordos de leniência celebrados pelo Poder Executivo**. Jota, 20 jan. 2016. Disponível em: < https://jota.info/artigos/o-papel-do-ministerio-publico-na-

De fato, *"a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas"*, privilegiando o direito fundamental de acesso à justiça, compreendido como algo além do mero acesso ao judiciário, englobando, inclusive, o acesso ao Ministério Público *"como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais"*, que poderá levar esses acordos à homologação judicial (§1º do artigo 10 da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014).

> Parece-nos, todavia, que a homologação não seria um requisito de eficácia do ajuste, mas sim a via de se obter um título executivo judicial com eficácia erga omnes. Não obstante, negociar sobre o próprio direito transindividual demanda, em nosso sentir, a existência de instâncias de controle[43].

Questão que não pode ser deixada de lado no debate do consensualismo no âmbito público diz respeito à transparência e controle, daí a importância de um órgão como o Ministério Público fazer parte do acordo, seja como deflagrador do processo, seja como fiscal da ordem jurídica, relativamente àqueles fatos que tenham ou possam ter reflexos na seara da improbidade administrativa.

8. A fundamental participação do Ministério Público

Quando se discutiu a ampliação da abrangência dos acordos na seara da improbidade com fulcro no argumento, desvelou-se uma necessária imbricação entre os instrumentos, denotando que uma melhor medida de eficácia seria a participação de todos os atores interessados nos acordos.

Sem desprestígio aos órgãos de controle interno dos entes federativos, a participação do parquet é de fundamental importância em acordos tão complexos como o de leniência, pois, conforme analisado alhures, dificilmente os fatos por ele abarcados não terão reflexos na seara penal ou da improbidade.

Não foi por outro motivo que a proposta original do PLS 105/2015 era submeter os acordos de leniência celebrados por outros órgãos à homologação do Ministério Público, visando dar segurança jurídica aos celebrantes. Porém, durante a tramitação, o texto recebeu parecer substitutivo e a previsão foi retirada. O projeto foi encaminhado para a câmara e foi transformada no já estudado PLC 3.636/2015.

A justificativa é a mesma que permeia o presente estudo, a busca pela coerência dentro do sistema:

> No direito brasileiro, cabe ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública incondicionada, bem como a sua presença é obrigatória nas ações de improbidade administrativa, como parte ou custos legis. Por mais que se deva preservar a independência entre as esferas penal, cível e administrativa, o fato é que **essa independência não pode acarretar um anacronismo ou levar que o sistema constitucional entre em uma contradição** profunda no que diga respeito a provas e conclusões de processos administrativos e judiciais nos quais se discutam casos graves de corrupção e desvios de bilhões de reais. Dessa forma, **o nosso sistema anticorrupção atual recomenda que o Ministério Público seja incluído no protagonismo**

---

nova-conformacao-dos-acordos-de-leniencia-celebrados-pelo-poder-executivo-20012016 >. Acesso em 9 jul. 2017.

[43] PINHO, VIDAL, 2016, p. 381.

> **da celebração dos acordos de leniência** (Parecer do Relator, Senador Randolfe Rodrigues)[44] (grifos nossos).

Neste trabalho, quando se argumentou que os acordos celebrados sem a participação do Ministério Público não poderiam ser impostos aos entes não participantes, mas que também não poderiam ser ignorados completamente, o raciocínio inverso também é valido: sem o *parquet*, dificilmente se obstariam as ações penais e de improbidade.

Isso porque a complexidade das tramas da corrupção dificilmente seria compreendida fora do aparato das investigações criminais e do instrumental fornecido pelo direito penal, a exemplo do poder das colaborações premiadas, exclusivas ao Ministério Público.

Mesmo que se tenha certeza que os fatos não tangenciam a esfera penal, considerando as funções institucionais do Ministério Público – *"instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* (artigo 127 da CF/88) – sua participação atenderia melhor os reclames de transparência e democracia.

Nesse sentido, elucidativo o voto do Ministro do STF Celso de Mello na petição7070 QO/DF, que estava a discutir os limites da atuação do relator em colaborações premiadas:

> [...] não constitui demasia assinalar que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos temem um Ministério Público independente, pois o Ministério Público, longe de curvar-se aos desígnios dos detentores do poder – tanto do poder político quanto do poder econômico – , tem a superior percepção de que somente a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis da República revelam-se dignos de sua proteção institucional.
>
> [...] reconhecer que um Ministério Público independente e consciente de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, sem tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática, constitui a certeza e a garantia da intangibilidade dos direitos dos cidadãos, da ampliação do espaço das liberdades fundamentais e do prevalecimento da supremacia do interesse social, especialmente em um País como o nosso
>
> [...] eis o significativo encargo que se atribuiu a essa notável instituição da República, pois – insista-se – o Ministério Público representa o órgão especialmente incumbido, pela própria Constituição, de impedir que o abuso de poder [...][45].

Entretanto, apesar de o Ministério Público ter sua legitimidade amplamente reconhecida pela sociedade e pelas demais instituições, não poderá se abster de zelar por uma apuração mais ampla possível do dano causado, de convocar a participação dos demais colegitimados e explicitar de forma detalhada a fundamentação fática e jurídica para fins de controle popular.

---

[44] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 105/2015**. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120017>. Acesso em: 15 jul. 2017.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp? idConteudo= 348977 >. Acesso em 10 jul. 2017).

9. Conclusão

Como visto, a vedação de transação, acordo ou conciliação prevista no §1º do artigo 17 da Lei 8.429/1992, justificável no momento do seu nascedouro, revelou-se anacrônica dentro do microssistema de combate à corrupção, oriundo da evolução da noção da probidade e dos instrumentos de defesa.

A falta de alinhamento se deve à fragmentação dos textos normativos, o lapso temporal entre eles, as vicissitudes do processo político legislativo e o fato de o microssistema ainda estar em construção.

Daí a necessidade de buscar coerência dentro desse sistema que, por ora, deverá ser resolvido por intermédio de uma interpretação sistemática, enquanto se aguarda a harmonização legislativa.

É dessa sistematização que o permissivo exsurge, especialmente da análise de institutos despenalizadores, do acordo de leniência e da sistemática consensual do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação.

Em que pese as independências das esferas da civil, da improbidade e penal, as consequências dos atos dos infratores merecem tratamento coerente diante do sistema de combate à corrupção, sob pena de apresentar soluções pouco efetivas ou incapazes de atrair os celebrantes dos acordos – com inegável prejuízo para a sociedade –, ante a evidente insegurança jurídica.

É desse entrelaçamento de consequências jurídicas dos atos, que faz com que o Ministério Público – instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – deva sempre participar das transações que envolvam improbidade administrativa.

10. Referências

10 MEDIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daneil (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados**: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 1-22.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 1-48.

_____, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daneil (Org.). **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados**: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. vii-xvii.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. **Petição no 5020175-34.2017.4.04.7000/PR**. Juiz: Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 22 mai. 2017. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php, mediante o preenchimento do código verificador 700003358766v25 e do código CRC ce64abb9. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. 5ª Vara Federal de Curitiba/PR. **Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa no 5006717-18.2015.4.04.7000/PR**. Juiz: Giovanna

Mayer. Curitiba, 17 nov. 2015. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701447762353636660070000000001&evento=701447762353636660070000000001&key=3acb4ff1355c9eb6f936885562b18148abd909153affee7f76509f3959fadea8 >. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos da Lei nº 8.429/1992**. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.850/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.636/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055350&ord=1>. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Dados Estatísticos**. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao >. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014**. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 jan. 2015. Seção 1, p. 48-49. Disponível em: < http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf >. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 jul. de 2017.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm >. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm >. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm >. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm >. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015**. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm >. Acesso em: 3 jul. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf >. Acesso em 9 jul. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. **MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem.** Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem >. Acesso em 9 jul. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Paraná. **Petrobras reconhece a autoridade de acordo de leniência firmado pelo MPF.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/petrobras-reconhece-a-autoridade-de-acordo-de-leniencia-firmado-pelo-mpf. Acesso e: 10 jul. 2017

_____. Senado Federal. **MP dos acordos de leniência perde a validade.** Disponível em: < http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/31/mp-dos-acordos-de-leniencia-perde-a-validade >. Acesso em 15 jul. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 105/2015**. Disponível em: < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120017>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial no 780.833 /MG**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 24 mai. 2016. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=780833&b=ACOR&p=true&l=10&i=2 >. Acesso em: 100 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp? idConteudo= 348977 >. Acesso em 10 jul. 2017).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADÃO. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/07/ acordolenienciaaugusto.pdf >. Acesso em 9 Jul. 2017.

FAZZIO JÚRNIOR, Waldo. **20 anos da Lei 8.429/92**. Disponível em: http://fazziojuridico.com.br/20-anos-da-lei-no-8-42992/. Acesso em 2 jul. 2017.

FERRAZ, Luciano. **Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli; GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. **O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 27-33, ago. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, vol. 41, p. 93, Jan / 2006.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; ROSA, Lucas Faber de Almeida; CARVALHO, Felipe Fernandes de; BRANCO, Gustavo Teixeira Gonet. **O papel do Ministério Público na nova conformação dos acordos de leniência celebrados pelo Poder Executivo**. Jota, 20 jan. 2016. Disponível em: < https://jota.info/artigos/o-papel-do-ministerio-publico-na-nova-conformacao-dos-acordos-de-leniencia-celebrados-pelo-poder-executivo-20012016 >. Acesso em 9 jul. 2017.

ORIENTAÇÃO Nº 3/5ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-3_2017.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Revista de Processo, vol. 256/2016, p. 371 – 409, Jun / 2016.

PINTO, José Guilherme Bernan Correa. **Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 49-56, dez. 2016.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **Para brasileiro, corrupção é o principal problema do país.** Disponível em: < http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/01/para-brasileiro-corrupcao-e-o-principal-problema-do-pais/ >. Acesso em 12 jul. 2017.

RELATÓRIO ICJ BRASIL. Disponível em : < http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em: 3 jul. 2017.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em improbidade administrativa**. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens dosSantos.pdf. Acesso em 18 maio 2017.

TOURINHO, Rita. **O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento**. Fórum Administrativo Direito Público FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=3821>. Acesso em: 18 maio 2017.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 163-183
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Transparencia y «buena gobernanza» como valores reguladores de la actividad regulatoria privada

Transparency and «good governance» in the Global Administrative Law

Francisco García-Garrido [1]
Università degli studi di Trento (Italia)

Sumario: 1. Introducción. 2. Actividad regulatoria, actores no estatales y buena gobernanza. 3. ¿Pueden influenciar los principios de transparencia y buen gobierno del plano europeo-nacional al Global Adminsitrative Law? 4. La transparencia y la buena gobernanza global como dimensiones para un único paradigma jurídico (global). 5. Las relaciones de colaboración entre las organizaciones privadas globales como instrumento para calcular la cantidad y calidad de la transparencia y la buena gobernanza global. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumo: El avance de los diversos sistemas de gobernabilidad que se propugnan en la «arena global» apunta a una necesaria reordenación sistemática de las formas clásicas de actuación administrativa, y en consecuencia, a un intento por la democratización de la actividad administrativa en ámbitos tales como la regulación privada. La geología de problemas que se estratifican desde lo nacional hasta lo global se han convertido en una labor decisiva para los principales gobiernos de todo el mundo y, al mismo tiempo, para las organizaciones internacionales y actores sociales de nuevo orden que gobiernan los nuevos desafíos globales. El alumbramiento a nuevas categorías e instituciones privadas refuerza y amplía el valor de los principios de transparencia, buen gobierno y buena administración que han venido conformando la realidad jurídica de nuestro tiempo, a nivel nacional e internacional. Trataremos, además, de analizar cómo el fenómeno de la colaboración público-privada, e incluso la puramente privada, en la arena global, puede ser visto como una «unidad de medida» con la que calcular la cantidad y calidad de transparencia y buena gobernanza globales.

Palavras-Chave: transparencia; buena gobernanza; principios; regulación; global.

Abstract: The set of systems of the *Private Governance* advocated in the «global arena» point to a necessary systematic reordering of the classical forms of administrative action and, consequently, in order to democratize administrative activity in areas such as *Private Regulation.* The geology of problems straining from the national to the *global space* has become a decisive task for the major governments around the world and at the same time for the international organizations and social actors of new order that govern the new global challenges. The delivery to new categories and private institutions strengthens and expands the value of the transparency, good governance and good administration, as a principles that have been shaping the juridical reality of our time, nationally and internationally. We'll also try to analyze how the phenomenon of public-private, and even purely private, collaboration in the *global order* can be seen as a «barometer» with which to calculate the quantity and quality of transparency and good global governance.

---

[1] *Francisco Garcia-Garrido (Abogado y PhD en la Università degli studi di Trento – Italia), bajo la supervisión de la Universidad de Huelva e Internacional de Andalucía – España).*

Keywords: transparency; good governance; principles; regulation; global law.

1. Introducción

El avance de los diversos sistemas de gobernabilidad que se propugnan en la «arena global»[2] apunta a una necesaria reordenación sistemática de las formas clásicas de actuación administrativa, y en consecuencia, a un intento por la democratización de la actividad administrativa en ámbitos tales como la regulación privada.

En consecuencia, la geología de problemas que se estratifican desde lo nacional hasta lo global –como son el problema del cambio climático, la búsqueda de mejores prácticas de producción alimentaria e industrial, la estabilidad de los mercados financieros, la armonización de los requisitos técnicos para productos farmacéuticos de uso humano, así como el control extremo de las fronteras y la lucha contra el terrorismo–, se han convertido en una labor decisiva para los principales gobiernos de todo el mundo y, al mismo tiempo, para las organizaciones internacionales y actores sociales de nuevo orden que gobiernan los nuevos desafíos globales.

Ahora, nos encontramos en una época en la que el Estado vive acompañado de nuevos sujetos[3], en un complejo sistema donde todos ellos se aúnan –sin jerarquías ni modelos unitarios–, para controlar, influenciar y regular actividades de interés común. En este sentido, el Derecho Administrativo de nuestros días tiene nuevos enfoques y grandes debilidades que se superponen a las concepciones clásicas en las que se ha ido encerrando a lo largo de su historia. Estos surgen a colación de la imprevista oleada de cambios producidos por, (*i*) la expansión del Derecho Administrativo más allá del Estado (de un plano nacional a supranacional y global)[4]; (*ii*) la interconexión entre *lo público* y *lo privado*[5]; (*iii*) la necesidad de dar cobertura al nuevo conjunto de actividades regulatorias y servicios de interés general; y, (*iv*) la eclosión de nuevos actores sociales con personalidad jurídica privada o mixta con poder suficiente para decidir y actuar, y que interactúan desde cualquier plano (nacional o supranacional).

El alumbramiento a nuevas categorías e instituciones privadas refuerza y amplía el valor de los principios de transparencia, buen gobierno y buena administración que han venido conformando la realidad jurídica de nuestro tiempo, a nivel nacional e internacional.

De esta suerte, y en este incierto ambiente *para-normativo*, la transparencia y la «buena gobernanza global» se vuelven los pilares sobre los que descansa la

---

[2] CASSESE, S. *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006

[3] Me remito a mi trabajo a modo de introducción. *Vid.* GARCIA-GARRIDO, F. "La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades regulatorias: la evolución del Derecho Administrativo en el «espacio»". *Nuove Autonomie. Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXV – nº 2, mayo-agosto, 2016, pp. 269-288. Igualmente en, Id. "El procedimiento de toma de decisiones y las organizaciones regulatorias globales: nuevas formas de administración y poder". *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 2, nº 1, Universidade de Évora, UMPP – Unidade de Monitorização de Políticas Públicas, 2017, pp. 28-56.

[4] Me remito a la interesante y completísima obra en la que he tenido la ocasión de colaborar en la tarea de traducción. KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016.

[5] TRUTE, H.H. "Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht". Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann (Hrsg), *Offentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden – Baden, 1996.

legitimidad democrática de las organizaciones privadas[6]. La singularidad del paradigma regulatorio global se encuentra, tal y como veremos, en la naturaleza jurídica de los sujetos privados de alcance supranacional, en su comportamiento como reguladores privados y en las particularidades del *rule making process*[7]. Estos son, en esencia, los factores que determinan la singularidad de su estudio.

Ha de añadirse que, no siendo un tema exclusivo de la sociología o la filosofía –tal y como buena parte de la doctrina afirma–, nace para ser discutido desde cualquier otra ciencia, en particular la administrativa. La transparencia, como principio de derecho administrativo, en el ámbito de la *Private Governance*, también se convierte en el eje fundamental de toda actuación privada y, en particular, del «procedimiento privado»[8].

Además, las organizaciones privadas a las que nos referiremos, aun centradas en la tarea regulatoria y de dirección de ciertos sectores de interés común, poseen sistemas diferentes cincelados en estructuras y modelos de gobierno muy distintos los unos de los otros[9], lo que nos llevará a analizar los diversos perfiles y dimensiones delineados por la incidencia de la transparencia y la buena gobernanza global en tales modelos de gobierno.

2. Actividad regulatoria, actores no estatales y buena gobernanza

En los últimos años, la regulación privada se ha convertido en el centro de todas las miradas cuando Estados y organizaciones internacionales ya no poseen los medios necesarios para hacer frente, en solitario, a los nuevos retos a los cuales se enfrenta la sociedad global, o directamente, ante «la reticencia de los Estados a

---

[6] *Cfr.* WEISS, T.G. "Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges". *Third World Quarterly*, Vol 21, nº 5, 2000, pp. 795–814.

[7] Un estudio comparado sobre los diversos sistemas regulatorios y su funcionamiento en el Derecho interno, particularmente en materia de procedimiento, puede verse en las obras que se citan a continuación. Sobre los nuevos modelos de regulación privada en el Derecho francés, *vid.* la obra de FRISON ROCHE, M.A. "Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation". *Presses de Sciences Pol.,* París, Dalloz, vol. 2, 2004. En el contexto inglés, *vid.* CRAIG, P. y RAWLINGS, R. (eds.), Oxford University Press, 2003, p. 107 ss. En el contexto italiano, *vid.* CASSESE, S. "Tendenze e problemi del diritto amministrativo". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 901, 2004, p. 909 y ss., Id. La crisi dello stato, Bari, Laterza, 2002; y CAFAGGI, F. "Transnational private regulation: regulating global private regulators". *Research Handbook on Global Administrative Law*, S. Cassese (ed.), Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 214 y ss.; y en el contexto español, *vid.* BARNÉS, J. (ed.). "Sobre el Procedimiento Administrativo: evolución y perspectivas". *La transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 311 y ss. En relación con el Derecho norteamericano, *vid.* STEWART, R.B. "Administrative Law in the twenty-first century". *New York Law Review, vol. 78, nº 2*, 2003, pp. 437-460, y también FREEMAN, J. "Private parties, public functions and the new administrative law", Administrative Law Review, vol. 52, nº 3, 2000, pp. 813-858.

[8] Me remito a los importantísimos apuntes doctrinales que se realizan en la presente obra y al carácter regulatorio atribuido al principio de la transparencia. *Vid.* BARNÉS, J. "La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias". *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, García Macho, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 90 y ss. También en BARNÉS, J. (ed.) "Sobre el Procedimiento Administrativo: evolución y perspectivas". *La transformación del Procedimiento Administrativo,* Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 311; así como en Id. *Tres generaciones de procedimientos administrativos*. Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013.

[9] A diferencia de cuanto establecido en el *Iseal Alliance Code*. Remítase al documento. Iseal Alliance Code. (2014). Vers. 6.0, diciembre. Disponible en línea en [https://www.isealalliance.org/sites/default/files/ISEAL%20Standard%20Setting%20Code%20v6%20Dec%202014.pdf].

adoptar medidas costosas para la mitigación de los nuevos frentes globales, en particular, del cambio climático»[10]. En este sentido, el Estado entra en una constante en la que deja de ser, con acierto, el «protagonista absoluto de la escena jurídica»[11], aunque ello no implique una pérdida de relevancia en la actividad que estos actores privados llevan a cabo, convirtiéndose, pues, en co-partícipe de la actividad regulatoria junto a otros actores nacionales y supranacionales[12].

En cualquier caso, la regulación privada no es un fenómeno nuevo[13]. De hecho, parte de la doctrina considera que la regulación privada[14] ha de ser considerada como una estrategia ya conocida, y atribuye la novedad de estos nuevos sistemas regulatorios privados y de gobierno a varios factores, de entre los que se encuentra la necesidad de que las organizaciones privadas cooperen junto a los Estados y sus correspondientes administraciones en el diseño de estándares o normas técnicas relevantes en ciertos ámbitos de interés global[15].

No obstante, la singularidad del paradigma regulatorio global se encuentra, pues, en la naturaleza jurídica de los sujetos privados de alcance supranacional, en su comportamiento como reguladores privados y en las particularidades del *rule making process*[16]. Estos son, a nuestro modo de comprenderlo, por tanto, los factores que determinan la singularidad de su estudio.

A pesar de la complejidad por delimitar esta dimensión más expansiva de la actividad de regulación, y por lo tanto de dar cabida a la actividad regulatoria (privada), resulta aún más compleja, si cabe, la identificación de los fundamentos jurídicos del fenómeno, una cuestión que dependerá de la realidad regulatoria concreta, es decir, del sector y de los actores que se ocupan del ejercicio de tales actividades pero, sobre todo, dependerá del proceso regulatorio y de todos y cada uno de los principios y valores de Derecho Administrativo que sobre él versan.

---

[10] Hago particular hincapié en la interesantísima obra aquí citada relativa al estudio de las posibles derivaciones de la interconexión en el desarrollo de la acción jurídica internacional en materia de cambio climático. GILES-CARNERO. R. "El cambio climático como riesgo y amenaza para la seguridad: derivaciones en el desarrollo del régimen jurídico internacional en materia de clima". *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, IIº semestre, 2016, p. 318.

[11] CAPOGRASSI, G. "Saggio sullo Stato". Opere, Giuffrè, Milán, vol. 1, 1919, pp. 3-347.

[12] *Op. cit.* nota 7 y 8.

[13] En particular, Scott entiende que la regulación privada está lejos de ser nueva, y que «[a] *variety of private families and companies have exercised controls over particular states at various times since the inception of the nation state. More recently both firms and interest groups have exercised something»*. De acuerdo con esto, véase también Cafaggi, quien entiende que la regulación privada se propone como un esquema de gobierno *"on the rise"*. Para abundar más sobre la cuestión, *vid.* SCOTT, C. "*Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance"*, *New Directions in Regulatory Theory*. Journal of Law and Society, Vol. 29, nº 1, 2002, p.57; CAFAGGI, F. *Transnational private regulation: regulating global private regulators. Research Handbook on Global Administrative Law*, Cassese. S. (ed.), Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 214 y ss.

[14] *Vid.* más sobre la idea de regulación privada en el Derecho Administrativo Global en: BARNÉS, J. (ed.) "Nota introductoria del editor: El Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo nacional, dos dimensiones científicas hoy inseparables". KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 45.

[15] Según Cafaggi, la regulación privada opera, además, en otras áreas de regulación pública nacional que abarcan amplios sectores entre los que se encuentra la seguridad alimentaria, la tutela de la *privacy*, del ambiente, de los bienes culturales, de la regulación financiera, de las profesiones, la anticorrupción, la gobernanza de internet o la defensa y la vigilancia privada. *Vid.* CAFAGGI, F. "Gouvernance et responsabilité des regulateurs privés". *EUI Working Paper Law*, San Domenico, Firenze, 2005.

[16] *Op. cit.* nota 6.

El acceso a la información y la participación pública en la toma de decisiones, como corolarios de los principios de transparencia y buen gobierno o *good governance* son la «unidad de medida» con la que calcular la eficacia y la eficiencia de la actividad administrativa privada[17].

Al fenómeno de la regulación privada ha sido atribuido un enfoque meta-jurídico, y ejemplo de ello son algunos de los actores de naturaleza puramente privada que se presentan en el sector de la seguridad e inocuidad alimentaria como son la organización de las Buenas Prácticas Agrícolas *GLOBALG.A.P.* y la Iniciativa de seguridad alimentaria o Global Food Safety Iniciative del *Foro de Bienes de Consumo* o *Consumer Goods Forum* (*CGF*, por sus siglas en inglés); en el sector de la protección del ambiente y el cambio climático el renombrado Consejo de Administración Forestal o *Forest Stewardship Council* (*FSC*, por sus siglas en inglés); en el sector de la seguridad privada y del derecho internacional humanitario, la Asociación del Código de Conducta Internacional o *International Code of Conduct Association* (*ICoCA*, por sus siglas en inglés); en el sector de la lucha contra la corrupción global, la organización Transparencia Internacional o *Transparency International* (*TI*, por sus siglas en inglés); así como la relevancia que ha tenido en el sector de la gobernanza de internet, la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números o la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (*ICANN*, por sus siglas en inglés), junto a toda una miríada de organizaciones privadas que podrían analizarse por su singularidad.

En nuestros días, muchos de estos operadores sociales han pasado a ocupar un papel relevante en la disciplina de la regulación privada[18]. Hasta no hace mucho, el estudio de la intervención de actores sociales de carácter supranacional en la actividad regulatoria había supuesto una innovación habida cuenta de la falta de un poder público central a nivel global capaz de «gobernar la relación público-privada y de distribuir las funciones entre las diversas administraciones públicas y los ciudadanos»[19].

La intervención de éstos actores en ciertos sectores (es el caso del establecimiento de estándares destinados a fortalecer la sostenibilidad en beneficio del medio ambiente; la promoción de reglas técnicas que permitan una gestión y uso responsables de recursos hídricos y de energía eléctrica; o la extensión de buenas prácticas que definan –incluso a escala mundial– los procesos de obtención de productos agrícolas y ganaderos) ha coadyuvado, como poco, a una reordenación sistemática de las formas clásicas de actuación administrativa y, en consecuencia, a un intento por la democratización de la actividad administrativa, en nuestro caso, en el ámbito global.

La particularidad de estos sujetos u organizaciones privadas de carácter global –como ya ha sido expuesto– está en que cooperan a diversos niveles para la persecución de un «objetivo» que es «común» al «interés general». Algunos de ellos, organizados en función de la actividad que cumplen, de las decisiones que toman y del papel relevante que asumen en la «arena global», en ciertos casos –y

---

[17] CASSESE, S. La democrazia e i suoi limiti. Mondadori, Milán, 2017.

[18] *Vid.* al respecto, BARNÉS, J. "El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica". *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
Cfr. Op. cit. nota 14, y también, *vid.* MATTARELLA, B. G. "Le regolazioni private internazionali". Istituzioni, regole e mercato, Formez, Roma, 2008, pp. 401-411. Disponible en línea en Biblioteca Antonino de Stefano.

[19] *Íbidem*.

según se desprende de sus códigos de conducta–, tratan de «actuar con el mayor respeto posible al principio de apertura»[20].

No sin razón, ello ha contribuido no sólo a una expansión de la actividad administrativa hacia nuevos horizontes y retos globales sino que, por otro verso, ha contribuido a la multiplicación de diversos modelos de gobierno y administración de carácter privado en la esfera global. De esta manera, la transformación de los sistemas de producción normativa y la conformación de nuevos paradigmas regulatorios hace que –desde el plano formal–, se descubran conceptos distintos e instituciones que han mutado y evolucionado hacia una tercera generación[21].

Esencialmente, esa transformación o evolución en la que se inserta el Derecho Administrativo contemporáneo incluye la caracterización de ciertos principios *iuspublicistas* que se *materializan* en el contexto global. Básicamente, los principios de transparencia y buen gobierno o *good governance* no son grandes desconocidos para el *Global Administrative Law* sino que, contrariamente, estos se elaboran con el tejido del Derecho doméstico e internacional y sobre la base de las orientaciones y directrices contenidas en los *bylaws*, códigos éticos y de procedimiento privado de estos regímenes regulatorios globales[22], los cuales, según advierte Sforza, no poseen una «base lógica» sino más bien «espiritual o disciplinaria»[23] aunque, cuyo fin es el de entrar a regular la estructura, las relaciones de gobierno entre los diversos sujetos que conforman el cuadro organizativo y, consecuentemente, todo el procedimiento (privado).

La transparencia, en el ámbito de la *Private Governance*, también se convierte en el eje fundamental de toda actuación privada y, en particular, del procedimiento privado.

Tal es así que ciertas realidades regulatorias globales tratan de conducir toda su actividad mediante procedimientos abiertos y transparentes que permitan a

---

[20] *Vid.* la importante referencia que se hace sobre tales principios en el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*TFUE*, por sus siglas en español) en el que se establece que "A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura". Disponible en línea [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES]

[21] *Op. cit.* nota 7.

[22] Muchos de estos actores privados también proponen sus normas en el «espacio jurídico global». Tal es así, que asistimos a una continua reordenación y configuración de procesos decisorios que son muy distintos los unos de los otros. La multiculturalidad de los actores privados vienen reflejada también en su forma de adoptar decisiones (actividad regulatoria) y por lo tanto en la configuración de los diversos modelos regulatorios que en esta sede se examinan.
Por otro lado, diversas razones determinan la singularidad de estos nuevos modelos regulatorios privados, siendo la más notable de ellas aquella que tiene que ver con el *elemento subjetivo* de la disciplina, es decir, con el hecho de que el ejercicio de una actividad regulatoria quede en manos de actores de naturaleza puramente privada o mixta. Sobre este punto *vid.* CAFAGGI, F. "Un Diritto Privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi". *Saggi Politica del Diritto*, nº 2, 2004, p. 217. Otras de las razones características del fenómeno tiene que ver con la necesidad de suplir el déficit democrático que caracteriza a las organizaciones privadas que llevan a cabo actividades de interés general. Puede verse sobre este último punto, DELLA CANANEA, G. *Al di là dei confini statuali. Principi generali del Diritto Pubblico globale*, Il mulino, Bolonia, 2009, p. 31. Algunos autores sostienen, en cambio, que nada impide a que una determinada actividad de interés público pueda o deba, en su caso, «ser perseguida por sujetos y normas de Derecho Privado». A tal propósito, *vid.* D'ALBERTI, M. "Poteri regolatori tra pubblico e privato". *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2013, p. 607 y ss.

[23] SFORZA, W. C. Il diritto dei privati. Collana Civiltà del Diritto, F. Mercadante (dirigido por), Giuffrè, Milán, 1963, p. 50.

aquellos interesados en la organización y en sus actividades, atribuir una adecuada información, exponer sus decisiones políticas al exterior o abordar la toma de decisiones mediante debate o discusión pública. De hecho, los códigos de conducta y procedimiento de algunas de ellas incluyen la transparencia, la publicidad y, en definitiva, la buena gobernanza, como principios centrales y regulatorios de toda actuación administrativa privada.

Así, la organización que se encarga de la elaboración de las mejores prácticas agrícolas que se concretan en normas técnicas y estándares, la organización *GLOBALG.A.P.*, por ejemplo, tanto en su reciente política de consultación pública (denominada *Public Consultation*) como en los códigos de conducta de los diversos comités técnicos (los términos de referencia o *Terms of Reference, ToR* – por sus siglas en inglés) permite que ciertas categorías de interesados aporten comentarios y recomendaciones al borrador de una norma técnica o un reglamento en proceso de aprobación por parte de la organización[24]. No obstante, y siendo un proceso largo, sólo algunas de las etapas de dicho proceso son públicas, por ejemplo, durante las reuniones formales y foros destinados a la consulta pública de una norma en curso, o más concretamente durante el período abierto a la recepción de comentarios y recomendaciones al borrador de la norma[25].

Igualmente, siempre en materia de seguridad alimentaria, la ya mencionada iniciativa de seguridad alimentaria o *GFSI* del *CGF*, en su código de procedimiento establece que todo el arco procedimental sea transparente y esté abierto a «cualquier sujeto interesado», entendiendo por interesado a todas «aquellas organizaciones o individuos con un interés en el procedimiento o en la actividad de la organización»[26]: desde la publicación de los actos de aquellas reuniones (formales o informales) que se hubieran mantenido junto a otros actores sociales hasta la puesta a disposición y seguimiento de un proceso; así como, desde la publicación de un *report* anual con la actividad llevada a cabo por la organización hasta la publicación del proceso de elaboración de un borrador de norma o de cualquier actividad de tipo material.

En otras realidades de la *Private Governance* como son el Consejo de Administración Forestal o *FSC*, por ejemplo, la transparencia tiende a ser un principio enfocado a regular el comportamiento de la organización en la «esfera global». Aun tratándose de una asociación global dedicada a la elaboración de estándares y políticas que contienen las buenas prácticas que han de ser aplicadas en los bosques de todo el mundo, el *FSC* contiene una serie de principios con una fuerte capacidad aplicativa y direccional, impulsando la transparencia y la buena gobernanza global. La instrumentación de la que se sirve responde a un modelo impuesto por el código de procedimiento de la Asociación *Iseal Alliance*, encargada del establecimiento de buenas prácticas para aquellos sujetos que forman parte de la organización y que se ocupan de la protección medioambiental, la gestión

[24] Tan sólo para ciertas categorías de interesados porque, a diferencia de cuanto ocurre en otras realidades regulatorias, en *GLOBALG.A.P.*, por ejemplo, sólo participan minoristas y proveedores que se ocupan de la materia. En *C.G.F.*, por ejemplo, tanto durante la fase instructoria y por lo tanto en el proceso de consulta pública, como en fase decisoria, cualquier otro actor con un interés en la organización o en sus actividades estaría legitimado a participar en el procedimiento. En *FSC*, por ejemplo, sucede que en el procedimiento pueden participar tres categorías de interesados, esto es, de la parte ambiental, la social y la económica. Disponible en el centro de documentación en línea en [https://ic.fsc.org/en/document-center].

[25] Política de consulta pública disponible en [http://www.globalgap.org/es/what-we-do/globalg.a.p.-certification/public-consultation/index.html].

[26] *GFSI* Governance Model and Rules of Procedure. (2015). Art. V. GFSI Stakeholders. «The GFSI Stakeholders are any organisation or individual with an interest in the GFSI and its activities». p. 15.

sostenible de los recursos naturales, la pesca, la agricultura, la silvicultura, los biocombustibles, el textil y la minería[27].

Podría decirse que la transparencia, la publicidad y el buen gobierno, como principios de Derecho Público, constituyen un valor adicional y de garantía para toda actuación administrativa privada, y en particular, para el proceso privado. Especialmente, en el *Iseal Code of Good Practice* se incluye una política de transparencia con la que se configura «un sistema de consulta libre, previa e informada durante todo el procedimiento»[28].

3. ¿Pueden influenciar los principios de transparencia y buen gobierno del plano europeo-nacional al *Global Administrative Law*?

La configuración del *Global Law* y del Derecho de las organizaciones (privadas) –este último ya revelado por Ferrara[29]– sitúa al análisis de los principios de la transparencia, buen gobierno y buena gobernanza en el vértice del debate sobre la falta de legitimación democrática de que adolecen estos «actores no estatales».

La gran mayoría de modelos regulatorios privados se presentan, pues, como una suerte de regímenes voluntarios con una doble función. Por un lado, están destinados a la elaboración y promoción de «reglas» que, desde el plano informal, suelen contener disciplinas incluso más estrictas que aquellas promulgadas por los legisladores a nivel nacional e internacional[30], operando así en un contexto más bien fragmentado donde muchos de ellos han encontrado un cierto potencial junto la competencia de los distintos regímenes regulatorios que se localizan en su mismo nivel[31]. Por otro, ejercen actividades, a su vez, de carácter regulatorio y de tipo material, destinadas a dirigir, influenciar o condicionar un sector determinado, de forma directa o indirecta[32], por medio de la colaboración o cooperación tanto de otros actores privados como de gobiernos, organizaciones internacionales y de ciudadanos.

---

[27] Iseal Alliance [https://www.isealalliance.org]

[28] *Vid.* la cláusula 4.1 denominada standard-setting procedures del *Iseal Code of Good Practice* en el que se indica que "the standard-setting organisation follows transparent procedures that are improved over time". Así lo ha establecido también en su *Code of conduct* la organización *Equitable Origin* (*EO*, por sus siglas en inglés) en el E0100 standard.

[29] FERRARA, F. (1923). *Teorie delle persone giuridiche*. UTET, *Eugenio Marghieri, Torino,* p. 336.

[30] A nivel supranacional, Cafaggi entiende que estos regímenes de regulación privada "(…) are characterized by the significant presence of private actors (…)" los cuales "(…) includes schemes that emerge pursant to independent decisions of private actors and schemes issued under the political pressure of public actors and the media". Sobre la regulación privada transnacional (TPR, por sus siglas en inglés) *vid.* CAFAGGI, F. "Transnational private regulation: regulating global private regulators". *Research Handbook on Global Administrative Law*, S. Cassese (ed.), Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 212. En una línea similar, D'Alberti considera que los estándares elaborados por parte de sujetos privados ha comenzado a asumir relevancia pública y a veces se convierten en instrumentos de carácter prácticamente obligatorio. *Vid.* D'ALBERTI, M. "Poteri regolatori tra pubblico e privato". *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2013, p. 613.

[31] La existencia de diversos esquemas regulatorios propuestos en diferentes campos y a través de múltiples actores privados, ha permitido la potencial apertura –tanto a nivel nacional como en el «espacio jurídico global»– de una competencia donde es resulta especialmente interesante la identificación de las formas de organización y actuación de todos y cada uno de estos actores. En relación con las cuestiones de organización y de competencia regulatoria supranacional, véase MEIDINGER, E. "Competitive Supragovernmental Regulation: How Could It Be Democratic?" *Chicago Journal of International Law*, 2008, p. 513.

[32] *Op. cit.* nota 13.

El problema mayor se presenta no sólo en la consideración que deba darse a estos sistemas regulatorios sino, más bien, en la individualización de las funciones que llevan a cabo desde el plano transnacional por medio de la estrategia del procedimiento[33], ya que nos encontramos ante un panorama en el que todo aquello que afecta al interés general no sólo está en manos de la Administración[34], sino que se *externaliza*[35] o, simplemente, surge como una actividad propia del privado. Por lo tanto, la falta de un cuerpo central de normas o la heterogeneidad e indeterminación de aquellos principios que debieran circundar el paradigma de la *Private Governance* nos pone frente a la tarea de llevar a cabo un importante trabajo de interpretación en los diversos sectores en los que se concreta el ejercicio de actividades regulatorias, a saber: allí donde estos «cuerpos privados» actúan, organizan, disciplinan y regulan[36]. El problema mayor está, con todo acierto, en la difícil comprensibilidad de los mecanismos que tales redes trasnacionales emplean para influenciar el *decision-making process*[37].

El valor de la transparencia y de la buena gobernanza, en estos casos, presenta diversas dimensiones que han de ser analizadas con la lupa del Derecho Público. La insurgencia de estas nuevas formas de administrar más allá de las fronteras nacionales ha ampliado la tarea de exploración de la ciencia administrativa hacia nuevos terrenos. Se trata, por tanto, de una cuestión que ha de ser analizada en la geología de la ordenación jurídica, nacional e internacional.

En este orden de cosas, a nivel nacional, la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno se presentan como principios reguladores de toda actividad de relevancia pública aunque limitadamente a ciertos sujetos, particularmente a entidades de Derecho Público como son, principalmente, las autoridades administrativas independientes. No obstante, el carácter regulatorio de los principios de transparencia y las normas de buen gobierno, según se establece en la Ley de Transparencia española 19/2013, implica el respeto tanto por parte de los poderes públicos, como también de las organizaciones y asociaciones de partidos, así como de otras entidades privadas que perciban

---

[33] Es con la venida de los actuales regímenes regulatorios que descubrimos una tipología nueva de ejercicio de la actividad regulatoria (muy diferente de la clásica actividad de regulación). Téngase en cuenta que esto es así, en primer lugar, porque se han fijado *nuevos objetivos* y proyectado *nuevos sectores*; y, en segundo lugar, porque se han abierto *nuevos espacios*. Las tareas de interés general se han reproducido y desarrollado vertiginosamente, en práctica, allí donde el interés general se convierte en internacional o global, y por lo tanto, la regulación no es ya una tarea exclusiva de las administraciones nacionales sino, por el contrario, también de organismos supranacionales. Finalmente, puede además decirse que, han surgido *nuevos instrumentos* los cuales han reconfigurado los viejos instrumentos utilizados por la administración para el ejercicio de actividades regulatorias. Para abundar más, *vid. op. cit.* nota 7.

[34] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. "Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración". Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972. *Vid.* también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Fernández Rodríguez, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2004.

[35] El concepto de *"externalización"* posee aquí una amplia significación. En su más típica acepción, la administración en vez de desarrollar directamente su actividad, le resulta más conveniente atribuirla a terceros (que actúan en función instrumental de la propia administración) los cuales quedan separados de la administración. La externalización se lleva a cabo por medio de actos específicos, que asumen eventualmente una naturaleza normativa, autoritativa o contractual. *Vid.*, CASSESE, S. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2012.

[36] En esta misma línea: *op. cit.* nota 22.

[37] MARCHETTI, B. "Su Rule of Law e legalità globale". *En Quaderni Costituzionali*, a. XXXIII, n. 4, diciembre 2013, p. 1044.

subvenciones públicas[38]. En Italia, en el art. 1.1-ter de la Ley de procedimiento administrativo 241/1990, introducido con la Ley 15/2005 y modificado con la Ley anticorrupción 190/2012, establece que los sujetos privados que ejerzan actividades administrativas han de asegurar el respeto por los principios de economía, eficacia, imparcialidad, publicidad y transparencia, «con un nivel de garantía no inferior al que están obligadas las administraciones públicas»[39]. No hay que olvidar la importante labor del Estado garante como persecutor del interés general en un paradigma en el que la privatización y la constitución de autoridades independientes resulta ser la clave para mantener la prestación de servicios y el ejercicio de actividades de regulación en una situación de objetividad e independencia respecto de toda injerencia política[40].

A nivel supranacional, en el seno de la organización europea, el art. 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, por sus siglas en español, en adelante) establece que «a fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura», y que «cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos»[41]. En el campo europeo, de acuerdo con Mattarella, «las fronteras entre la normación y la administración han sido siempre inciertas, lo cual ha favorecido a la formación de principios generales»[42] como son, a nuestro propósito, los principios de participación, transparencia y buena administración, este último, como parámetro general y conductual con el que analizar el comportamiento de las instituciones europeas[43].

Llegados a este punto, y como es sabido, conviene recordar que tales principios, configurados, primariamente, en el seno de la organización europea han plantado sus raíces y generado efectos sobre el plano nacional[44]. Al mismo tiempo, han vertido su influencia sobre el plano global, fijando todo un acervo de valores e interpretaciones contenidas en instrumentos de *soft law*, como los *bylaw* y los códigos de conductas de aquellas organizaciones privadas que, a pesar de que su actividad se proyecta a nivel global, tienen sede en Europa, como es el caso de la *GLOBALG.A.P.* con sede en Berlín (Alemania) y el *FSC* con sede en Bonn (Alemania); el *Foro de Bienes de Consumo* con sede en París (Francia) al igual que el *International Council on Monuments and Sites* o Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (*ICOMOS*, por sus siglas en inglés).

---

[38] Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, pp. 97922 a 97952. Disponible en línea: [https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-12887].

[39] Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 192 del 18 agosto 1990. Disponible en línea: [http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1990/08/18/090G0294/sg].

[40] MARCHETTI, B. y DE LUCIA, L. (eds.) *L'amministrazione europea e le sue regole*. Il mulino, Bolonia, 2015.

[41] *Op. cit.* nota 19.

[42] SALTARI, L. "I piani d'azione e il regime dell'attività". *L'amministrazione europea e le sue regole*, Marchetti, B. y De Lucia, L. (eds.), Il mulino, Bolonia, 2015, p. 123. Para abundar más, sobre la cuestión *vid.,* MATTARELLA, B. G. (2013). "Procedimenti e atti amministrativi". *La costruzione del sistema amministrativo europeo,* Giuffrè, Milán, 2013, pp. 327-379.

[43] Sobre la cuestión hágase especial hincapié al interesante análisis jurisprudencial que se realiza en la obra aquí citada: SIMONATI, A. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, CEDAM, Milán, 2009. Para mayor abundamiento, remítase a la obra anteriormente citada y, en particular sobre el tema de la buena administración, *vid.* AZOULAI, L. "Le príncipe de bonne administration". *Traité de droit administratif européen*, éditions Bruylant, Bélgica, 2014, pp. 508 y ss.

[44] *Op. cit.* nota 39.

4. La transparencia y la buena gobernanza global como dimensiones para un único paradigma jurídico (global)

La concepción del buen gobierno y de la buena gobernanza se presentan ahora sobre dos planos diferenciados como consecuencia de la inexistencia de un poder público central a nivel global capaz de «gobernar la relación público-privada y de distribuir las funciones entre las diversas administraciones públicas y los ciudadanos»[45].

En nuestro caso, desde la visión global de la actuación administrativa privada, la buena gobernanza ejemplifica esa nueva idea del *buen hacer global* que se contrapone a la noción de *buena administración*, dos conceptos conflictivos, truncados por la compleja situación de «*dis-ordine* global con la que la dimensión mundial del derecho se manifiesta»[46].

A priori, y ante la paciencia con la que desfilan los principios de transparencia y buen gobierno o *buena gobernanza* a nivel nacional e internacional y global –como se ha podido justificar en el apartado precedente–, y sin intención alguna de conceptualizar términos que proliferan en un campo aún infranqueable, nos situamos frente a la duda de qué habrá de entenderse, en estos casos, por transparencia y buena gobernanza en la *Private Governance* y, más concretamente, de qué forma tales principios sustancian y regulan la conducta de las organizaciones privadas. La transparencia y la «buena gobernanza» han calado en el discurso de la mayor parte de las organizaciones internacionales y está presente en las principales agendas globales de actores no estatales.

El último informe de la organización *Transparency International* (TI, por sus siglas en inglés) que se ocupa –a escala universal–, de combatir la corrupción tanto desde abajo, esto es «desde dentro de los países como desde el plano de las relaciones económicas, comerciales y políticas internacionales», indica la importancia de la «transparencia, la integridad y la inclusión» como los «aspectos fundamentales para la efectividad y la legitimidad de la respuesta de la comunidad internacional»[47] frente a los nuevos propósitos globales, en particular, al cambio climático. El diálogo multilateral, las aportaciones que realizan los equipos técnicos en los procesos de elaboración de normas técnicas o estándares, la participación abierta y plural representativa de intereses individuales y difusos, así como el respeto por los Derechos Humanos –particularmente, de aquellas comunidades más desfavorecidas–, son las señales con las que se mide la cantidad y calidad de la transparencia y de la buena gobernanza global.

La Asociación del Código de Conducta Internacional o *International Code of Conduct Association* (*ICoCA*, por sus siglas en inglés), dedicada a la supervisión y la gobernanza del sector de la seguridad privada, establece en su código que la provisión responsable de servicios de seguridad privada, el respeto por los derechos humanos y el derecho nacional e internacional son los principales propósitos de la organización. En su código se prevén mecanismos de transparencia y buena gobernanza sobre el quehacer de la organización, a saber: la representación equitativa de la sociedad civil en el proceso decisorio, así como la intervención de gobiernos, investigadores y clientes no estatales, en base a cuanto establecido en el Documento de Montreux, código sobre el que se erigen las prácticas de actuación

[45] *Op. cit.* nota 18.
[46] PALOMBELLA, G. *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*. Il Mulino, Bolonia, 2012, p. 69.
[47] Transparency International. Informe Global de la Corrupción: Cambio climático. Versión española de 2011 por G. Haymes (Trad. Principal), G. Sweeney, R. Dobson, K. Despota y D. Zinnbauer (eds.). Earthscan: Reino Unido. Para abundar más sobre la organización Transparency International véase en línea [https://www.transparency.org/].

más idóneas que habrán de respetar los Estados y las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados[48].

Del mismo modo, la transparencia y la buena gobernanza pretenden ser los ejes centrales de la asociación que se ocupa de la protección de los bosques en todo el mundo, el renombrado Consejo de Administración Forestal, *FSC*. Los principios o criterios[49] fundamentales que se fijan en las líneas guía internacionales y en los informes corporativos de la organización para una gestión forestal responsable, así como en el último de los planes activos de la *FSC* –el Plan Estratégico Mundial 2015-2020–, incluyen el respeto por la transparencia y la participación como valores fundamentales sobre los que sostener y asegurar la dirección de la actuación regulatoria de la organización y, en consecuencia, con los que mitigar los «desafíos a los que se enfrentan tanto los bosques del mundo como los actores interesados del ámbito forestal»[50]. Este modelo de gobernanza, según la propia organización, trata de empoderar a actores y grupos de interés para crear soluciones perdurables, lo que conlleva a un refuerzo por parte de ésta en la búsqueda de políticas internas que propulsen la transparencia, la participación y la buena gobernanza global.

La transparencia y la buena gobernanza global son valores que se sustancian incluso en la actuación de organizaciones que se ocupan de otro tipo de sectores como el de la gobernanza de internet, en manos de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números o la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (*ICANN*, por sus siglas en inglés). El art. III del Estatuto de la sociedad establece que toda su actuación deba someterse al principio de la transparencia, de la participación y la independencia, como criterios con los que medir o comprobar la buena gobernanza del sector y, al mismo tiempo, servir de mecanismo de responsabilidad ante los ojos de la comunidad global[51].

El catálogo de organizaciones privadas globales y el reenvío al principio de la transparencia y la buena gobernanza no es exhaustivo.

Más allá del acervo de organizaciones que pretenden conducir sus actividades regulatorias a través de los caminos ya transitados por las administraciones nacionales –y, en su caso, europea–, la transparencia y la buena gobernanza no puede explicarse sin comprender el valor y la extensión de estos principios como reguladores de la actuación de las organizaciones privadas globales.

Transparencia y buena gobernanza no sólo han de ser traducidos como principios referidos a la capacidad de la administración doméstica o europea a

---

[48] Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privadas durante los conflictos armados. Consúltese en línea: [https://www.icrc.org/es/publication/documento-de-montreux-sobre-las-empresas-militares-y-de-seguridad-privadas].

[49] Para mayor abundamiento sobre los principios y criterios que aquí se tratan, *vid.* en línea: [https://es.fsc.org/es-es/certificacin/los-principios-y-criterios-del-fsc].

[50] En particular, véase el valor dictado por la estrategia global del *FSC 2015-2020* denominado “Empoderamiento de los actores” con la que el *FSC* asume la importancia de la promoción activa y la participación equitativa en la toma de decisiones y el empoderamiento de los trabajadores, los Pueblos Indígenas, las comunidades, los pequeños propietarios, las mujeres y demás grupos minoritarios. Disponible en [https://es.fsc.org/es-es/acerca-de-fsc/la-estrategia-global].

[51] Hágase un reenvío para su análisis sobre el fenómeno de la gobernanza de Internet en la completísima obra aquí citada: CAROTTI, B. *Il sistema di governo di Internet*. *Saggi di Diritto Amminstrativo*. Giuffrè, Milán, 2016. *Cfr.* en particular, CASSESE, S. *El Derecho Global y democracia más allá del Estado*. Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, pp. 109-122.

rendir cuentas ante la comunidad internacional. Señaladamente, la gobernanza, según apunta Goran Hyden, no se refiere única y exclusivamente a la actuación de gobiernos y organismos públicos sino también privados que desempeñan una actividad de interés común y persiguen un fin social[52]. Es por eso que, la transparencia y la buena gobernanza –siempre desde el orden global–, han de ser concebidas en su sentido más amplio, como el grado o la capacidad de la organización para exponer al exterior tanto sus operaciones como el *íter* de la actividad regulatoria, pero también como la capacidad de éstas de relacionarse en un contexto global junto a otras organizaciones y actores públicos y privados en la búsqueda compartida de soluciones (positivas) para el interés global.

A medio camino entre ambas determinaciones, la transparencia se inserta como un instrumento que mide la cantidad y calidad de la buena gobernanza privada, pero al mismo tiempo se convierte en un instrumento de autorregulación. En este sentido, la transparencia puede encontrar dos perfiles con significados afines sobre el comportamiento de la organización tanto desde dentro como desde fuera. Por una parte, la transparencia interna evalúa y controla, por ejemplo, la reciprocidad de las relaciones que mantienen los diversos grupos que conforman la organización (técnicos, *stakeholders* u observadores); por otra parte, la transparencia externa conlleva a la exportación de la actividad de la organización hacia el exterior, haciendo público el comportamiento de sus miembros y, en ocasiones, arriesgando su liderazgo y representatividad en la comunidad global con la publicación de las actas de aquellas reuniones informales que tienen lugar en sede privada.

La capacidad de legitimación con la que cuentan estos actores sociales se encuentra, además, en el análisis de las relaciones que mantienen con el resto de organizaciones privadas habida cuenta de que no existe relación alguna de verticalidad o jerarquía entre ellas. La buena gobernanza se calcula, por tanto, en función del nivel de transparencia y, en base a las políticas internas proclives a la *publificación* de la actividad de las organizaciones privadas regulatorias, por ejemplo, mediante procedimientos (privados) pensados en la «técnica del contradictorio», del diálogo y la discusión pública[53].

Tal y como veremos, en el sector de la protección del ambiente, de la seguridad e inocuidad alimentaria, o de la seguridad privada, se divisan comportamientos distintos que difícilmente pueden ser aunados en una realidad empírica unitaria.

5. Las relaciones de colaboración entre las organizaciones privadas globales como instrumento para calcular la cantidad y calidad de la transparencia y la buena gobernanza global

La falta de quietud de la ciencia administrativa[54] es una característica que le es inherente, de tal manera que parte de la doctrina considera la reforma de esta branquia del derecho como una rutina, es decir, una normalidad ya que en ella la estabilidad de una organización se consigue, paradójicamente, con el cambio o la adaptación y no con la invariación[55]. El Derecho de las organizaciones (privadas) y el proyecto del *Global Administrative Law* conservan

[52] HYDEN, G. "Governance and the study of politics". *Governance and Politics in Africa*, Hyden, G. y Bratton, M. (eds.), Boulder, CO, Lynne Rienner, 1992, pp 1– 26.
[53] En relación con la debida atención que debiera darse al fenómeno de las autoridades administrativas independientes, *vid.* TORCHIA, L. *Lezioni di Diritto Amministrativo progredito*. Il Mulino, 2ª ed., Bolonia, 2012, p. 151. En relación con la materia del procedimiento global, *vid. op. cit.* nota 3.
[54] *Cfr.* CASSESE, S. *Le basi del Diritto Amministrativo*. Einaudi Editore, Torino, 1989, pp. 175–180.
[55] BRUNSSON, N. "Reform als Routine". *Reform und Innovation*, G. Corsi y E. Esposito, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 2005, pp. 9 y ss.

esa parte experimental que atribuye al Derecho Administrativo contemporáneo el carácter original e innovador.

En los últimos años, en la mayor parte de los sistemas de producción normativa tradicionales, se ha producido una transferencia de poderes de regulación y de funciones de la esfera pública a la privada. Tal y como apunta Cafaggi, los nuevos modelos regulatorios van más allá del mero alcance nacional, pues comprenden «sistemas de coordinación o modelos de cooperación en vez de meras transferencias de poder»[56]. Es por eso que, más allá de la originalidad de estas nuevas formas de actuación administrativa privada conviene comprender que el Derecho Administrativo ha de buscar fórmulas que permitan el drenaje de esta nueva dimensión jurídica.

Tal y como ya ha sido expuesto, el intento de apertura de las organizaciones privadas hacia el exterior y la necesidad de hacer valer la cooperación y colaboración de sujetos interesados en los procesos de toma de decisiones, ha de ser revelado en un estudio analítico concreto relativo a organizaciones específicas y no, como sucede tendencialmente, con carácter genérico o vocación sociológica. Se trata, pues, de una materia que puede ser examinada bajo la lente de cualquier otra ciencia, pero, si pretendemos hacerlo desde la administrativa, ha de hacerse con actitud crítica, proponiendo hipótesis y siguiendo un mecanismo metodológico que nos lleve a conclusiones válidas para el desarrollo de este nuevo estrato de la geología jurídico-administrativa.

En la obra de Mario Bussani (Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regole globali), el autor reconoce que la sociedad de nuestro tiempo ha «interiorizado que el Derecho es una obra del Estado, un conjunto de reglas mediante las que una determinada comunidad se organiza a sí misma y establece sus propias relaciones internas y externas»[57]. En consonancia a ello, también admite que «hemos olvidado reconocer que esas comunidades pueden construirse siguiendo una arquitectura institucional muy diferente»[58].

Uno de los temas principales que nos lleva a considerar la relevancia del estudio de las organizaciones privadas es el comportamiento de estas nuevas generaciones o categorías de actores sociales en la realidad jurídica global. La traslación de poderes y funciones a nivel supranacional, empujada por los efectos de la globalización y la privatización, así como la búsqueda de sistemas y modelos de administración más efectivos y transparentes que impulsen la buena gobernanza privada, se vuelve el fundamento por el cual dar una mayor fiscalización y eficiencia a la promoción de la actividad regulatoria privada, pero sobre todo, para poner en cuestión la legitimidad democrática de estas estructuras y modelos de gobierno. Pero ¿de qué manera es posible? O mejor, ¿qué instrumentos se presentan como válidos en este análisis? ¿cómo será posible determinar la calidad y cantidad de transparencia de tales organizaciones en el orden global?

(i) En primer lugar, podría observarse que el principio de la participación pública, considerado también como principio de procedimiento privado, ya reflejado en la carta de naciones unidas con motivo de los procesos subsidiarios de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)[59], establece el grado de relevancia que posee para el interés público el nivel de

[56] CAFAGGI, F. "Un Diritto Privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi". *Saggi Politica del Diritto*, nº 2, 2004, p. 206.
[57] BUSSANI, M. "Diritti e Giuristi". *Il diritto dell'occidente. Geopolitica delle regoli globali*. Einaudi, Torino, 2010, pp. 6 y ss.
[58] *Íbidem*.
[59] Consúltense los principios de procedimiento de la Carta de Naciones Unidas. Disponible en línea [http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-x/index.html].

participación de la sociedad civil en el *decision-making process,* pero al mismo tiempo puede ser considerado, según el informe de *Transparency International*, como «un buen barómetro para medir los enfoques de la participación en diversos organismos multilaterales»[60], pero sobre todo como medida de transparencia.

La participación en el seno de tales organizaciones privadas se convierte, por lo tanto, en un principio rector de la actividad de la organización mediante el cual es posible desvelar esa nueva dimensión tanto direccional, de control y garantía como regulatoria que caracteriza al procedimiento privado[61]. Esta última faceta (regulatoria) propia del «procedimentalismo global» representa simultáneamente esas dos versiones inherentes de control y garantía, propias de la institución del procedimiento. Ha de admitirse que los principios de procedimiento privado, principalmente la participación y la transparencia, demuestran toda su amplitud y cabida, dejando al descubierto su dimensión más poliédrica de dirección y control, de garantía y regulación, en definitiva, su capacidad para compensar el «déficit democrático» que caracteriza a tales cuerpos sociales[62].

Tal es así que la organización privada haciendo partícipes a sujetos interesados, –según puntualiza Cassese en relación con las funciones de los interesados en el procedimiento administrativo doméstico– alcanzaría un triple objetivo de participación, de colaboración y de defensa[63]. Tal es así que, por ejemplo, los comentarios y recomendaciones que realizan los *stakeholders*, las asociaciones, los gobiernos y las organizaciones internacionales que participan en los procesos de aprobación de normas o durante el proceso de elaboración de actuaciones de tipo material –informes, estudios, memorias u otro tipo de mecanismos informales de decisión[64]–, de la *GFSI* del *CGF*, de *Transparency Internacional* o del Consejo de Administración Forestal *FSC*, representan, por añadidura, un valor adicional de garantía para el proceso privado, derivantes de la proyección de los principios de transparencia y participación[65]. En esta clave de lectura, el papel crucial de las nuevas formas de regulación privada y la especificidad de algunos sistemas como la *GFSI*, admiten que, de una parte, el principio de la participación se muestre como una forma de control, dirección y organización del cuadro estructural del actor privado; de otra, se concreta que la institución del procedimiento privado y, en particular, el principio de la participación se muestren como instrumentos de garantía y de válido reconocimiento de un gran número intereses en el procedimiento privado, en el que, especialmente, se incluye un amplio repertorio de derechos de nueva generación.

(ii) En segundo lugar, podría admitirse el valor que representa la colaboración público-privada. Se trata de una novedad crucial en el ámbito de la *Private Governance*, como ejemplo de colaboración entre la sociedad y la organización, de

---

[60] SWEENEY, G. "Sociedad civil y el proceso de cambio climático. ¿Cómo incide la participación como medida de transparencia?" *Informe Global de la corrupción. International Institute for Environment and Development y Transparency International*, 2011, pp. 101-104.

[61] *Op. cit.* nota 6.

[62] DE BELLIS, M. *La regolazione dei mercati finanziari.* Giuffrè, Milán, 2012, p. 243.

[63] CHITI, E. "La dimensione funzionale del procedimento". Aa. Vv. *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 211 y ss.

[64] CASSATELLA, A. "La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* – La regolazione globale dei mercati finanziari, Battini, S. (ed.), n. 3, Giuffrè, Milán, 2007, p. 145.

[65] *Vid*. el Convenio Aarhus de 1998 sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales. En él se determinó que "el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia debían ser las tres dimensiones claves en las que la política climática requería de la participación del público. Consulta disponible en línea en [http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=192460].

combinación entre lo privado y lo público, de propósito de *publificación* de la actividad privada, de exposición de la actividad regulatoria hacia el exterior, e incluso podría decirse de querencia a la contradicción, al diálogo, al ejercicio de una «actividad opositiva», de descripción de «posiciones antagonistas»[66].

En este sentido, la colaboración público-privada, e incluso la puramente privada, en la arena global, puede ser considerada como una «unidad de medida» con la que calcular la cantidad y calidad de transparencia y buena gobernanza global[67]. No es baladí tener en consideración las relaciones que mantienen entre ellas las organizaciones privadas junto a otras partes interesadas en la persecución de un interés global. O mejor, la disposición e interés de éstas en compartir la persecución de un interés común. A parte de estas cuestiones, es evidente que la predisposición de estos cuerpos privados por valorar los intereses de aquellos que habrán de participar –por ejemplo, en los procesos decisorios–, y la función que a éstos debiera corresponder en base al nivel de responsabilidad que se les atribuya[68] es puramente limitada.

Algunos de estos actores sociales, como es el caso de la *GFSI* del *CGF*, el Consejo de Administración Forestal (*FSC*) y la propia Asociación que se ocupa de las prácticas de seguridad privada (*ICoCA*) pretenden consolidarse en el orden global como organizaciones de la buena gobernanza, particularmente, con la aprobación de políticas internas de *Public Consultation* en las que se incluyen a gobiernos, técnicos y especialistas, *stakeholders* y, raramente, a organizaciones privadas que hubieran desarrollado normas, estándares o que se ocupen de actividades similares.

En especial, el Código *Iseal Alliance*, paraguas bajo el que se regula el Consejo de Administración Forestal, entiende la transparencia y la buena gobernanza, principalmente, como la capacidad de relación vertical y horizontal entre actores estatales y no estatales. Igualmente, la *GFSI* del *CGF* se autodefine en el art. II de su código de procedimiento como una plataforma internacional que «promueve la colaboración, el intercambio de conocimientos y de redes» de diversos sujetos interesados en materia de seguridad e inocuidad alimentaria[69], lo cual permite una mayor influencia externa en las actividades de ésta. Además, ello comporta una mayor exposición de la organización al exterior. Por ejemplo, los comentarios y recomendaciones que realizan los *stakeholders*, las asociaciones, los gobiernos y las organizaciones internacionales que participan en los procesos de la *GFSI* tienen carácter público y es posible acceder a su contenido a través de la web de la organización. Del mismo modo ocurre con las actas de las reuniones formales e informales que tienen lugar en el seno de la organización. Éstas tienen carácter público.

En definitiva, podría decirse que esta «apertura» de las organizaciones hacia el exterior es una evidente consecuencia de la presión que los grupos de *stakeholders* e interesados, asociaciones, empresas y minoristas, así como de gobiernos y organizaciones internacionales han venido ejerciendo en los últimos años. En cualquier caso se trata de un proceso de democratización, de *publificación* de la actividad de la organización y de «procedimentalización» –especialmente, en

---

[66] *Cfr.* VIRGA, G. *La partecipazione al procedimento amministrativo*. Giuffrè, Milán, 1998, p. 18.

[67] Hágase un importante y necesario reenvío sobre la cuestión, relevada por Cassese, que concibe la democracia como el "*metro di misura*" de los sistemas políticos actuales. *Vid. op. cit.* nota 16.

[68] *Op. cit*. nota 62.

[69] *GFSI* Governance Model and Rules of Procedure. Última versión 2015, p. 5. Disponible online en [http://www.mygfsi.com/files/Information_Kit/GFSI-Governance-Model.pdf].

aquellas que ejercen su influencia mediante actuaciones materiales o informales–[70], actualmente en fase primitiva, de gestación[71].

6. Conclusiones

Desde finales del siglo XX, en efecto, venimos siendo espectadores del intenso e inagotable intervencionismo privado en la esfera económica y social. La colaboración de entes privados en el ejercicio de funciones administrativas[72] ha contribuido, en consecuencia, a la revisión de las funciones del *Estado* como «aparato administrativo», y pasar de ser un *Estado prestador* a ser un *Estado garante de la prestación* en ciertos sectores de la economía[73].

Los nuevos retos a los que se enfrenta el Derecho Administrativo hacen de esta rama del Derecho Público, una ciencia que no puede quedar inmune al progreso social y jurídico de los últimos años. La transparencia, como valor regulatorio, pretende ser un criterio que contrarreste los casos de *maladministration* privada y propugne la buena gobernanza cuando las organizaciones privadas ejercen una «función regulatoria», entendida ésta como una tarea de dirección, de control y de regulación de un sector determinado.

El principio de la transparencia y, en nuestro caso, de la «buena gobernanza», como criterios de Derecho Público, han de manifestar su carácter poliédrico y su capacidad centralizadora –garantista–, en el ejercicio de actividades de tipo regulatorio, esencialmente, en el *decision-making process*. Este tipo de valores no sólo han de permear en la conducta de las administraciones nacionales, tal y como se prevé en la ley de transparencia española o en la ley de procedimiento administrativo italiano ya mencionadas, respecto de aquellos actores que ejercen una actividad de interés público.

La instrumentalización de las categorías y valores o principios tradicionales del Derecho Administrativo permiten que, desde y hacia lo global[74] se cuestione –en línea de principios–, cómo resulta posible revelar una efectiva atribución de garantías a las nuevas formas de actuación administrativa privadas que se asocian a estos actores sociales de nuevo orden y, en consecuencia, en qué casos se puede hablar de título de legitimación democrática y procedimental.

No parece necesario tener que recordar el papel que juegan los gobiernos, las organizaciones internacionales y los demás actores estatales en la búsqueda

---

[70] Sobre la teoría de las actuaciones informales, *vid.* SCHMIDT-ASSMANN, E. "La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa". *Documentación Administrativa*, n. 235-236, 1993, p. 30. En esta misma línea, Id. "Cuestiones fundamentales sobre la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos". *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Barnés, J. (ed.), Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

[71] En relación con el alcance regulatorio de la *Organización Mundial del Comercio* (*OMC*, por sus siglas en español), *cfr.:* NANZ, P. y STEFFEK, J. "Democratizing Global Governance: the deliberative approach". *Government and Opposition*, vol. 39, Issue 2 Spring, 2004, pp. 314–335.

[72] *Op. cit.* nota 53

[73] Véase la interesante obra ya citada: BARNÉS, J. "La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias". *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, García Macho, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 90 y ss., y también, Id. "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia". *Derecho administrativo de la información y administración transparente,* Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 49 y ss.

[74] KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016.

compartida de soluciones ante los nuevos frentes globales, para comprender que las herramientas y categorías ya conocidas por los ordenamientos jurídicos nacionales han de ser entendidas o interpretadas en su visión más globalizadora, por la cual las organizaciones privadas deban conducir toda su actuación mediante una serie de criterios mínimos que permitan la transparencia y el control de la buena gobernanza en la regulación privada de intereses comunes. La intervención de *stakeholders* y portadores de intereses individuales o difusos en el procedimiento; el alcance de la regulación técnica por parte de los portadores de *expertise*; el papel de los gobiernos y las organizaciones internacionales en los procesos decisorios, así como la labor de influencia que cumplen algunos actores no estatales en la regulación de ciertos sectores de interés global, han de expresarse, señaladamente, mediante cauces e instrumentos comunes abiertos al diálogo y la «técnica del contradictorio» y, en definitiva, a la toma de decisiones compartida.

En definitiva, la buena gobernanza global ha de indicarse en función del grado de transparencia y de participación de cada organización, ambos complementarios de una única garantía procedimental. En este sentido, la gobernabilidad de los nuevos retos mundiales espera tan sólo la expansión de estrategias y métodos ya conocidos por los gobiernos de todo el mundo, en una suerte de elementos constitutivos y delimitadores que empujen, además, a una necesaria evolución y categorización del Derecho Administrativo y de sus instituciones, especialmente, la institución del procedimiento (privado).

7. Referencias bibliográficas

BARNÉS, J. (ed.) “Nota introductoria del editor: El Derecho Administrativo Global y el Derecho Administrativo nacional, dos dimensiones científicas hoy inseparables”. KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016, p. 45

- “La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias”. *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, García Macho, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 90 y ss.,
- *Tres generaciones de procedimientos administrativos*. Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013.
- “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”. *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Tribunal Constitucional - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia”. *Derecho administrativo de la información y administración transparente,* Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 49 y ss.
- “Sobre el Procedimiento Administrativo: evolución y perspectivas”. *La transformación del Procedimiento Administrativo*, Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, p. 311 y ss.

BRUNSSON, N. “Reform als Routine”. *Reform und Innovation*, G. Corsi y E. Esposito, Lucius & Lucius Verlagsgesellschaft, Stuttgart, 2005, pp. 9 y ss.

BUSSANI, M. “Diritti e Giuristi”. *Il diritto dell’occidente. Geopolitica delle regoli globali*. Einaudi, Torino, 2010, pp. 6 y ss.

CAFAGGI, F. *Transnational private regulation: regulating global private regulators. Research Handbook on Global Administrative Law*, Cassese. S. (ed.), Edward Elgar, UK-USA, 2016, p. 214 y ss.

- "Gouvernance et responsabilité des regulateurs privés". *EUI Working Paper Law*, San Domenico, Firenze, 2005.
- "Un Diritto Privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi". *Saggi Politica del Diritto*, nº 2, 2004, p. 217.

CASSATELLA, A. "La regolazione globale del mercato dei valori mobiliari: la International Organization of Securities Commissions (IOSCO)". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* – La regolazione globale dei mercati finanziari, Battini, S. (ed.), n. 3, Giuffrè, Milán, 2007, p. 145.

Cassese, S. *La democrazia e i suoi limiti*. Mondadori, Milán, 2017.

- *El Derecho Global y democracia más allá del Estado*. Global Law Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2010, pp. 109-122.
- *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006
- "Tendenze e problemi del diritto amministrativo". *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 901, 2004, p. 909 y ss., Id. La crisi dello stato, Bari, Laterza, 2002
- *Le basi del Diritto Amministrativo*. Einaudi Editore, Torino, 1989, pp. 175–180.

CAPOGRASSI, G. "Saggio sullo Stato". Opere, Giuffrè, Milán, vol. 1, 1919, pp. 3-347.

CAROTTI, B. *Il sistema di governo di Internet*. Saggi di Diritto Amminstrativo, Giuffrè, Milán, 2016.

CHITI, E. "La dimensione funzionale del procedimento". Aa. Vv. *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milán, 2008, p. 211 y ss.

CRAIG, P. y RAWLINGS, R. (eds.), Oxford University Press, 2003, p. 107 ss.

DE BELLIS, M. *La regolazione dei mercati finanziari.* Giuffrè, Milán, 2012, p. 243.

DELLA CANANEA, G. *Al di là dei confini statuali. Principi generali del Diritto Pubblico globale*, Il mulino, Bolonia, 2009, p. 31.

D'ALBERTI, M. "Poteri regolatori tra pubblico e privato". *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2013, p. 607 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. "Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración". Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972

FERRARA, F. (1923). *Teorie delle persone giuridiche*. UTET, *Eugenio Marghieri, Torino,* p. 336.

FREEMAN, J. "Private parties, public functions and the new administrative law", Administrative Law Review, vol. 52, nº 3, 2000, pp. 813-858.

FRISON ROCHE, M.A. "Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation". *Presses de Sciences Pol.,* París, Dalloz, vol. 2, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Fernández Rodríguez, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2004.

GARCIA-GARRIDO, F. "El procedimiento de toma de decisiones y las organizaciones regulatorias globales: nuevas formas de administración y poder". *Public Policy Portuguese Journal*, vol. 2, nº 1, Universidade de Évora, UMPP – Unidade de Monitorização de Políticas Públicas, 2017, pp. 28-56.

- "La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades regulatorias: la evolución del Derecho Administrativo en el «espacio»". *Nuove Autonomie. Rivista Quadrimestrale di Diritto Pubblico*, anno XXV – nº 2, mayo-agosto, 2016, pp. 269-288.

GILES-CARNERO. R. "El cambio climático como riesgo y amenaza para la seguridad: derivaciones en el desarrollo del régimen jurídico internacional en materia de clima". *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, IIº semestre, 2016, p. 318.

HYDEN, G. "Governance and the study of politics". *Governance and Politics in Africa*, Hyden, G. y Bratton, M. (eds.), Boulder, CO, Lynne Rienner, 1992, pp 1– 26.

KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: Fundamentos, Principios y Ámbito de aplicación*, Barnés, J. (ed.), Global Press – Editorial Derecho Global, Sevilla, 2016.

MATTARELLA, B. G. "Le regolazioni private internazionali". Istituzioni, regole e mercato, Formez, Roma, 2008, pp. 401-411.

MARCHETTI, B. y DE LUCIA, L. (eds.) *L'amministrazione europea e le sue regole*. Il mulino, Bolonia, 2015.

MARCHETTI, B. "Su Rule of Law e legalità globale". *En Quaderni Costituzionali*, a. XXXIII, n. 4, diciembre 2013, p. 1044.

MEIDINGER, E. "Competitive Supragovernmental Regulation: How Could It Be Democratic?" *Chicago Journal of International Law*, 2008, p. 513.

NANZ, P. y STEFFEK, J. "Democratizing Global Governance: the deliberative approach". *Government and Opposition*, vol. 39, Issue 2 Spring, 2004, pp. 314–335.

PALOMBELLA, G. *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*. Il Mulino, Bolonia, 2012, p. 69.

SALTARI, L. "I piani d'azione e il regime dell'attività". *L'amministrazione europea e le sue regole*, Marchetti, B. y De Lucia, L. (eds.), Il mulino, Bolonia, 2015, p. 123. Para abundar más, sobre la cuestión *vid.,* MATTARELLA, B. G. (2013). "Procedimenti e atti amministrativi". *La costruzione del sistema amministrativo europeo,* Giuffrè, Milán, 2013, pp. 327-379.

SCOTT, C. "*Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance"*, *New Directions in Regulatory Theory*. Journal of Law and Society, Vol. 29, nº 1, 2002, p.57

SFORZA, W. C. Il diritto dei privati. Collana Civiltà del Diritto, F. Mercadante

(dirigido por), Giuffrè, Milán, 1963, p. 50.

SIMONATI, A. *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, CEDAM, Milán, 2009.

STEWART, R.B. "Administrative Law in the twenty-first century". *New York Law Review, vol. 78, nº 2*, 2003, pp. 437-460

SWEENEY, G. "Sociedad civil y el proceso de cambio climático. ¿Cómo incide la participación como medida de transparencia?" *Informe Global de la corrupción. International Institute for Environment and Development y Transparency International*, 2011, pp. 101-104.

TORCHIA, L. *Lezioni di Diritto Amministrativo progredito*. Il Mulino, 2ª ed., Bolonia, 2012, p. 151. En relación con la materia del procedimiento global, *vid. op. cit.* nota 3.

TRUTE, H.H. "Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht". Hoffmann-Riem / Schmidt-Assmann (Hrsg), *Offentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden – Baden, 1996.

VIRGA, G. *La partecipazione al procedimento amministrativo*. Giuffrè, Milán, 1998, p. 18.

WEISS, T.G. "Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges". *Third World Quarterly*, Vol 21, nº 5, 2000, pp. 795–814.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 185-204
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Responsabilidades da administração pública na liberação de alimentos transgênicos no Brasil

Responsibilities of public administration in the release of gmo foods in Brazil

VALMIR CÉSAR POZZETTI[1]
Université de Limoges (France)

Sumário: Introdução. 1. Possíveis danos causados pela transgenia. 1.1. precaução relacionada aos perigos ocasionados pela transgenia. 2. Liberação de OGM´s e a responsabilidade administrativa do estado brasileiro. 3. Responsabilidade civil do Estado. 3.1. Sistema de responsabilidades no Brasil. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: A construção de sementes Geneticamente Modificadas pelas empresas biotecnológicas e o seu plantio, tem gerado inúmeras polêmicas e tem motivado diversas pesquisas independentes, que afirmam que esses alimentos causam prejuízos à saúde do consumidor e ao meio ambiente; devendo o Estado ter cautela na liberação dessa tecnologia, pois este é o responsável pela ordem social, econômica e sanitária. Conclui-se que o Brasil possui uma legislação rigorosa no tocante aos Organismos Geneticamente Modificados e que, neste caso, é possível responsabilizar a Administração Pública por condutas omissivas e/ou negligentes. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a do método dedutivo, com uso da pesquisa bibliográfica, com finalidade qualitativa.

Palavras-Chave: Responsabilidade da Administração Pública; Dano Ambiental; Alimentos Transgênicos; Proteção do Consumidor.

Abstract: Building biotech companies genetically modified seeds and planting your, has generated numerous controversies and has been the subject of several independent research, They claim that these foods cause damage to consumer health and the environment; and should the State be cautious in releasing this technology, as it is responsible for social order, economic and sanitary. It is concluded that the Brazil has strict legislation with regard to genetically modified organisms and that, in this case, you can blame the Government for omissivas and/or negligent conduct. The methodology used in this research was the deductive method, with use of the bibliographical research, qualitative purpose.

Keywords: accountability of public administration; Environmental Damage; OGM Foods; Consumer protection.

INTRODUÇÃO

A indústria biotecnológica, após a segunda guerra mundial, passou a investir na indústria alimentícia. Para ter rentabilidade e vender seus produtos, divulgou na mídia internacional, que em virtude do crescente contingente populacional, o planeta terra sofreria uma grande fome e que era necessário mudar as técnicas de produção de alimentos tradicionais e utilizar a sua novel tecnologia, que permitiria a produção de alimentos em maior quantidade e qualidade e, ainda, com custo

[1] Valmir César Pozzetti (Doutor em Biodireito pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da UFAM – Universidade Federal do Amazonas e Professor Adjunto da UEA – Universidade do Estado do Amazonas).

inferior, o que baratearia o preço dos alimentos e acabar-se-ia com a fome em todos os rincões do planeta.

A transgenia alimentar é o fenômeno através do qual produz-se alimentos OGM (Organismos Geneticamente modificados), ou seja, os alimentos são geneticamente alterados, graças a utilização de técnicas que não são naturais, retirando genes da mesma espécie ou de espécies diferentes, no intuito de alterar-lhes as propriedades, sabor, qualidade, aumento de produtividade e outros.

Contudo, cientificamente falando, até o momento, não se obteve êxito em provar que estas técnicas são eficazes. Também não se conseguiu demonstrar que os alimentos transgênicos podem ser benéficos ou prejudiciais, à saúde ou ao meio ambiente. Ao contrário, há uma série de pesquisas independentes, como a do francês Éric Séralin, apontando que esses alimentos causam prejuízos à saúde do homem (tais como câncer, impotência, autismo, ...) e animais, bem como ao meio ambiente.

Assim, se o risco dos potenciais danos podem existir, é necessário termos atenção à esta relação, frágil e nova, que se concretiza entre o direito dos consumidores, à saúde alimentar e o meio ambiente, já que o desenvolvimento tecnológico provoca consequências que têm repercussões sobre o mundo jurídico.

Ao Estado - Administração Pública – como agente garantidor da ordem econômica e social, cabe a responsabilidade pela liberação e fiscalização da oferta desses alimentos no mercado consumidor. Para tal mister, há uma série de regras e imposições legais que o agente público deve observar para permitir o processo, desde a construção em laboratório da semente, plantio e meio ambiente, até a chegada à mesa do consumidor.

Assim, se a Administração Pública não observar os requisitos legais no momento da liberação da atividade e esta atividade trouxer prejuízos, seja ao meio ambiente ou ao consumidor, o Estado é responsável pelos prejuízos causados.

O presente trabalho tem como objetivo identificar a responsabilidade do Estado quando da autorização da Produção e comercialização de alimentos transgênicos - OGM, e a sua responsabilidade Civil, pelo prejuízo que esses alimentos causarem ao consumidor ou ao meio ambiente, visando a proteção da saúde alimentar destes consumidores, partindo das regras de Direito Brasileiro.

A problemática que se levanta nesta pesquisa é : é possível responsabilizar o Estado pela conduta de seus agentes, quando esta causar prejuízos a outrem ?

A pesquisa é importante tendo em vista que a atividade de transgenia é relativamente nova e já surgem diversos casos de doenças e de contaminação do meio ambiente; cientistas estão afirmando que os alimentos transgênicos são a causa de prejuízos à saúde do consumidor e o método de construção e plantio das sementes causam prejuízos ao meio ambiente, com infertilidade do solo e prejuízos à fauna e flora.

Dessa forma, se o agente público não observou todos os procedimentos legais e, se há falhas no processo de aprovação, liberação e fiscalização, por parte do Estado, este deve ser responsabilizado por que liberou uma atividade com vício na origem.

Assim, a presente pesquisa se justifica pois visa garantir ao prejudicado a indenização e/ou responsabilização da Administração Pública por conduta negligente.

A metodologia utilizada na presente pesquisa é a do método dedutivo; quanto ao meios a pesquisa é bibliográfica, com uso da legislação, doutrina e julgados e, quanto aos fins a pesquisa é qualitativa.

Antes de adentrarmos na questão da responsabilidade, é necessário analisarmos as questão dos riscos que envolvem a produção de Alimentos transgênicos.

1 POSSÍVEIS DANOS CAUSADOS PELA DA TRANSGENIA

As vantagens ambientais dos plantios de culturas geneticamente modificadas são, ainda, muito questionáveis, mesmo porque, dependendo do clima e do solo de cada região, os benefícios esperados podem ser variáveis e não serem alcançados; e, por sua vez, podem serem até inferiores ao esperado.

Segundo Guerrante[2], os potenciais riscos que os transgênicos nos apresentam, são na ordem de dez :

1) Tecnologia Traitor (consiste na aplicação de substâncias químicas capazes de ativar ou desativar características da planta, tornando-a estéril e criando dependência do agricultor em relação à multinacional.

Este risco caracteriza a venda casada e monopólio da tecnologia, proibidos pelo art. 39 do CDC[3] e art. 179 da CF/88.

2) Eliminação de insetos e microorganismos do ecossistema (consiste no fato de que as plantas transgênicas representam potenciais riscos de eliminação de insetos e microorganismos benéficos à agricultura e de bactérias do solo, devido à exposição desses insetos e microorganismos à substâncias tóxicas produzidas pelos vegetais geneticamente modificado.

Este risco fere o inciso VII do artigo 225, CF/88, estabelece como função do Estado proteger a fauna e a flora, sendo vedada atividades que coloquem em risco a função ecológico ou provoquem a extinção.

3) Fluxo de genes (consiste num outro potencial risco ao meio ambiente e aos alimentos, relativo ao plantio de culturas geneticamente modificadas : é o risco da **contaminação** de plantios convencionais por meio de troca de pólen entre culturas de polinização aberta, convencionais e geneticamente modificadas. (gn)

Este risco fere a Convenção de Asilomar, do qual o Brasil é signatário, que propôs pesquisas mais profundas neste campo e fere, também, os artigos 186 e 187 da CF/88, que determinam que a Política Agrícola brasileira deve ser planejada utilizando-se adequadamente recursos naturais disponíveis e a preservação do o meio ambiente, no intuito de evitar que esse problema da contaminação ocorra.

Ademais, o inciso II do § 1º do artigo 225, CF/88, também estabelece a obrigatoriedade de se preservar a diversidade e integridade do Patrimônio Genético da Nação.

Neste sentido, segundo Guerrante (2003, p.33) há relatos de que “no ano de 1.988 na Inglaterra, uma lavoura de canola convencional próxima à de canola transgênica, foi contaminada. Em 2001, no México, uma lavoura de milho crioulo convencional foi contaminada por milho transgênico. No Brasil também já houveram ocorrências de contaminação”.

4) Transferência horizontal de genes – este risco consiste na transferência de material genético entre células de genomas de espécies que não se relacionam naturalmente na natureza, sendo os genes transferidos verticalmente dos pais para a descendência. Isto ocorre entre indivíduos da mesma espécies ou de espécies muito próximas. Este processo se dá de três formas : por conjugação (através do contato); por transformação (o material genético presente no meio ambiente onde a célula está exposta é transferido diretamente para o interior da

---

[2] GERRANTE, Rafaela di Sabato. **Transgênico. Uma Visão estratégica.** Ed. Interciência, Rio de Janeiro, 2003, p.32.

[3] BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – Código de Defesa do Consumidor.** Congresso Nacional, Brasília, 1990.

célula) e por transdução (material é transferido de uma célula para outra através de vírus infecciosos).

Este risco pode trazer doenças ainda desconhecida pela medicina atual e o risco para o consumidor é incalculável. Fere o artigo 6º da Constituição Federal, que assegura a todos os cidadãos o direito à saúde.

5. Geração de superpragas : (consiste na criação de insetos e as plantas invasoras - aqui prevê-se a possibilidade de haver cruzamento entre cultivares GMs e cultivares não GMs, da mesma espécie ou de espécies próximas, como por exemplo o milho no México, a batata nos Andes, a soja na China, a beterraba na Europa Central e o arroz na Tailândia).

Tal risco contraria o artigo 225 da Constituição federal, uma vez que o Estado tem o dever de proteger o meio ambiente.

6. Aumento de uso de Defensivos (consiste no fato de que há hipóteses de que determinadas culturas GMs quando plantadas em condições edafoclimáticas específicas, necessitam de maior quantidade de agroquímicos na sua proteção.

Tal risco, contraria o artigo 225[4] da CF/88 e o Princípio da Precaução. Em março de 2001, um estudo americano apontou para o perigo de que várias ervas daninhas estariam se tornando resistentes ao herbicida *Roundup I* e isto acarretava o aumento de uso de herbicida para tentar destruí-las.

7. 0 Surgimento de Novas substâncias ou aumento nos níveis de concentração de substâncias já existentes. (Neste caso o risco à saúde humana é muito grande; eis que se mostra possível, efeitos alergênicos e de alteração do metabolismo humano, devido ao consumo de novas substâncias ainda não conhecidas. Tal risco fere o caput do artigo 225 da CF/88.

8. Oligopolização do mercado de sementes - este é um risco econômico, decorrente do uso desta tecnologia. As empresas de biotecnologia podem formar um oligopólio no setor de sementes de OGM.

Tal risco fere o inciso VI do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor[5], que prevê que a Politica Nacional de Consumo deve coibir e reprimir de forma eficiente, todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores :

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...) *omissis*

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

---

[4] BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso nacional, Brasília, 1988.

[5] BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – Código de Defesa do Consumidor.** Congresso Nacional, Brasília, 1990.

Outro risco destacado é no tocante à identificação do alimento portador de um certo percentual de transgenia, que deve ser rotulado para que o consumidor exerça o seu direito de escolha :

9. Aumento do preço final do produto - a necessidade de rotulagem, que falaremos mais a frente, para as sementes geneticamente modificadas implica na necessidade de rastreabilidade da cadeia produtiva do OGM e de seus derivados, o que acarretaria custos para certificar toda a cadeia produtiva.

Outro risco apontado é no tocante à dominação de mercado e que fere o artigo 170 da CF/88, que estabelece a livre concorrência:

10. Dependência e exclusão dos pequenos agricultores (neste caso, ao buscar o retorno de grandes investimentos, as empresas de biotecnologia recorrem ao patenteamento desta tecnologia e dos genes inseridos nos vegetais modificados.

Pois bem, todos estes riscos provocam insegurança e a sociedade organizada passou a querer informações concretas sobre os alimentos transgênicos. Todos os questionamentos levaram a debates acirrados.

Diante deste quadro, as empresas de biotecnologia, começaram a perceber que teriam que investir muito para reverter este quadro e colocar imediatamente seus produtos no mercado. Assim, passaram a argumentar que seria necessário a chegada dos alimentos transgênicos, produzidos em maior rapidez e quantidade, para combater a fome desenfreada no mundo.

Importante destacar que o Poder Econômico fala muito alto no âmbito da política e que, quando estamos tratando de avaliação de riscos, há uma grande propensão politica a desprezá-los, em virtude dos interesses financeiros.

Precisamos tomar cuidado com as desigualdades e com a dominação do forte sobre o fraco. Vale a pena dizer que o argumento, para se produzir alimentos transgênicos, o da busca desenfreada por aumento na produção de alimentos para combater a fome, não se mantém, tendo em vista que a ONU já realizou estudos, através da FAO e a conclusão é a de que 'há alimentos suficientes para todos, o que é preciso é eliminar o desperdício e melhor distribuição'.

Na realidade as empresas de biotecnologia querem o lucro e repor os altos custos que tiveram até agora, com as pesquisas, que tem se mostrado insuficientes para dar segurança ao consumidor. Além disso, querem também controlar a fome no mundo.

Diante de tudo isso, concluímos que crescer não é tarefa fácil; eis que nos obriga a assumir as escolhas e a responsabilidade que elas acarretam. Por esse motivo, faremos breve explanação sobre o "risco do desenvolvimento" também muito conhecido no mundo jurídico e definido no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

1.1 PRECAUÇÃO RELACIONADA AOS PERIGOS OCASIONADOS PELA TRANSGENIA

No estágio em que nos encontramos hoje, é-nos impossível voltar ao *status quo,* sem alimentos transgênicos; pois o poder econômico das empresas de biotecnologia é muito grande.

Nenhuma das tecnologias disponibilizadas se apresenta como alternativa para solução dos alimentos geneticamente modificados. Entretanto, não se pode deixar de buscar uma solução para eles, pois jamais eles passarão despercebidos; pois os poderosos envidarão todos os esforços possíveis para apresentar os alimentos transgênicos como uma alternativa viável.

E, segundo Palatinik[6] "nada vai fazê-los voltar atrás; pois eles não desistirão facilmente do lucro que já projetaram !".

É importante não invertermos valores: se o desenvolvimento de novas atividades e tecnologias não pode ser obstaculizado, isso não significa que elas devam ser admitidas impunemente, apenas porque a ciência não tenha capacidade de elucidar, em determinado momento, quais são os seus reais riscos.

Nesse sentido Arantes[7] ressalta que :

A pesquisa nas instituições públicas deve, em primeiro lugar, ter em conta a qualidade de vida da população e a preservação do meio ambiente, e não os interesses privados e a satisfação econômica de alguns grupos internacionais. Segundo Kinderler, diretor do Instituto de Biotecnologia, Lei e Ética, na Inglaterra, no Brasil, por exemplo, empresas como a Embrapa devem centrar suas pesquisas na produção de espécies transgênicas importantes para a agricultura de subsistência e produção de alimentos acessíveis às camadas mais pobres, como a mandioca, que é uma das principais fontes de carboidratos. As grandes empresas multinacionais, por razões óbvias de mercado, não tem interesse no desenvolvimento dessas variedades transgênicos.

Percebe-se que, dentro da discussão filosófica e cientifica, os riscos e benefícios apresentados pelos alimentos transgênicos são extremamente controvertidos.

Entretanto, há que se ressaltar que, diante do que discutimos aqui, caso um dia se chegue a um consenso sobre os riscos biológicos alegados, resolva-se tolerá-los no todo ou em parte ou ainda aceite-se os argumentos dos cientistas de que eles inexistem, será necessário que se percorra uma outra etapa : avaliar-se, dentre os transgênicos disponíveis, quais são ou serão úteis à sociedade.

Neste sentido, a Teoria do Risco do Desenvolvimento prega que *"há risco quando um produto é inserido no mercado de consumo e, os riscos dele advindos não podem ser conhecidos ou identificados, só vindo a sê-los após sua oferta, face ao desenvolvimento tecnológico*". Este é o entendimento que podemos extrair do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor[8]*, in verbis* :

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
§ 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - sua apresentação;
II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - a época em que foi colocado em circulação. (gn)

No inciso III do § 1º do artigo 12 do CDC, encontramos a previsão legal sobre a segurança que se pode legitimamente esperar do produto, à época em que foi posto em circulação, suscitando a discussão relativa à utilização ou não do risco de desenvolvimento como eximente de responsabilidade.

---

[6] PALATINIK, J.C**. Influence de la loi du 10 juilliet 2000 sur la responsabilité pénale des personnes morales.** Ed. Daloz, Paris, 2003, p.30.

[7] ARANTES, Olívia Márcia Nagy. **Direito Ambiental & Biotecnologia – uma abordagem sobre os transgênicos sociais.** Juruá, Curitiba, 2007,p.54.

[8] BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – Código de Defesa do Consumidor.** Congresso Nacional, Brasília, 1990.

Marins[9], esclarece o significado da expressão “risco de desenvolvimento”:

(...) consiste na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.

Benjamin[10] conceitua o risco do desenvolvimento “como sendo aquele risco que não puder ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto ou serviço”.

Além do Código de Defesa do Consumidor, o Risco de Desenvolvimento está inserto, também, no Código Civil Brasileiro :

Art. 441. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.

Indaga-se, então : será possível utilizar-se da Teoria de Desenvolvimento para eximir o fornecedor da responsabilidade pelo fato do produto, no caso dos alimentos transgênicos ?

Entendemos que não. A hermenêutica Jurídica, com certeza, deve entender que o fornecedor deve reparar o dano, eis que o consumidor possui o direito basilar a proteção à vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos considerados perigosos ou nocivos.

Além disso, o artigo 10 do Código de Defesa do Consumidor determina :

Art. 10 - O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Assim sendo, a ideia de risco de desenvolvimento, relaciona-se intimamente com a noção legal de defeito de projeção futura, o qual é considerado pelo Código como defeito apto a responsabilizar o fornecedor; excluindo-se, portanto, a possibilidade do fornecedor se eximir, convergindo assim com a tese de Alvim[11] :

O dito risco de desenvolvimento não exclui a responsabilidade civil pelo fato do produto pelas seguintes razões : a uma, porque tal excludente não consta no § 3º do artigo 12; a duas, porque o risco de desenvolvimento encarta-se no gênero maior : defeito de concepção, o qual, por disposição legal expressa, enseja a responsabilização do fornecedor (cf. caput do art.12, o qual alude a defeito decorrente de projeto e fórmula), e finalmente, porque, pelo sistema do Código, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para eximi-lo de

---

[9] MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo fato do Produto**. São Paulo: RT, 1993, p. 34.

[10] BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** São Paulo, Saraiva, 1991, p.67, citado por Cláudio Siminovich em : Risco de Desenvolvimento em p. da Internet : <http//:www.jus.com.Br/doutrina/id=655>, consultada em 24 jun 2017, p. 17

[11] ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade Civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor.** Revista de Direito do consumidor, nº 15, São Paulo: RT, jul/set.1995, p. 148.

responsabilidade. Não é possível, segundo pensamos, que a ideia do risco de desenvolvimento confunda-se com aquela da inexistência do defeito, segundo querem alguns. Quando há risco de desenvolvimento, há defeito – de concepção – só que desconhecido.

Em 1991, a Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (*Organization for Economic Cooperation and Development* – OECD) definiu que "o alimento é considerado seguro se houver certeza razoável de que nenhum dano resultará de seu consumo sob condições previstas de uso".

Neste contexto, é importante dizer que não se tutela a dignidade da pessoa humana com um mero apelo à consciência do pesquisador. O direito não se pode dar por satisfeito com a exigência de que se respeite o fundamento que move o Estado democrático de Direito. É imperioso que se tenha algo mais e, esse *plus***,** é representado pelos controles sociais formais, capazes de se por em movimento para atingir a medida pretendida.

Não obstante aos riscos e incertezas apresentados, a indústria de biotecnologia avança com sua pressão política. Mas ela só consegue colocar seus produtos no mercado consumidor se a Administração Pública, através de seus Agentes autorizarem. Neste sentido é importante falarmos sobre as diversas espécies de responsabilidade que a Administração Pública atrai para si, se for negligente na análise e deferimento do pedido.

2 LIBERAÇÃO DE OGMS'S E A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO

A legislação brasileira, Lei nº 11.105/2005[12], criou a CTNBio - Comissão Técnica de Biossegurança, que é a responsável pela análise dos pedidos de registro e liberação de um determinado OGM no mercado consumidor.

Essa Comissão é a responsável pela liberação governamental de OGM. Vejamos o que estabelece a lei nº 11.105/2005 :

Art. 10. A CTNBio, integrante do Ministério da Ciência e Tecnologia, é instância colegiada multidisciplinar **de caráter consultivo e deliberativo**, para prestar apoio técnico e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da PNB de OGM e seus derivados, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e de pareceres técnicos referentes **à autorização para atividades que envolvam pesquisa e uso comercial de OGM e seus derivados,** com base na avaliação de seu risco zoofitossanitário, à saúde humana e ao meio ambiente.(gn)

Parágrafo único. **A CTNBio deverá acompanhar o desenvolvimento e o progresso técnico e científico nas áreas de biossegurança, biotecnologia**, bioética e afins, com o objetivo de aumentar sua capacitação para a proteção da saúde humana, dos animais e das plantas e do meio ambiente.(gn)

Vê-se, portanto, que o Estado criou essa comissão, que se investe no Poder de Autoridade pública para autorizar as atividades que envolvam OGMs. É ela responsável para analisar e deliberar se a proposta de novel produto OGM pode ser oferecido no mercado.

A Lei ainda previu quem deve ser os membros dessa Comissão :

Art. 11. A CTNBio, **composta de membros** titulares e suplentes, designados pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, será constituída **por 27 (vinte e sete) cidadãos brasileiros de reconhecida competência técnica, de notória**

[12] BRASIL, **Lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança.** Congresso Nacional, Brasília, 2005.

atuação e saber científicos, com grau acadêmico de doutor e com destacada atividade profissional nas áreas de biossegurança, biotecnologia, biologia, saúde humana e animal ou meio ambiente, sendo: (gn)

(...) *omissis*

Vê-se, portanto, que cabe à Administração Pública, escolher e nomear membros capacitados e de reconhecida competência técnica e notório saber, para compor essa comissão. Entretanto, não é o que ocorre na prática, pois há membros que politicamente compõem essa comissão que não possuem a expertise na área, o que tem causado deferimentos de liminares pelo poder judiciário, para que os membros observem os procedimentos legais para liberar a produção de alimentos OGM, no Brasil.

Assim, um dos primeiros aspectos que se levanta, no tocante aos efeitos dos alimentos transgênicos é: "quem deve assumir os prejuízos causados pelos alimentos transgênicos ?".

A Constituição da República Federativa do Brasil, no capítulo que trata do meio ambiente, no art. 225, § 1º, inciso V, "incumbe ao Poder Público o dever de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente saudável".

Logo, as regras do artigo 225 da CF/88, têm como destinatário o Estado – Administração Pública. Este, quando, através do regime de concessão, permite que o particular realize alguma atividade que coloque em risco a saúde do consumidor, deve exercer o seu poder de fiscalização estatuído no inciso V, do § 1º do artigo 225, CF/88.

O Estado tem, então, a obrigação de coibir, controlar e fiscalizar qualquer ato que coloque em risco o meio ambiente e a saúde do consumidor. Ao liberar um produto sobre o qual tem o dever de fiscalizar, e este se revelar defeituoso e trazer danos ao consumidor, a Administração Pública atrai para si responsabilidades.

Já no tocante à proteção específica do consumidor, em relação aos alimentos transgênicos, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro nos dá a diretriz de que cabe ao Estado, através de ações governamentais, a obrigação de realizar Políticas Públicas, para proteger a saúde do Consumidor e que o Estado tem que marcar sua presença no mercado de consumo :

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...) *omissis*
II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
(...) *omissis*;
c) **pela presença do Estado no mercado de consumo;**

Portanto, é preciso evidenciar as responsabilidades que o Estado têm em relação ao consumidor: se os alimentos transgênicos liberados pelo Estado, sem o devido cuidado na fiscalização da etapas de construção e fiscalização, causarem danos aos consumidores, o Estado negligente deverá indenizar os danos que causou, pois o consumidor só consumiu o alimento em virtude de o Estado ter permitido a disponibilização dele no mercado. E como é o Estado quem tem o Poder para tal, tem responsabilidade objetiva sobre tal ato.

Neste sentido, segundo Meirelles[13] :

[13] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 481.

A responsabilidade administrativa é a que resulta da violação das normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regular da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal.

A responsabilização dos servidores públicos é um dever genérico do Estado e um dever específico da chefia em relação aos seus subordinados, ou seja, é uma obrigação legal e, se o superior hierárquico deixar de fazê-lo, caracteriza-se em crime funcional de condescendência criminal, tipificado no Código Penal, no artigo 320.

A punição interna, segundo afirma Meirelles[14] :

[...] é autônoma, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato: Isso ocorre porque o ilícito administrativo independe do ilícito penal; eis que a absolvição criminal só afasta o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não foi seu autor.

Dessa forma, é importante destacarmos os princípios que norteiam a Administração Pública, que estão contidos no artigo 37 da Constituição Federal/88[15]:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** [...]

Analisemos brevemente estes princípios:

1) Princípio da Legalidade: aqui o agente público está sujeito aos regramentos contidos na lei e no senso comum, não podendo deles se afastar, sob pena de praticar ato inválido e se sujeitar à apuração do cometimento de ilícito administrativo, penal ou civil, conforme a situação e extensão do ato.

2) Princípio da Impessoalidade: por este princípio exige-se que o ato administrativo seja praticado somente para seu fim legal; afastando a possibilidade do agente público agir em função do interesse próprio ou de terceiros. Assim sendo, este princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração Pública deve dispensar aos administrados que se encontrem em situação jurídica idêntica e, logo, guarda estreita relação com os princípios da isonomia e da finalidade.

3) Princípio da Moralidade Administrativa: a moralidade do ato administrativo se dá no atendimento da função administrativa, voltado para o bem comum da coletividade administrada e orientado pela probidade, decoro e boa-fé. Devem ser observados não apenas os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, como também de honestidade. No caso de agente público que aceitar ou exigir propina para liberar o alimento transgênico, estará descumprindo este principio. Assim, a responsabilização do agente tem um significativo efeito moralizador; eis que evitará que o agente utilize o seu poder/dever de forma irregular, em desfavor da sociedade.

Neste sentido, o artigo 70 da Lei nº 9.605/98 – Crimes Ambientais – responsabiliza o agente público; eis que “considera infração administrativa ambiental toda ação ou

[14] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 481.
[15] BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso nacional, Brasília, 1.988.

omissão que viole regras de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente".

4) Princípio da Publicidade dos Atos Administrativos: dever de dar publicidade, ou seja, deve levar ao conhecimento da população o ato ou a atividade administrativa relacionada a terceiros, a fim de facilitar o controle e conferir possibilidade de execução. Conforme já discutimos anteriormente, a CTNBio desrespeitou este princípio na liberação da soja transgênica da empresa Monsanto.

5) Princípio da Eficiência: impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos, ou profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, abolindo-se qualquer forma de atuação amadorística, obrigando também a entidade a organizar-se de modo eficiente.

Importante destacar que no § 4º do artigo 37 da CF/88, o ato de improbidade administrativa ali tipificado e praticado pelo agente público, importará em sua exoneração, suspensão dos direitos políticos e o ressarcimento ao erário público e, ainda, a propositura de ação penal

O controle exercido pela Administração Pública é instrumentalizado por um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos através dos quais ela exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder. Suas principais finalidades de viabilizar a atuação administrativa justa, assegurando a produção e eficiência da Administração, conferindo maior legitimidade aos seus atos e efetivar as garantias dos administrados.

Vale dizer ainda que, segundo Carvalho Filho[16], "a origem da responsabilidade é uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico que se consuma".

Assim, conforme artigo 121 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público)[17], o agente público responderá civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Assim sendo, além da responsabilidade administrativa do Estado, que lhe é atraída pelo servidor público com sanção de exoneração e responsabilização civil, via regresso, por ato ilícito praticado pelo agente público, o servidor poderá atrair para si, também, a responsabilidade penal. Segundo Meirelles[18] :

[...] a responsabilidade penal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais; **o ilícito penal (crime ou contravenção) cometido por servidor público é delito de ação penal pública**, cujo processo será instaurado mediante comunicação de qualquer pessoa à autoridade competente e denúncia do Ministério Público. (gn)

Importante ressaltar que esses crimes funcionais estão previstos no Código Penal Brasileiro e em Leis esparsas e o processo obedece o rito constante nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal. Se a falta for leve, o fato pode ser considerado somente ilícito administrativo, sem que seja contemplado na lei penal, por não requerer maior severidade na punição. Entretanto, no caso de nossa discussão, "saúde do consumidor", consideramos que as faltas cometidas por abuso do agente público ou por tentativa de obter vantagens ilícitas, colocando em risco toda a coletividade, é gravame sério e não pode ser considerado falta de natureza leve, devendo ser elevado à categoria de crime contra a saúde pública, com punições severas ao agente.

---

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Ed. Atlas, São Paulo, 2003, p. 594.
[17] BRASIL. Lei 8.112/90. Congresso Nacional. Brasília, 1990.
[18] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 477.

O legislador, no intuito de responsabilizar o agente público na gestão administrativa, tratou de definir "servidor Público" no artigo 327 do Código Penal e no § 1º deste artigo equipara a servidor público, o agente que trabalha para empresa ou entidade paraestatal ou que trabalha em empresas prestadoras de serviços para a Administração Pública.

Neste caso, os membros da CTNBio, que são indicados e não foram admitidos por concurso público de provas e títulos, adquirem o status de "servidor público" e poderão ser responsabilizados pelos ilícitos penais cometidos, como se fossem servidores públicos. Pois bem, visto as formas com que o Estado atrai para si a responsabilidade administrativa, passaremos agora a falar sobre a responsabilidade civil do mesmo, atraída também, pela atuação de seus agentes que agem em nome do Estado.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao Estado de reparar o dano que o servidor causou, por culpa ou dolo no desempenho de suas funções. A responsabilidade, para o servidor, nasce do ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização. Esta responsabilidade é independente das demais (da administrativa e da penal), e se apura na forma do Direito Privado.

Neste sentido, o Código Civil Brasileiro[19] assim dispõe :

Art. 43. **As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes** que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (gn)

Dessa forma, as Pessoas Jurídicas de Direito Público interno, ou seja, o Estado, têm responsabilidade quando os atos que dele emanam causem prejuízo aos consumidores. E o agente que causar este dano também poderá ser responsabilizado pela sua negligência, imprudência ou imperícia e até favorecimento a terceiros, pelo dano que o Estado causou a outrem.

Neste sentido, a parte final do § 6º do artigo 37 da CF/88 impõe responsabilidade subjetiva ao agente causador do dano, pois só O responsabiliza quando agir com culpa ou dolo.

Art. 37 - (...) *omissis*

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifo nosso) (gn)

A Responsabilidade Civil tem caráter eminentemente Patrimonial e está prevista no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, onde se estabelece os requisitos para se caracterizar a obrigação de indenizar: omissão antijurídica, a culpa ou dolo, o nexo de causalidade e a ocorrência do dano.

No direito brasileiro é o empreendedor da atividade que tem de provar que ela não é nociva à saúde do consumidor; e não o contrário. É a chamada inversão do ônus da prova, estabelecida nos artigos 333 do Código de Processo Civil; 5º, XXXII e 170 da CF/88; 6º, VIII do Código Defesa Consumidor.

Desta forma, se o agente público negligência neste exercício do dever-poder, o Estado responderá civilmente por esta negligência.

---

[19] BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – Código Civil. Congresso Nacional, Brasília, 2002.

De acordo com o § 1º do artigo 14 da Lei nº 6.938/81[20] – Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, a reparação do dano ambiental comporta duas esferas: a reparação do dano em si, quando há lesão ao meio ambiente; e a reparação do particular atingido pelo dano.

Neste mesmo sentido, importante destacar o artigo 174 da Constituição Federal brasileira, onde está claro a responsabilidade do Estado como agente normativo e fiscalizador. A letra da Carta Maior do Estado Brasileiro não permite que o Estado se negue a normatizar, impondo-lhe o exercício de suas funções normativa e reguladora da ordem econômica e, de fiscalização dessas atividades econômicas.

É importante fazer essa análise do setor privado, uma vez que, o Estado, através de seus órgãos, em alguns momentos, atua como se do setor privado fosse. No caso, a EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuaria, é um órgão público que atua desenvolvendo pesquisas no âmbito da biotecnología.

Logo, na qualidade de Agente público, se desenvolver pesquisa e esta for aprovada e liberada no meio ambiente e causar prejuízos ao consumidor e meio ambiente, estará a Administração pública obrigada a indenizar. A EMBRAPA já desenvolveu o feijão transgênico com gens da castanha do Brasil que está sendo comercializado no mercado e vem realizando outras pesquisas.

Independentemente de ser Pessoa Jurídica Pública ou Privada, em havendo o dano a outrem, surge a obrigação de indenizar. Assim, neste ítem, vamos dedicar o nosso estudo às responsabilidades que o empreendedor privado atrai para si, quando optar por exercer atividade ligada aos alimentos transgênicos.

Para os irmãos Mazeaud, citado por Carvalho Neto (2.000, p.36), a responsabilidade civil emerge “quando uma pessoa é civilmente responsável quando deve reparar um prejuízo causado a um terceiro; Malaurie afirma que a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o prejuízo causado à outro”.

Já Malaurie, citado por Carvalho Neto (2.000, p. 37) afirma que: “a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra”.

3.1 SISTEMA DE RESPONSABILIDADES NO BRASIL

No Brasil, a liberação de plantio e comercialização dos alimentos transgênicos, têm-se feito de forma gradativa.

Os danos em potencial ainda não ocorreram de forma evidente, mas o intuito é exatamente analisar os dispositivos legais postos à disposição do cidadão, no ordenamento jurídico, para que, em ocorrendo o dano, possa-se obter amparo do ordenamento jurídico, para socorrer o consumidor.

No tocante aos alimentos transgênicos, a produção destes está ligada diretamente ao meio ambiente e a responsabilidade civil tem sede Contitucional no artigo 225; e no paragrafo 3º deste artigo temos o comando de que as condutas consideradas lesivas, por infratores, pessoa física ou jurídica, estão sujeitas à obrigação de reparar os prejuízos causados.

Independentemente de o mercado produtivo estar aberto à livre iniciativa, é papel do Poder Público proporcionar a harmonia nas relações comerciais, garantindo a livre concorrência, mediante a intervenção do Estado no domínio

[20] BRASIL, **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1.981- PNMA.** Congresso Nacional. Brasília, 1.981.

econômico, sob a inspiração do artigo 170 da Constituição da República. O objetivo é coibir abusos como a concorrência desleal, pela racionalização dos serviços públicos e pelo estudo constante das modificações do mercado de consumo.

O que se quer com esta norma é a almejada ordem econômica, prevista no inciso IV, do Artigo 170 da Constituição da República, princípio da livre concorrência.

Entretanto, esta norma também visa proteger o Consumidor, daquele produtor de bens que coloquem em risco a sua saúde. Neste sentido, o artigo 47 do CDC, de forma clara e precisa nos informa que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O Sistema de Responsabilidades no CDC possui regras claras no tocante às responsabilidades. No caso em análise, se o alimento transgênico não nos oferece essa segurança à saúde, o sistema de responsabilidade a ser utilizado pode ser o de responsabilidade por defeito (art. 9º e 10 do CDC) e por vicio de produto (artigos 18 a 24 do CDC).

Esta responsabilidade surge pela simples colocação do produto no mercado, que sabe, ou deveria saber, apresentar grau de nocividade ou periculosidade à saúde; e, ainda, mesmo que a natureza do produto ou serviço seja potencialmente nociva ou perigosa à saúde, o fornecedor deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito de sua periculosidade (Ex: soda cáustica). Neste caso, a responsabilidade pode ser objetiva, do produtor ou fornecedor e ocorrerá a reparação independentemente da discussão da culpa, conforme artigos 12 e 14 do CDC.

Dessa forma, se entendermos que o Produtor de alimentos transgênicos é o fornecedor deste, temos que o Produtor, ou as empresas de biotecnologia, estarão incursas e obrigadas a observar todos esses artigos do CDC ; eis que como produtor, ele também é um fornecedor de produtos e atrairá para si a responsabilidade civil.

De igual modo, o agricultor que planta a semente de alimento transgênico, também poderá ser responsabilizado pelos danos à saúde que este proporcionar, tendo em vista que, por empréstimo à legislação do CDC, ele pode ser considerado como comerciante do produto; eis que só fez a semente ser gerada no solo e depois a ofereceu ao mercado consumidor. E, sendo assim, o artigo 13 do CDC estabelece a mesma responsabilidade ao comerciante :

Art. 13. O **comerciante é igualmente responsável**, nos termos do artigo anterior, quando:
I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.
Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso. (gn)

Importante ressaltar que a Exclusão da Responsabilidade pode ocorrer quando:

1) o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado;
2) quando, embora tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexiste,
3) quando ocorre culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. O mesmo ocorre com a verifica-se a prestação de serviço.

Neste sentido, a Lei nº 11.105/2005[21] assim estabelece sobre as responsabilidades dos agentes envolvidos:

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação de penas previstas nesta Lei, os **responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão**, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa. (gn)

Desta forma, entende-se pelo disposto acima, que o produtor, tanto empresa de biotecnologia, Administração Pública ou agricultor, terão responsabilidade, mesmo que de forma solidária, sobre os danos que causarem, quer ao meio ambiente, quer ao consumidor (terceiros).

Pois bem, após termos analisado a responsabilidade do produtor, no Direito Brasileiro, é preciso analisar a responsabilidade do Produtor no exercício da atividade de OGM. E, o Estado também está na posição de produtor, quando a EMBRAPa se coloca na posição de pesquisa e produzir um OGM. Para isso é necessário analisarmos a Lei nº 11.105/2005, que estabelece :

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, **por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa. (gn)**

Isto significa dizer que, independentemente da existência de culpa o autor, seja ele aprticular ou a Administração Pública, é obrigado a indenizar ou reparar o dano causado.

A responsabilidade civil é independente de culpa e abrange as entidades de direito público e privado.que exercerem a atividade de engenharia genética, seja na construção ou criação, no cultivo, na manipulação, no transporte, na comercialização, na liberação e no descarte do OGM; ou seja, desde a pesquisa até o destino final do rejeito de OGM, há inegável responsabilidade do autor.

Logo, não só o meio ambiente, mas também o consumidor deverão ser indenizados pelo agente que por culpa ou dolo, causar prejuízos oriundos de sua atividade, sejam estes prejuízos ao meio ambiente ou a terceiros. Além disso, detectado qualquer dano ao consumidor, tenha o autor posto ou não em circulação o produto defeituoso no mercado, ainda responderá civilmente pelos danos que causar ao consumidor.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1.981 – Lei de Politica Pacional do Meio Ambiente – PNMA - também fala sobre a responsabilidade civil e o dever de indenizar :

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

[21] BRASIL, **Lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança.** Congresso Nacional, Brasília, 2005.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
IV - à suspensão de sua atividade.
§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (gn)

Pois bem, vê-se claramente no caput do artigo acima que à Administração pública será imposto o dever de indenizar, caso seus agentes tenham praticado quaisquer da condutas estabelecidas nesse artigo.

Já no tocante á responsabilidade penal, também há uma possiblidade de ao agente ser imputada uma conduta ilícita e o mesmo ser obrigado a cumprir pena, independentemente da indenização a pagar.

A responsabilidade penal caracteriza-se por ser aquela obrigação de sofre o castigo ou incorrer nas sanções penais impostas ao agente do fato ou da omissão criminosa. A responsabilidade advém da evidência de que o agente responde ou deve sofrer as sanções que lhe são impostas por seu ato.

Desta forma, no tocante à fabricação e produção dos alimentos transgênicos, a responsabilidade penal do agente encontra-se catalogada em alguns dispositivos legais, tais como a Lei 11.105/2005, que cuidou de tipificar as espécies de crimes relacionados a OGM e estabeleceu as penas para o autor que se enquadrar nas tipificações penais contidas ali :
Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 1º (VETADO)
§ 2º Agrava-se a pena:
I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;
II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;
III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;
IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa (gns)

A Lei de Crimes Ambientais, lei nº 9.605/98[22], também traz tipificação para responsabilizar penalmente o infrator ambiental:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja

[22] BRASIL. **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998 – Lei de Crimes Ambientais.** Congresso Nacional, Brasília, 1998.

cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Segundo Hammerschmidt[23] (2006, p. 231) "os avanços da biotecnologia na área de engenharia genética exigem a intervenção do Direito Penal. Nesta seara deve-se respeitar o princípio da intervenção mínima, em suas vertentes da subsidiariedade ou caráter penal".

Neste sentido, a tipificação e a punição não exigem apenas a existência formal do delito, mas especialmente a existência material ou substancial, sendo relevante neste contexto analisar a presença da dignidade da incriminação, bem como a carência de proteção criminal.

Importante dizer que a Lei de Biossegurança, ao tipificar condutas em relação aos OGMs, deixa de lado o clássico Direito Penal para introduzir nele, a "teoria do risco".

Especificamente no caso dos OGM's, fica extremamente difícil individualizar as condutas penais, eis que os seus reflexos atingem direitos difusos. Desta forma, a CTNBio estabeleceu regras para liberação ou descarte de OGMs e a lei nº 11.105/2005 ao tipificar os crimes estabelece penas, caso esta liberação ou descarte forem feitas em desacordo com as regras da CTNBio.

Desta forma, as decisões judiciais também têm-se manifestado, vejamos:

Apelação Criminal n.200270050020601/PR (DJU 24/03/2004, p.618, j. 18/02/2004) Rel. Juiz Luiz Fernando Wowk Penteado.
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LEI 8.974/05. SEMENTES DE SOJA TRANSGÊNICA. PLANTIO EM DESACORDO COM AS NORMAS DA CTNBio. NORMA PENAL EM BRANCO. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA PELA NORMA INTEGRADORA. ART. 1º DA LEI N. 10.688/2003.
O art. 13, inc. V da lei n. 8974/05 **é norma penal em branco**, cujo preceito completa-se com norma definidora das exigências da CTNBio – Comissão Técnica nacional de Biossegurança, sobre OGM – Organismos Geneticamente Modificados. (grifo nosso)
Uma vez descriminalizada a conduta pela norma integradora, a qual liberou a soja transgênica para a comercialização (art. 1º da Lei 10.688/2003), cuida-se de fato atípico. (gn)

Mas não podemos deixar de citar a Lei nº 11.105/2005, que também nos traz uma contribuição a respeito deste assunto:

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades do registro e fiscalização.
Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa. (grifo nosso)

Entretanto, até o momento a CTNBio ainda não editou normas referente ao descarte, como o fez com a liberação (INs : 3/1997; 10/1998 e 15/1998). Assim, é norma penal em branco; eis que não há como configurar delito, se o Órgão responsável ainda não editou regras sobre como proceder com o descarte. Isso é

[23] HAMMERSCHMIDT, Denise. **Transgênicos e Direito Penal.** Editora Revista dos tribunais. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, São Paulo, 2006.

preocupante; eis que se torna um perigo e atrai para o Estado a responsabilidade, por não normatizar.

A Lei nº 11.105/05, em seu artigo 29, tipifica como crime, o fato de o produtor produzir, armazenar, transportar, importar ou exportar OGM sem autorização ou em desacordo com as normas da CTNBio. Tal crime atenta contra a dignidade da pessoa humana; eis que aquele que assim age, não dá a mínima chance ao consumidor prejudicado, de cobrar a reparação.

Se o produtor prejudica o consumidor ou põe a sua saúde em risco devido a práticas abusivas ou incorretas, o consumidor deve receber a proteção do Estado. Neste caso haverá a inversão do ônus da prova.

CONCLUSÃO

O objetivo dessa pesquisa, que foi de verificar a legislação brasileira para identificar de que forma seria possível responsabilizar o Estado pela produção ou liberação de alimentos transgênicos, caso esses causem prejuízos ao consumidor ou ao meio ambiente, foi atingido; uma vez que identificou-se diversos dispositivos legais e jurisprudência a respeito do assunto, trazendo uma maior segurança jurídica.

Pode-se verificar que a legislação brasileira é muito rica no tocante à responsabilidade administrativa e civil da Administração Pública, bem como à responsabilidade criminal do produtor e comerciante dos alimentos transgênicos. Pode-se verificar, também, que o Estado, além de órgão que analisa e libera a produção de alimentos transgênicos, também é produtor desses, através da EMBRAPA, ficando sujeito à responsabilidade civil, não só como agente autorizador, mas também, produtor do dano, caso ele ocorra.

É necessário acrescentar que a lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005 criou institutos de responsabilização e é uma lei autoexecutável; entretanto, para ter eficácia, deve haver fiscalização efetiva, educação e ética, por parte da Administração Pública; caso contrário, a legislação nada poderá fazer para assegurar direitos e qualidade de vida ao cidadão.

Por isso, é importante destacar que a legislação não segue a mesma dinâmica de evolução que a indústria, com seu dinheiro e cientistas à disposição, consegue fazer. É necessário que o Estado seja responsabilidade, com indenizações efetivas e polpudas, com a devida ação de regresso ao agente pública, para que se torne eficaz a responsabilização, por danos aos consumidores.

Há que se dizer ainda que, embora haja a responsabilidade da Administração Pública, em indenizar o patrimônio material ou moral do cidadão, no caso de prejuízos oriundos do consumo de alimentos transgênicos, a legislação se torna eficaz, mas incompleta, pois a indenização devida pelo estado jamais devolverá ao consumidor a saúde ou ao meio ambiente, o *status quo ante*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Responsabilidade Civil pelo fato do produto no código de defesa do consumidor.** Revista de Direito do consumidor, nº 15, São Paulo: RT, jul/set.1995,

ARANTES, Olívia Márcia Nagy. **Direito Ambiental & Biotecnologia – uma abordagem sobre os transgênicos sociais.** Juruá, Curitiba, 2007,p.54.

ANDRADE, Érico. **Responsabilidade Civil do Estado eo o Direito de Regresso**. Editora Thomson – IOB. São Paulo, 2005.

ARRUDA, Paula Tonani Matteis de. **Responsabilidade Civil decorrente da Poluição.** Editora Método, São Paulo, 2005.

ASSIS, Fátima Rangel dos Santos de. **Produzir, Consumir e Preservar: responsabilidades empresarial, administrativa e jurídica.** Editora Forense universitária, São Paulo, 2000.

BAYLE, Marcel. **La Repsonsabilité pénale dês personnes Morales, incidence da La reforme em droit de l'environnement.** Les Petits Afiches. Ed. Daloz, Paris, 1993.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor.** São Paulo, Saraiva, 1991, p.67, citado por Cláudio Siminovich em : Risco de Desenvolvimento em p. da Internet : <http//:www.jus.com.Br/doutrina/id=655>, consultada em 24 jun 2017.

BONNY, Sylvie. **Organismos Geneticamente Modificados.** Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

BRASIL, **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1.981- PNMA.** Congresso Nacional. Brasília, 1.981.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do.** Congresso Nacional, Brasília, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990 – Código de Defesa do Consumidor.** Congresso Nacional, Brasília, 1990.

BRASIL. **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998 – Lei de Crimes Ambientais.** Congresso Nacional, Brasília, 1998.

BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.Congresso Nacional, Brasília, 2002.

BRASIL, **Lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança.** Congresso Nacional, Brasília, 2005.

CALAIS-AULOY, Jean e STEINMETZ Frank. **Droit de la consommation**. Editora Dalloz. Paris, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Ed. Atlas, São Paulo, 2003.

CARVALHO Neto, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por Atos de seus Agentes**. ED. Atlas, São Paulo, 2000.

CLEMENT, Jarlier et SICARI, M. A. Gautier. **Commentaire à La loi se 2008**. Publié au Bulletin Du Droti e l'environnement industriel nº 4, septembre 2004. Ed. Daloz, 2004.

GERRANTE, Rafaela di Sabato. **Transgênico. Uma Visão estratégica.** Ed. Interciência, Rio de Janeiro, 2003.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **Transgênicos e Direito Penal.** Editora Revista dos tribunais. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, São Paulo, 2006.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário de Língua Portuguesa.** Ed. Forense, São Paulo, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** Editora Malheiros. São Paulo. 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e Meio Ambiente**. Editora Malheiros. São Paulo, 2006.

MALAURIE, P. et AYNES, L**. Cours de Droit Civil, les obligations.** Ed. Daloz, Paris, 1.938.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo fato do Produto**. São Paulo: RT, 1993.

MARTON, N. G. **Les Fondaments de la Responsabilité Civil.** Ed. Daloz, Paris, 1.938.

delits non intentionnels. Ed. Gaz. Palais, Paris, 2001**.**

MAZEAUD, Mazeaud. **Leçons de Droit Civil.** Ed. Daloz, Paris, 1.938.

MAYAUD, Yves**. La Loi du 10 juillet 200 – tendant à préciser la définition des**

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros, São Paulo, 2005.

PLANQUE, J.C**. Influence de la loi du 10 juilliet 2000 sur la responsabilité pénale des personnes morales.** Ed. Daloz, Paris, 2003.

RADUTA, B. Hagege. **Le grenelle de l'environnement et la responsabilité environnementale : le défi d'une reforme durable.** Ed. LPA, Paris, bulletin nº 147, 2008.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 205-220
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Responsabilidade patrimonial do estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal?

State asset liability: reserve as possible as excluding illegal state conduct?

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA [1]
ANA ELISA P. P. GIOVANINI [2]
Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Sumário: 1. Introdução: três casos; 2. Preliminarmente: algumas notas sobre as necessidades humanas. 3. Reserva do possível: cláusula excludente de ilicitude da conduta estatal? 4. Referências bibliográficas.

Resumo: o presente artigo tem como objetivo apresentar uma reflexão crítica a respeito da reserva do possível enquanto excludente de ilicitude da conduta estatal (comissiva ou omissiva) lesiva a direitos fundamentais. Inicialmente, o artigo introduz o tema apresentando três casos levados ao Supremo Tribunal Federal, nos quais foram discutidas questões relacionadas aos recursos disponíveis para solucionar questões estruturais no sistema prisional brasileiro. Em seguida, são apresentados conceitos preliminares acerca de teorias sobre as necessidades humanas, por se entender ser pressuposto de qualquer discussão em torno da reserva do possível. Finalmente, são apresentadas considerações crítico-reflexivas a respeito da reserva do possível enquanto argumento excludente de ilicitude da conduta estatal. Ao longo do texto são analisados acórdãos de tribunais brasileiros e doutrina relacionada ao tema.

Palavras-Chave: reserva do possível; responsabilidade patrimonial do Estado; necessidades humanas; direitos fundamentais.

Abstract: this paper aims to contribute on scholar debates around the reservation of possible, as na argument opposable to State responsibility due to omissions or actions that prejudice fundamental rights. Initially, the paper introduces the theme presenting three cases submitted to Brazilian Supreme Court, where questions related to resources avaiable to solve structural questions of Brazilian prisional system were discussed. Afterwards, some introductory concepts on human needs theories are presented, because assumed as a presupposition on reservation of possible debates. Finally, some critical considerations about the reservation of possible as an argument that excludes State responsibility are presented. Decisions of Brazilian courts and scholar contributions are analyzed along the text.

Keywords: reservation of possible; State liability; human needs; fundamental rights.

---

[1] Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná, com doutorado-sanduíche em Teoria do Direito na Universidade de Harvard. Pós-doutora em Processo Constitucional pelo Programa Nacional de Pós-doutorado – PNPD, no Centro Universitário Autônomo do Brasil, onde é docente do Programa de Mestrado em Direito.

[2] Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal no Paraná, e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada e Sócia-fundadora da banca Yokohama & Giovanini Advocacia.

1. Introdução: três casos

Em 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, na qual se postulava, em síntese, que fosse determinada, aos poderes constituídos, a adoção de medidas jurídicas e político-administrativas direcionadas a solucionar o problema da superlotação de presídios no País. Referida ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em face da União, do Distrito Federal e de todos os Estados-membros da federação, com o objetivo de provocá-los a realizar ações e implementar políticas relacionadas ao uso de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (à época na ordem de R$ 2,2 bilhões) para melhoramento do sistema prisional. No julgamento de referida medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal entendeu por fixar duas determinações importantes: o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, pela União, e a realização, por juízes e tribunais, de audiências de custódia, permitindo o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária a partir de 24h contadas desde sua prisão. No julgamento da medida cautelar, o Supremo teve a oportunidade de observar que o sistema penitenciário brasileiro teria atingido um "Estado de coisas inconstitucional", o que autorizaria o Tribunal a determinar às autoridades dos três poderes da federação a adoção de medidas necessárias à solução tempestiva e eficaz do problema.

Um segundo caso em que a mesma questão foi discutida é o Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, em que recorrente o Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul, e recorrido o Estado do Rio Grande do Sul. O objetivo do Recurso foi a superação de acórdão de corte de justiça local, a qual reformou sentença que determinara ao Estado do Rio Grande do Sul a realização de obras públicas no Albergue Estadual de Uruguaiana, em razão das condições precárias em que se encontravam os internos de referida unidade prisional. A controvérsia jurídica girou em torno de reconhecer se ao Poder Judiciário seria dado determinar, à Administração Pública, a criação e/ou implementação de políticas públicas, o que encontraria objeção face ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao argumento estatal da reserva do possível. O Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime dos Ministros e nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acordaram em dar provimento ao Recurso, fixando tese de repercussão geral nos seguintes termos:

> *É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.*

Finalmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 580.252, o Supremo Tribunal Federal foi, novamente, provocado a decidir acerca da responsabilidade estatal por situação degradante de detento em estabelecimento prisional. Na ocasião, o relator, Min. Teori Zavaski, entendeu pelo dever estatal de indenização no valor fixo de R$ 2 mil. Uma posição divergente foi levantada pelo Min. Luis Roberto Barroso, que entendia pela possibilidade de a indenização em dinheiro ser convertida em dias remidos. Ao final, os Ministros, por maioria, acolheram a tese da indenização em valor fixo, nos termos do voto do relator. Na ocasião, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo

37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Os três casos cuidam de situação semelhante, qual seja, a situação precária e degradante em que se encontra grande parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Trata-se de uma questão de ordem pública e que merece atenção, e discussão, por se tratar da preservação de um bem de especial valor para a comunidade política brasileira, qual seja, a dignidade humana. Adicionalmente, o Brasil obrigou-se, no âmbito das relações internacionais, com a preservação da integridade física e moral do preso, o que se viu refletido nas decisões prolatadas nos três casos sumariamente apresentados.

Quando autoridades da Administração Pública são chamadas a responder por reiteradas omissões resultantes em condição de indignidade de detentos, surge a possibilidade de justificações em torno da limitação de recursos disponíveis para o atendimento dessa dimensão das necessidades humanas. Surge, igualmente, o seguinte questionamento: havendo o reconhecimento da responsabilidade estatal no caso de dano a particulares, e, sendo esse dano indenizável, haveria espaço para opor, como excludente de ilicitude, o argumento estatal da reserva do possível? Algumas reflexões sobre esse tema serão feitas em comentários à maneira de ensaio, a seguir.

2. Preliminarmente: algumas notas sobre as necessidades humanas [3]

A satisfação de necessidades humanas consiste em um dos objetivos mais importantes dos Estados contemporâneos – senão, por que não dizer, o principal. Pelo menos, nesse sentido é que deve ser feita uma leitura das instituições estatais. [4] Todavia, sabe-se que o Estado possui uma capacidade limitada para obtenção de recursos e satisfação de necessidades. [5] Nesse contexto – ainda que contando, evidentemente, com outras variáveis – é que surge a noção de escassez [6] (que pode ser natural, ou produzida).

De acordo com Fábio Nusdeo, a lei da escassez é incontornável, e para administrá-la é que se destinam ferramentas da ciência econômica. Recursos (públicos ou não) diz o autor, são sempre escassos, variando, apenas, quanto ao grau de escassez, e daí a importância do processo econômico em estabelecer relações específicas para gerenciá-los. [7] É importante observar que se está a

---

[3] As observações aqui apresentadas foram feitas em artigo intitulado *Reserva do possível: escolhas políticas, limitação de recursos e o papel do Poder Judiciário brasileiro*, de autoria da coautora Ana Lucia Pereira, e integra coletânea de comentários a teses do Supremo Tribunal Federal, no prelo pela Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais.

[4] Seja em nível interno, seja no campo de compromissos assumidos no âmbito das relações internacionais. Cf. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 85 e ss.

[5] Cf. CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides e outro. *Constituição e Estado Social:* os obstáculos à concretização da Constituição, São Paulo/Coimbra, RT e Coimbra, 2008, p. 105.

[6] Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: introdução ao Direito Econômico, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

[7] No mesmo sentido anota RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito:* uma introdução, Coimbra, Almedina, 2007. p. 12: "Se ainda é possível falar de um objecto da Economia, este pode talvez definir-se como constituído por todos os fenómenos sociais que envolvem escolhas sobre utilização de recursos." Aqui, Nusdeo rejeita o argumento segundo o qual no seio dos povos primitivos não se configurava o problema de escassez. Observa que, para os indivíduos daquelas comunidades, as necessidades delineavam-se com

trabalhar, aqui, com a ideia de recursos em sentido amplo, o que inclui recursos econômicos (fáticos, financeiros, técnicos e orçamentários), materiais e humanos, por exemplo. [8] Nesse caminho, Nusdeo recorda que não apenas a disponibilidade de um determinado bem faz dele escasso, mas, principalmente, a procura por esse bem. É o exemplo da fábrica de sapatos, colocado pelo autor: uma produção de mil pares de sapatos pode ser insuficiente e rapidamente esgotável se se tratarem dos calçados da moda, em vista da procura massiva; por outro lado, a produção pode ser excedente caso os sapatos não sejam atrativos o bastante para convencer os consumidores à sua procura. [9]

Uma teoria das necessidades que procure oferecer respostas às inquietações decorrentes do atendimento de necessidades humanas trabalha com categorias conceituais elementares. Um primeiro binômio de categorias pode ser identificado como o das preferências, ao lado das necessidades humanas. Adicionalmente, há a categoria conceitual dos satisfatores, também relevante aqui.

As necessidades humanas condensam tudo aquilo que é exigido por seres humanos indistintamente considerados, em termos de sua existência. Logo, as necessidades humanas, irredutíveis, seriam as mesmas, em qualquer período histórico, e em qualquer localização espaço-geográfica. Nesse respeito, o economista Max Neef afirma ser possível "operar com uma classificação que inclui, por uma parte, as necessidades de Ser, Ter, Fazer e Estar; e, por outra, as necessidades de Subsistência, Proteção, Afeto, Entendimento, Participação, Ócio, Criação, Identidade e Liberdade." [10] Tais necessidades, de acordo com Neef, seriam características de todo e qualquer ser humano. [11] Potyara Pereira, [12] na linha de pensamento de Len Doyal e Ian Gough, concebe a idéia de necessidades vinculada à idéia de prejuízos. Conforme esse entendimento, graves prejuízos às pessoas,

---

contornos muito mais precários, e que, por outro lado, a espécie humana continuava a reproduzir-se ilimitadamente, aumentando o contingente populacional e, desde logo, consumindo os recursos existentes, renováveis em ritmo menos acelerado. Caberia, aqui, a teoria do economista inglês Thomas Malthus, o qual defendia, no século XVIII, que a população aumentaria em progressão geométrica, ao passo que os recursos consumíveis aumentariam em progressão aritmética, e daí o economista acreditar ser imperioso o controle sobre a natalidade, sob pena de haver um colapso sobre a sustentabilidade das populações. De acordo com Nusdeo, tal previsão ainda não se consumou, mas seus sintomas podem ser sentidos notadamente no que se refere ao exaurimento do meio ambiente (Ob. cit., p. 27-28).

[8] PEREIRA, Potyara A. P.. *Necessidades humanas*: subsídios à crítica dos mínimos sociais, 3. ed. São Paulo, Cortez, 2006, p. 39-61.

[9] Ibidem, p. 30. O problema gerado pela limitação e esgotamento de bens, paralelo ao crescimento da respectiva demanda, levou à criação de um grupo de estudos, na década de 70, destinado a estudar as perspectivas para o crescimento das necessidades humanas em face da limitação de recursos, e a premente possibilidade do consumo desordenado de tais recursos levar ao seu exaurimento. O grupo foi intitulado *Clube de Roma*, sendo formado por uma equipe multidisciplinar de intelectuais de destaque em suas áreas de atuação: pensadores universitários, dirigentes de grandes transnacionais, funcionários de alto escalão de entidades internacionais e especialistas convidados. Teve como resultado o texto *The limits to growth*, que influenciou a Primeira Conferência Mundial do Meio-ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972 (NUSDEO, ob. cit., p. 29).

[10] NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana*: una opción para el futuro. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986. p. 26. Tradução livre.

[11] Neef alerta que as necessidades humanas fundamentais não se limitam à idéia de *subsistência*, mas traduzem a tensão entre *carência* e *potencialidade*. *Carência* no sentido fisiológico do termo, ou seja, a continuidade do estado de necessidade leva a uma falência das funções vitais do indivíduo; já a *potencialidade* vem no sentido de que há algo latente que espera um impulso – o satisfator – para irromper, para vir ao mundo: "A necessidade de participar é potencial de participação, tal como a necessidade de afeto é potencial de afeto." Ibidem, p. 34. Tradução livre.

[12] PEREIRA, *Necessidades humanas...,* passim.

que as impeçam de alcançar seu desenvolvimento por si próprias, estarão a atingir as suas necessidades. [13]

Ao lado das necessidades humanas encontram-se as preferências, ou, de acordo com alguns autores, necessidades humanas não fundamentais. [14] Preferências, diversamente das necessidades humanas, poderiam ser atendidas em um limiar de tempo alinhado ao critério limitativo da progressividade. Adicionalmente, as preferências poderiam cambiar histórica e culturalmente, a depender, inclusive, do desenvolvimento econômico de uma sociedade e/ou comunidade política singularmente consideradas. Essas preferências, assim como as necessidades humanas, seriam atendidas pelo que teóricos nesse campo nomeariam de satisfatores. [15]

Os satisfatores contemplariam os bens econômicos úteis ao atendimento das necessidades humanas, e seriam assim denominados – bens econômicos – pelo fato de se encontrarem marcados por nota que lhes confere relevância no âmbito de teorias econômicas: o binômio escassez e utilidade. [16] Um bem é sujeito à escassez porque consumido ao satisfazer necessidades humanas, em diferentes níveis, de acordo com a maior ou menor demanda por esse bem. O instrumental da teoria econômica, conforme antes dito, servirá para administrar essa escassez. Quanto à utilidade, esta faz parte da característica dos bens econômicos, mas não é determinante para o seu conceito: um bem útil pode não ser escasso, e daí não interessar à teoria econômica. A oferta abundante de um bem reduz o interesse em fixar-lhe critérios para sua equilibrada distribuição, na medida em que a ampla disponibilidade dará conta de suprir as necessidades de todos que dele precisarem. Cuida-se, aqui, pois, dos bens livres, sem ignorar, contudo, a possibilidade de os bens livres virem a se tornar bens econômicos em virtude de sua escassez. [17] Portanto, é sobre os bens econômicos – e não sobre os bens livres – que se admite incida o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível.

No ponto, interessa fazer a seguinte observação: a diferença crucial e determinante ao acolhimento ou não do argumento da reserva do possível é identificar se os satisfatores – bens econômicos – demandados em juízo atendem às necessidades humanas (preferências) ou às necessidades humanas fundamentais (necessidades humanas propriamente ditas) dos sujeitos. Em se tratando de necessidades humanas em sentido amplo, é permitido que estas se situem no âmbito das preferências, a que se referem Neef e Potyara, contingentes em relação às escolhas políticas. Ou seja, o argumento da escassez de recursos pode restringir a satisfação de preferências, apenas. Por outro lado, tratando-se do atendimento de necessidades humanas fundamentais, em sentido estrito, sai-se do campo da preferência e entra-se no campo da exigência: ao Estado não é lícito "exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de

---

[13] DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas.* Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994. p. 78.

[14] Entendemos, aqui, ser mais pertinente a expressão *preferências*, em lugar de *necessidades humanas não fundamentais*.

[15] PEREIRA, p. 71; DOYAL; GOUGH, p. 202-203.

[16] NUSDEO, ob. cit., p. 33: "Se a humanidade vive sob o jugo da lei da escassez e se a noção básica de Economia está indissociavelmente presa a essa realidade, chama-se de bem econômico todo aquele dotado de utilidade e cujo suprimento seja escasso. Em duas palavras, o bem econômico é aquele útil e escasso."

[17] Os *bens livres*, conforme Nusdeo, seriam aqueles que não se regem pelas relações criadas pela sociedade para enfrentar a problemática da escassez, não configurando, pois, objeto da ciência econômica enquanto tais. Exemplos de bens livres seriam o ar, a água em determinadas situações, o carinho dos pais, por serem bens, em princípio, não escassos, muito embora não deixem de ter utilidade. Ob. cit., p. 35-36.

essencial fundamentalidade." [18] Aqui, alinha-se o entendimento de que a reserva do possível não poderá ser aventada quando a restrição decorrente da ação ou omissão estatal frustrar a satisfação de necessidades humanas fundamentais, e, por consequência, a concretização da dignidade humana, no campo das exigências, portanto.

3. Reserva do possível: cláusula excludente de ilicitude da conduta estatal? [19]

Inicialmente, é importante observar que, na doutrina brasileira, ainda não há consenso que tenha levado a um conceito amplamente aceitável da reserva do possível. Parte da doutrina trata da reserva do possível como um postulado,[20] outros, como uma cláusula.[21] Há, também, posicionamentos que se referem à reserva do possível como um princípio.[22]

Frente ao dissenso, e em uma tentativa de delimitação de seu conteúdo, pode-se afirmar que a reserva do possível reúne elementos correlatos a limitações orçamentárias, decisões alocativas de recursos, escassez de riquezas e satisfação de necessidades humanas. José Joaquim Gomes Canotilho, ao propor uma maior reflexão acerca de um discurso jurídico que cuide da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, no sentido de lhe introduzir "mais-valias" de racionalidade e razoabilidade, para fugir da "vagueza" da retórica jurídico-constitucional, aduz que a reserva do possível merece atenção da doutrina, na medida em que "logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovamentos no capítulo dos direitos sociais". Diante disso, o jurista português procura reunir alguns aspectos atinentes à reserva do possível para, depois, ele próprio relativizá-los, atentando para o fato de que o reconhecimento daqueles aspectos não devem significar uma recepção acrítica de dogmas que afrontem os direitos sociais.

Eis as palavras do autor:

> (...) o que significa, na realidade, "reserva do possível"? Poderemos rastrear as respostas do seguinte modo:
>
> 1. "Reserva do possível" significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

---

[18] STF, ADPF 45, voto do Rel. Min. Celso de Mello, citado, *supra*.

[19] O presente tópico integra dissertação de mestrado da coautora Ana Lucia Pretto Pereira, intitulada *Reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*, defendida na Universidade Federal do Paraná e publicada pela Editora Juruá, em Curitiba.

[20] Nesse sentido, Ingo Sarlet aduz que "(...) conquanto se possa partir da premissa de que corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização desses direitos...". (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 305.)

[21] "A ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da 'reserva do possível'". (LEDUR, José Felipe. O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais, Tese de Doutorado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2002, p. 98.)

[22] NETTO, Sérgio de Oliveira, O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais, Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf> , acesso em 10/07/06.

> 2. Reserva do possível significa "*tendência para zero"* da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
>
> 3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
>
> 4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.
>
> Há uma dose de verdade em todas essas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a relização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização desses direitos; (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis.[23]

Diante da controvérsia, Ana Carolina Olsen, fazendo uma análise desses elementos integrativos, afasta a concepção da reserva do possível como princípio – pelo menos, desde uma perspectiva alexyana –, inclinando-se mais favoravelmente às expressões "cláusula" e "postulado", para, por fim, posicionar-se pelo trato da reserva do possível como "condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais sociais." [24]

Sejamos fiéis às palavras da autora:

> A partir dos contornos que o conceito de princípio recebeu no Capítulo I, parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identifica-la como princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. (...) Desse modo, expressões como "cláusula" ou "postulado" podem parecer mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação de normas. (...) Diante desse quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de 'reserva do possível'...[25]

Nesses termos, de fato, não parece ser a reserva do possível uma norma fundacional, um alicerce, ou um fim a ser atingido. Não se sujeita a ponderação, mas a esta conduz quando das decisões políticas do Estado,[26] pelo que, não pode configurar um princípio.[27] Não é um mandado de otimização, conforme propõe

---

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.107-108.

[24] Ao longo de sua obra (*Direitos Fundamentais Sociais*: efetividade frente à reserva do possível, Curitiba, Juruá, 2008), a autora, por vezes, remete-se à reserva do possível valendo-se da expressão "argumento".

[25] OLSEN, ob. cit., p. 211.

[26] Nesse sentido, CANOTILHO, "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais." *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 66.

[27] Muito embora boa parte da doutrina e jurisprudência refira-se à cláusula da reserva do

Alexy, enquanto compreensiva de um conteúdo deôntico que determina a sua realização na maior medida possível, pelo contrário: quanto mais próximo do ponto máximo da reserva do possível, mais necessidades humanas terão que esperar para serem satisfeitas.

Em razão de a reserva do possível ser invocada quando da tomada de decisões a respeito da alocação de recursos escassos, como medida, em tese, direcionada à *proteção* de recursos públicos, parece pertinente se tratar da reserva do possível sob a denominação *argumento*, pelo fato de significar um recurso de convencimento em favor de determinada situação (no caso, a escassez de recursos). Também a designação de *cláusula*,[28] na medida em que *encerra uma variedade de elementos que a caracterizam*,[29] tais como *i)* a limitação dos recursos necessários à efetivação das necessidades sociais, *ii)* a imposição de escolhas a serem feitas quanto à destinação e investimento desses recursos, *iii)* a vinculação das decisões das autoridades públicas às normas de direito fundamental e aos planos orçamentários, bem como, conforme se verá nos capítulos seguintes, *iv)* as restrições que a reserva do possível pode trazer à realização dessas necessidades básicas, assim como *v)* as limitações que a própria reserva do possível está sujeita a receber, permitem que se utilize esta expressão também.

Nesse caminho de *definição*, fala-se que a reserva do possível poderia ser uma *excludente de ilicitude* da conduta estatal. Wálber Araújo Carneiro refere-se à reserva desta forma na medida em que, uma vez fosse provada pela Administração a inexistência de recursos que atendessem à prestação decorrente da norma constitucional, não poderia o Poder Público ser responsabilizado pela inobservância da necessidade social, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Aduz o autor que "a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado."[30]

Também Juarez Freitas concebe a reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal, comissiva ou omissiva.[31] O autor não nega a sindicabilidade dos atos administrativos, em observância ao dever estatal de vinculação aos princípios e direitos fundamentais, e defende o manejo do princípio da proporcionalidade como mecanismo hábil à análise da justificação ou do afastamento da responsabilidade estatal em eventos danosos.[32] Pelo uso da proporcionalidade, poderá ser verificada a eventual presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade extracontratual do Estado (a existência de dano injusto, o nexo causal direto e a conduta comissiva ou omissiva do agente), de modo que, constatado o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva, e a lesão antijurídica sobre o direito fundamental, caberá ao ente público

---

possível desta forma.

[28] Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais,* Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008) e Paulo Cogo Leivas (Teoria dos direitos fundamentais sociais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006) referem-se à reserva do possível desta maneira.

[29] Aqui, valemo-nos da origem da expressão para justificar o entendimento: "ETIM lat. *clausùla,ae* 'conclusão, fim, termo, arremate, terminação, desinência, extremidade, ponta, artigo, parágrafo, disposição de uma lei, cabo, manúbrio, braço de um instrumento', rad. de *clausum*, supn. de *claudère* ou *cludère* 'fechar, cerrar, cercar, murar' ... (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 738.)

[30] CARNEIRO, Wálber Araújo. *Escassez, eficácia e Direitos Sociais*, *Apud* OLSEN, *ob. cit.*, p. 226.

[31] FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública,* São Paulo, Malheiros, 2007, p. 70; 72; 73 e 98.

[32] Ibidem, p. 67-69.

o ônus de comprovar em contrário à imputação do dever indenizatório. Dessa forma, embora não lhe defina o conteúdo, o autor admite ser a reserva do possível uma das excludentes de ilicitude da conduta estatal, o que é coerente com sua visão de que o agente público "está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais."[33]

O argumento, de matiz eficiente, segundo o qual é dever do Estado buscar o mínimo de prejuízo aos direitos fundamentais quando trabalhe por sua máxima efetividade é válido, e também compatível com a reserva do possível. Porém, a tese que vê a reserva do possível como *excludente de ilicitude* comporta relativizações.

Em primeiro lugar, parece relevante trazer algumas considerações acerca da responsabilidade estatal para a concessão da tutela pretendida. Um primeiro fato importante é que a responsabilidade estatal, quando inexistir especificação legal em contrário, pode ser solidária entre os entes federativos. Assim, a demanda poderá ser proposta em face dos quatro entes federativos – da União, do Estado correspondente, do ente municipal e do Distrito Federal. Os tribunais têm decidido que, em casos onde não se acha previamente definida a competência do ente federativo, a entrega da prestação continua sendo um dever do Estado como um todo, sendo que a solução para tal impasse deverá ser resolvida administrativamente, e não judicialmente. No caso do direito à saúde, o fato de um ente da federação ser responsável pelo fornecimento de um bem relacionado à saúde não significa que deverá custeá-lo isoladamente. A responsabilidade pelo financiamento do bem é solidária entre os entes federativos, e o respectivo cumprimento da obrigação é questão a ser resolvida entre os entes, alheias ao particular.[34] Não raro, o argumento da responsabilidade civil objetiva do Estado é desenvolvido nas razões de decidir em tais circunstâncias, com o intuito de afastar a reserva do possível e impor ao ente estatal o cumprimento de obrigação imposta constitucionalmente. Considera-se que a ação ou omissão estatal guarda relação de causalidade com o dano sofrido pela vítima, de modo que o Estado é compelido a indenizá-la, em virtude de sua responsabilidade, o que encontra respaldo constitucional no art. 37,§ 6.º da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões nesse sentido. Um exemplo pode ser colhido do direito fundamental à segurança. É possível concluir que a competência para a proteção desse direito recai sobre o ente responsável pela segurança pública, no caso, os Estados-membros. Com efeito, a Constituição Federal de 88, no art. 144, §§ 5.º e 6.º, fixa a competência da polícia militar, ostensiva e responsável pela preservação da ordem pública, bem como prevê sua subordinação, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando houver.[35]

Pois bem. Um caso de relevo para esta questão, e que foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, acolhe a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado, para determinar ao Estado de Pernambuco que custeasse todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM – no agravante, por profissional por ele indicado. Trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada n. 223, onde o agravante teria ficado tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, tendo ajuizado ação indenizatória,

---

[33] Ibidem, p. 64.

[34] Este o posicionamento de BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial,* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf. Acesso em: 03 nov. 2008.

[35] Além disso, a Constituição faculta aos Municípios a organização de guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos da lei (art. 144, § 8.º).

objetivando a responsabilização do ente estatal pelo custo decorrente da mencionada cirurgia.

Inicialmente, a Min. Relatora, Ellen Gracie, indeferiu a concessão liminar de efeito suspensivo à decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que teria autorizado, em sede de agravo de instrumento, a transferência dos recursos depositados em conta judicial para conta no exterior, os quais seriam destinados ao custeio da vinda de médico norte-americano ao Brasil, para realização da cirurgia em questão. A relatora acolheu a tese de que a transferência imediata de valores – no caso, R$ 279.000 (duzentos e setenta e nove mil reais) – para uma conta no exterior violava a economia pública, por configurar pagamento sem observância das formalidades do art. 100 da Constituição Federal. Além disso, a Ministra ressaltou a impossibilidade de ser realizada execução provisória contra a Fazenda Pública, por força do art. 2.º - B da Lei n. 9.494/97.[36] Por fim, colocou que o tratamento postulado ainda se encontrava em fase experimental na Universidade de Yale, nos Estados Unidos, consignando que:

> a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.

Porém, ao final, o pedido de suspensão da tutela antecipada foi deferido pela maioria dos membros do Tribunal. O entendimento foi no sentido de que a falta de policiamento ostensivo por parte do Estado de Pernambuco teria configurado omissão inconstitucional. Desse modo, o cidadão poderia exigir do Poder Público a contraprestação correspondente, diante da falta deste serviço essencial. Foi levantada a tese de responsabilidade civil objetiva estatal, uma vez que, presente o dever de prestação pelo Estado, e constatada a relação de causalidade entre a omissão e o dano sofrido pelo cidadão, haveria aqui a obrigação de indenizar. Finalmente, foi ponderado que, na colisão entre interesses financeiros do Estado e o direito à vida, há de prevalecer este último:

> Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.[37]

A imprecisão constitucional acerca do ente estatal obrigado à prestação da necessidade social é um fator determinante para o ensejo da responsabilidade solidária. O direito à saúde, cuja tutela é recorrentemente pleiteada ao Judiciário, é um bom exemplo. Para o direito à saúde, não há um critério claro na definição do ente estatal responsável pelo cumprimento da obrigação.[38] A lei do SUS

---

[36] A qual disciplina a antecipação de tutela conta a Fazenda Pública, e cujo mencionado art. 2.º - B assim dispõe (nada obstante discuta-se a constitucionalidade de referido artigo): "Art. 2.º- B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado."

[37] Informativo n. 502, fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 30 mai. 2008.

[38] Neste sentido, com relação ao direito à saúde, BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva.*

descentralizou o serviço e reuniu os recursos financeiros para sua satisfação. Quanto à competência normativa, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), respeitadas as competências geral da União e residual dos demais entes (art. 24, §§1.º e 2.º), restando aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), o que pode envolver a saúde,[39] e também suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II). Quanto à competência administrativa, é comum a todos os níveis federativos cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II).

Nada obstante, essas competências não significam que todos os entes federativos devam agir de maneira superposta em relação à saúde. Como observa Luis Roberto Barroso, isso levaria a uma realização ineficiente dos programas de saúde, distribuindo recursos federais, estaduais e municipais para um mesmo fim.[40] Deve haver uma ação coordenada entre os entes estatais, para que se evite, por um lado, a superposição de programas, e, por outro, a incerteza e indeterminação acerca das respectivas competências.

Veja-se como esta questão coloca-se nos tribunais. Em juízo, a União alega, em regra, serem as prestações pela saúde competência dos Estados-membros e Municípios.[41] Não raro, os Estados-membros seguem esse caminho e aduzem ser tal competência dos Municípios.[42] O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela impossibilidade de transferência de responsabilidades em matéria de saúde:

> (...) 5. A Lei 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 6. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congênere necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. 7. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.[43]

Também já foi afirmado pela mesma Corte que as atribuições em matéria de políticas de saúde serão resolvidas administrativamente, e não como motivo para a afastamento de responsabilidade do ente federativo:

---

[39] Ibidem.

[40] BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva.*

[41] Conforme se vê em decisão sobre Agravo de Instrumento interposto pela União contra decisão que determinou o bloqueio de valores da União para pagamento de medicamentos à parte: “Alega a agravante que o provimento impugnado ignora o fato de que a União efetua o repasse regular das verbas aos demais entes federativos. Aduz que não possui sequer estrutura para efetivar o comando judicial expedido, visto que cabe à União apenas alcançar os recursos financeiros referentes à administração do SUS, sendo competência dos Estados e Municípios a operacionalização do fornecimento do medicamento pleiteado. Afirma que admitir a idêntica responsabilidade dos entes federativos na efetivação do julgado inviabiliza o sistema concebido, prejudicando, assim, os demais cidadãos. Alega, também, a impossibilidade da decretação do bloqueio de recursos públicos federais, conforme jurisprudência acostada à inicial do recurso ora interposto. Pede seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso.” TRF da 4.ª Região, AI n. 2007.04.00.032814-0, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DE* 15 jan. 2008.

[42] Confira-se, no STF, a STA 278-6, a SS 3452 e a SS 3429. A Ministra Ellen Gracie, no julgamento da SS 3205 (Informativo 470-STF), assentou que "a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária".

[43] STJ, REsp 719716 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 7 jun. 2005.

> A CF, no art. 196, e a Lei nº 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles.[44]

O Tribunal Regional Federal da 4.ª Região tem entendido pela responsabilidade solidária dos entes federados nas questões que envolvam direito à saúde. Nesse sentido, a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2007.04.00.043332-4:

> Não são relevantes os argumentos da parte recorrente ao defender a sua ilegitimidade para a demanda. Sua legitimidade resulta da responsabilidade expressa nos termos do art. 198, inciso I, da Constituição da República, que estabelece a descentralização dentre os princípios do Sistema Único de Saúde. Para a entrega da prestação jurisdicional pleiteada, necessário que cada órgão responsável pelo fornecimento de medicamentos , seja do Estado seja da união , atue dentro de sua esfera de competência.. Neste sentido, transcrevo os seguintes precedentes (...)[45]

Também no Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.030710-4, ficou assentado que o Estado, enquanto destinatário do dever extraído na norma do art. 196 da Constituição, deve ser compreendido de maneira abrangente:

> Antes de adentrar nas razões que me obrigam a tanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da União. É que é manifesta a legitimidade da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Caxias do Sul na espécie, mercê do disposto no art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conjugado com o art. 196 da Lei Maior. Nesse sentido, já decidiu o Colendo STJ ao julgar o RESP 527356, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 15/08/2005; PÁGINA: 239).
>
> A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves.
>
> Prega a Carta Magna em seu art. 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".
>
> Em tal perspectiva, tem o Município legitimidade para integrar o pólo passivo da lide, de modo que vai afastada a preliminar de ilegitimidade.[46]

A questão ensejou, inclusive, proposta de edição de súmula vinculante, encaminhada pela Defensoria Pública da União ao Supremo Tribunal Federal, no intuito de pacificar a divergência acerca da responsabilidade solidária dos entes federativos no que toca às ações e serviços públicos de saúde.[47] Parecer ministerial

---

[44] STJ, REsp 661821 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 12 mai. 2005.
[45] TRF da 4.ª Região, Rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, *DE* 30 jan. 2008.
[46] TRF da 4.ª Região, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, *DE* 16 out. 2008.
[47] Notícia veiculada no sítio virtual da DPU informa sobre as duas propostas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal: “Não existe divergência na Corte Suprema quanto à responsabilidade para obtenção e à possibilidade de bloqueio de valores para aquisição de

apresentado no julgamento da Apelação Cível n. 2005.72.05.002091-6 coloca que é pacífica a tese da responsabilidade solidária no campo da saúde, trazendo notícia acerca das súmulas da Defensoria:

> Tal é a unanimidade no âmbito pretoriano, que o Defensor Público-Geral da União, fazendo uso da legitimidade concedida pela Lei 11.417/06, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal duas propostas para edição da súmula vinculante, uma delas solicitando o reconhecimento da responsabilidade solidária dos Entes Públicos quanto à disponibilização de remédios à população carente.[48]

Trilhando o caminho da tese da responsabilidade solidária, o parecer ministerial na AC n. 2003.72.00.010825-6:

> A Constituição da República, no artigo 198, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo sistema único baseado na descentralização, na integralidade do atendimento e na participação da comunidade. Refere, ainda, que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.
>
> Muito embora a descentralização proporcione a gestão autônoma dos recursos pelos citados entes federativos, na forma do art. 9° e incisos da Lei 8.080/90, o repasse dos recursos da União é centralizado, acompanhado, planejado e fiscalizado pelo Ministério da Saúde, conforme as disposições do artigo 16, incs. XVII, XVIII e XIX e do artigo 33, § 4° do mesmo diploma.
>
> É inegável portanto, que a União tem legitimidade passiva para a causa, uma vez que a ela cumpre não apenas a distribuição dos recursos dotados ao SUS, como a responsabilidade pelo planejamento estratégico e pelo controle relativamente à aplicação destes valores pelos Estados e Municípios nos programas e políticas públicas na área da saúde.[49]

Estes foram alguns julgados acerca do direito à saúde. No caso do direito à educação, o art. 211 da Constituição Federal determina que “a União, os Estados,

---

medicamentos essenciais à saúde de pessoas carentes, que tenham a necessidade comprovada. No entanto, são cada vez mais numerosas as ações movidas pela Defensoria Pública da União cujo objetivo é a condenação do Estado para o fornecimento dos remédios e cumprimento da lei. A primeira proposta se refere ao fornecimento de medicamentos e solicita a responsabilidade solidária dos Entes Públicos que disponibilize remédios à população carente. A edição da súmula vinculante torna expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos. Além de garantir um obstáculo aos Entes Públicos, que em vez de resolver a questão de maneira compartilhada, repassam a responsabilidade. Fator que causa a demora da entrega dos medicamentos, que muitas vezes, dificulta a continuidade do tratamento. Já a segunda proposta trata do bloqueio de valores pertencentes à Fazenda Pública, destinadas a custear o tratamento de pessoas de baixa renda, não são capazes de obtê-los por recursos próprios. O objetivo da edição das propostas é trazer segurança jurídica e diminuir o tempo de espera das pessoas que necessitam do tratamento custeado pelo Estado. A edição da súmula vinculante propõe a responsabilidade solidária dos Entes Federativos sobre o fornecimento de medicamentos e tratamento médico da população.” Fonte: http://www.dpu.gov.br/noticias/2008/mar%C3%A7o/rls19032008_propoe_edicao_sumula.html. Acesso em: 08 nov. 2008.

[48] TRF da 4.ª Região, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DE* 12 jun. 2008.

[49] TRF da 4.ª Região, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJU* 08 jun. 2005.

o Distrito Federal e os Municípios organizarão em *regime de colaboração* o sistema de ensino." (sem itálico no original) [50] Nesse caminho, o STF já definiu que o dever de providenciar creches e estabelecimentos de ensino pré-escolar é imposto, primariamente, por definição constitucional, aos Municípios:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - **CRIANÇA** DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - **ATENDIMENTO** EM CRECHE **E** EM PRÉ-ESCOLA - **EDUCAÇÃO INFANTIL** - DIREITO **ASSEGURADO** PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (**CF**, ART. 208, IV) - **COMPREENSÃO GLOBAL** DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - **DEVER JURÍDICO** CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, **NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO** (**CF**, ART. 211, § 2º) - RECURSO **IMPROVIDO**.[51]

Acrescente-se que, embora a Constituição cuide de definir em que fase da educação cada ente estatal atuará prioritariamente, a EC 59/09 trouxe a necessidade de esforço conjunto de todos os entes da Federação no que toca à promoção e desenvolvimento do ensino básico.[52]

Nota-se, pois, que cada direito tem uma peculiaridade quanto à responsabilidade estatal para sua satisfação. No caso de superlotação carcerária, por exemplo, a competência recai sobre o Estado-membro respectivo, independentemente da entidade responsável pela administração do estabelecimento prisional, uma vez que a competência para construção e manutenção de presídios seria, preponderantemente, estadual.[53] Nada obstante, a responsabilidade estatal existe, e é vinculante, sendo que, quando a satisfação do direito fundamental social não puder ser atendida de imediato, o deverá ser progressivamente. No campo do direito à saúde, a Constituição não define expressamente tratar-se de um direito público subjetivo, tal qual o faz para a educação básica, o que polemiza a sua sindicabilidade. E é em face de ações na área da saúde que a reserva do possível é majoritariamente levantada. Por isso, estando um ente federativo impossibilitado de dar atendimento à prestação urgente e excepcional, nada impede que a conduta seja exigida do ente federativo mais ou menos abrangente, com o qual guarde relação.

A responsabilidade solidária torna evidente que, não podendo a prestação estatal ser satisfeita por um ente da federação, poderá sê-lo pelo outro. Porém, se, ainda assim, for viável o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível, nem por isso poderá ser aceito como uma *excludente de ilicitude*, tal qual propõe a doutrina. Primeiramente porque, viável o argumento da reserva do possível, não haverá ilicitude da conduta estatal. Pois, justamente, considerar que a reserva do possível é legitimamente arguível em um determinado caso concreto exclui eventual antijuridicidade no agir estatal. E, depois, no máximo, acolher a reserva do possível, mesmo configurado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta política, poderá significar a *postergabilidade* da satisfação em questão, mas jamais a impossibilidade, *em definitivo*, de exigibilidade de conduta diversa do ente estatal, em virtude da *exclusão* da ilicitude.

Nesse respeito, é elucidativo o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho: a reserva do possível não é excludente de responsabilidade. A

---

[50] A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios e financiará as instituições públicas federais; os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente nos ensinos fundamental e médio; e os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (art. 211, § § 1.º, 2.º e 3.º da Constituição.)

[51] STF, AgRg. em RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005.

[52] Eis o acréscimo promovido pela EC 59/09 no art. 211 da CF: "§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório."

[53] Neste sentido, REsp n. 961.234 – MS e REsp n. 859.647.

responsabilidade estatal não é excluída, mas modulada, atenuada, protraível no tempo.[54] Ou seja, a responsabilidade continua existindo, e o que se admite é que a reserva do possível permita que as ações decorrentes dessa responsabilidade sejam realizadas num momento futuro, inclusive determinável judicialmente.

Diante de todo o exposto, a reserva do possível pode ser delimitada nos seguintes termos: trata-se de cláusula ou argumento não excludente da ilicitude estatal, e que representa a impossibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, prestação a que esteja obrigado, salvo se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais.

3. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibiles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea.* Evento promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Simas. Curitiba: UFPR, 19 set. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* Disponível em: http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf. Acesso em: 03 nov. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. *In*: *Estudos sobre direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2004.

CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides e outro. *Constituição e Estado Social:* os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e Direitos Sociais. *Apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais:* efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

[54] O entendimento foi colhido por ocasião de questionamento formulado ao Professor durante sua conferência intitulada: Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. *In: Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea,* Evento promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, Curitiba, UFPR, 19 set. 2008.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas.* Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.* São Paulo: Malheiros, 2007.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEDUR, José Felipe. *O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais.* Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002.

LEIVAS, Paulo G. Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana*: una opción para el futuro. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.

NETTO, Sérgio de Oliveira. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais.* Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf> , acesso em 10/07/06.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais:* efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Potyara A. P.. *Necessidades humanas*: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito:* uma introdução, Coimbra, Almedina, 2007.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais***.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STF, AgRg. em RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005.

STJ, REsp 661821 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 12 mai. 2005.

STJ, REsp 719716 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 7 jun. 2005.

TRF da 4.ª Região, AC 2003.72.00.010825-6, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJU* 08 jun. 2005.

TRF da 4.ª Região, AI n. 2007.04.00.032814-0, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, *DE* 15 jan. 2008.

TRF da 4.ª Região, AI n. 2007.04.00.043332-4, Rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, *DE* 30 jan. 2008.

TRF da 4.ª Região, AI n. 2008.04.00.030710-4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DE* 12 jun. 2008.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 221-239
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O caso *apple* e a análise da governança corporativa *versus* planejamento tributário

The apple case and corporate governance analysis versus tax planning

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO[1]
LUCAS PIRES MACIEL[2]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Sumário: INTRODUÇÃO; 1. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. 1.1 Conceito. 1.2 Propósito Negocial; 2. GOVERNANÇA CORPORATIVA; 3. CASO APPLE. 3.1 Estrutura do Caso Apple. 3.2 Consequências do Caso Apple. 3.3 Caso Apple, a Governança Corporativa Versus Planejamento Tributário; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

Resumo: Estuda-se o caso *Apple* e a manutenção de valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos. Assim, fala-se sobre planejamento tributário como forma lícita de diminuição da carga tributária. Ademais, a governança corporativa, com o fito de demonstrar que é forma de administração empresarial, com a finalidade de torná-la mais transparente e para atingir os interesses de todos os acionistas. Posteriormente, demonstrou-se que a *Apple* se utilizando de países com tributação diferenciada transfere valores arrecadados sem pagamento de tributos, causando perda de arrecadação para o governo dos Estados Unidos da América. Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas.

Palavras-Chave: Governança Corporativa. Planejamento Tributário. Propósito Negocial.

Abstract: We study the Apple case and the maintenance of values abroad for investments without payment of taxes. Thus, we talk about tax planning as a legal way of reducing the tax burden. In addition, corporate governance, with the purpose of demonstrating that it is a form of business administration, with the purpose of making it more transparent and to reach the interests of all shareholders. Subsequently, it was demonstrated that Apple using countries with differentiated taxation transfers amounts collected without payment of taxes, causing loss of revenue to the United States government. The deductive method was used, with bibliographic.

Keywords: Corporate governance. Tax Planning. Business Purpose.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo estudar o caso *Apple* e a manutenção de valores no exterior para investimentos sem pagamento de tributos, analisando a governança corporativa versus planejamento tributário.

---

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

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

Para tanto, será abordado o planejamento tributário como uma forma lícita de diminuição da carga tributária. É um mecanismo que visa na brecha da legislação ou na interpretação legislativa a possibilidade de pagar menos tributo.

Com o avanço da globalização, especialmente as grandes empresas transnacionais estão utilizando-se de mecanismos de planejamento tributário internacional, buscando países com tributação diferenciada, os chamados paraísos fiscais, ou com subtributação.

Isso, pois, as empresas ampliaram as suas atividades para além das divisas de seus países de origem, alcançando o mercado internacional, não havendo mais barreiras para os seus produtos e serviços, como é o caso de diversas multinacionais que fazem parte do cotidiano de diversas pessoas.

Ademais, é importante apresentar a governança corporativa, que surgiu nos Estados Unidos da América nos anos 1970, com a finalidade de otimizar o valor econômico das companhias em um longo prazo, em benefício para os acionistas, gestores e a coletividade.

Além do mais, é uma forma de administração da empresa, com a finalidade de torná-la mais transparente e para atingir os interesses de todos os acionistas, demonstrando que a governança corporativa serve como um controle para os gestores da empresa, para que sempre atue com ética, transparência e dentro das regras impostas pelo sistema.

Para isso, deve-se aliar a ideia do planejamento tributário, um direito-dever das empresas com as práticas éticas da governança corporativa.

Assim, importante demonstrar o caso propriamente dito, em que a *Apple* se utiliza de países com tributação diferenciada transfere os valores arrecadados sem pagamento de tributos, causando uma perda de arrecadação para o governo dos Estados Unidos da América, país de origem da empresa.

Necessário realizar um estudo acerca da forma como foi elaborado o planejamento tributário na empresa e se de alguma forma atendeu às exigências da governança corporativa, analisando se o planejamento tributário vai ao encontro das diretrizes da governança corporativa (*complaince*).

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisas bibliográficas.

1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O planejamento tributário é uma medida que vem ganhando cada vez mais espaço dentro das organizações, especialmente em decorrência das últimas crises mundiais, em que houve um achatamento no lucro das empresas.

É um direito do contribuinte organizar seus negócios com o objetivo de reduzir os encargos tributários, desde que não ultrapasse os limites da legislação, através do planejamento tributário (elisão fiscal), com a redução lícita da carga tributária[3].

1.1 Conceito

Através do planejamento tributário objetiva-se a redução total da carga tributária, redução parcial da carga fiscal ou a postergação da referida carga tributária.

Segundo Luciano Amaro, que também diferencia os institutos:

> O divisor de águas entre a evasão (ilegal) e a elisão parte realmente da consideração de que, na primeira, o individuo se utiliza de meios ilícitos para fugir ao pagamento de tributo, e, no segundo caso, trilharia caminhos lícitos. A diferença reside, portanto, na licitude ou ilicitude dos procedimentos ou dos instrumentos adotados pelo individuo; por isso é que se fala em evasão legal e evasão ilegal de tributo[4].

O Autor complementa:

> O problema resvala, em última análise, para a apreciação do fato concreto e de sua correspondência com o modelo abstrato (forma) utilizado. Se a forma não refletir o fato concreto, aí sim teremos campo para a desqualificação da forma jurídica adotada[5].

De acordo com Pesce, denomina-se planejamento tributário a construção de um conjunto de operações, consubstanciadas em negócios ou atos jurídicos ou situações materiais que, em relação a outro conjunto de operações, com o mesmo resultado econômico, representa carga tributária menor e, portanto, resultado econômico maior[6].

O planejamento tributário corresponde ao detalhamento das alternativas selecionadas dentro de determinada perspectiva temporal, considerada pela empresa como médio e longo prazo, quantificando-se analiticamente recursos, volumes, preços, prazos, investimentos e demais variáveis planejadas[7].

Assim, o planejamento tributário é possível defini-lo como sendo um conjunto de medidas contínuas que visam à economia de tributos, de forma legal, levando-se em conta as possíveis mudanças com eficiência e eficácia, segundo conceitua Domingues[8].

---

[3] RIBEIRO, Maria de Fátima; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Planejamento Tributário e o valor jurídico da solidariedade*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de, (Coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: MP Ed., 2007. p. 133 - 153.

[4] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 16 ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010, p. 259.

[5] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 16 ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010, p. 259

[6] PESCE, R. A. Planejamento tributário. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 533, p. 1-5, 2005.

[7] CASTELLI, A. Contadoria: uma abordagem da gestão econômica. São Paulo: Atlas, 1999. p. 135.

[8] DOMINGUES, N. M. R. Os reflexos do planejamento tributário na contabilidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CONTABILIDADE, 16., 2000, Goiânia. Anais... Goiânia: Conselho Federal de Contabilidade, 2000. p. 1-11.

Com base no artigo 170 da Constituição Federal denota-se que a ordem econômica está fundamentada na livre iniciativa. Ainda nesse prisma verifica-se que a economia do Brasil incorpora o modelo capitalista na obtenção dos produtos e bens.

Assim, segundo André Luiz Carvalho Estrella[9] aduz que é assegurado ao cidadão a liberdade na escolha e constituição de sua atividade, observadas as limitações legais e constitucionais, que impõem iguais oportunidades de acesso ao trabalho e uma leal competição do mercado.

É certo que a base do planejamento tributário está calcada na livre iniciativa e na legalidade, uma vez que os empresários tem o direito de realizar seus negócios de acordo com as formas que elejam, bem como não existindo norma jurídica que considere ilícito o negócio, cuja carga tributária seja menor que outro, é permitido ao empresário escolher, mesmo que isso seja motivado pela menor carga tributária. Por esse motivo, garante-se que ninguém é obrigado a recolher mais tributo quando pode recolher menos.

Nestes termos elucida Maria de Fátima Ribeiro:

> [...] planejamento tributário é a técnica de organização preventiva de negócios, visando uma legítima economia de tributos, independentemente de qualquer referência aos atos posteriormente praticados. Esta economia de tributos pode ser total ou parcial, reduzindo-se a carga tributária incidente sobre os negócios jurídicos celebrados ou diferindo-a no espaço durante o ciclo operacional[10].

De acordo com Heleno Tôrres, como resultado de um acelerado processo de globalização e integração de mercados internacionais, foi gerado um grande fluxo de riquezas e bens, exigindo do operador do direito uma atuação preventiva, analisando cuidadosamente as consequências fiscais dos negócios jurídicos que as pessoas pretendem desenvolver no mercado internacional. Neste sentido, o planejamento tributário é uma técnica de organização preventiva de negócios, que, objetiva trazer ao contribuinte uma legítima economia de tributos, utilizando-se de meios lícitos para tanto[11].

Trata-se de um plano de ação, vislumbrando todas as oportunidades oferecidas. De acordo com este autor:

> [...] o planejamento tributário deve ser visto como um procedimento de interpretação do sistema de normas, visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, caracterizado pela otimização da conduta como forma de economia tributária,

---

[9] ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *A norma anti-elisão revisitada: artigo 116, parágrafo único, CTN*. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Planejamento tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 115.

[10] RIBEIRO, Maria de Fátima. *Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário.* In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Cood.). Planejamento tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 555.

[11] TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36-37

> num agir voltado imediatamente para o sucesso, em termos pragmáticos[12].

O contribuinte possui o direito de economizar tributos, uma vez que ninguém é obrigado a buscar a via mais onerosa. Essa economia se dará através da eliminação ou redução do montante devido à título de tributos, quando o contribuinte opta por beneficiar-se de vantagens conferidas por lei. A partir do momento que o contribuinte se utiliza de meios não pretendidos pelo legislador, estará se deparando com práticas elisivas[13], ou mesmo elusivas ou da própria evasão tributária (planejamento ilícito).

Conforme Ricardo Lobo Tôrres, o contribuinte tem plena liberdade de conduzir seus negócios como lhe aprouver, sendo livre para optar pela estruturação de seus negócios e pela formatação de sua empresa de modo a lhe permitir economia do imposto[14].

Segundo Miquerlam Chaves Cavalcante uma correta estruturação societária e um bem planejado controle de custos são elementos indispensáveis para o sucesso empresarial. Se considerarmos que os tributos representam custos de significativo impacto no orçamento empresarial, verifica-se que as medidas para minimizar a carga tributária são de larga utilização pelas empresas e pelos contribuintes em geral[15].

Para Andrade Filho[16]:

> [...] planejamento tributário ou "elisão fiscal" envolve a escolha, entre alternativas válidas, de situações fáticas ou jurídicas que visem reduzir ou eliminar ônus tributários, sempre que isso for possível nos limites da ordem jurídica.

Veja-se que no caso brasileiro, o próprio legislador, ao tratar dos administradores de sociedades (Lei 6.404/76, artigos 153 e 154), previu que esses ajam da forma a atender aos objetivos da companhia, respeitada a função social da empresa e satisfeita as exigências do bem público. Ou seja, deve o administrador perseguir o aumento da renda e a diminuição dos custos operacionais, que aliado a um planejamento tributário bem elaborado, se torna possível. Essa concepção é aceita na maioria dos países.

Denomina-se planejamento tributário internacional, quando esta atividade se dirige a transações internacionais, envolvendo dois ou mais países. Ao decidir por operações transnacionais a empresa não leva em consideração apenas a questão da redução da carga tributária nas

---

[12] TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

[13] BORGES, Antônio de Moura. *Noções de Direito Tributário Internacional.* Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, n. 26, p.55-91, mar. 2007.

[14] TÔRRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 10.

[15] CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário No Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

[16] ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 728.

operações. Vários outros fatores são analisados e levados em conta, como a viabilidade do negócio, a disponibilidade de recursos, o acesso ao mercado e o seu potencial[17].

Pode-se falar em planejamento tributário defensivo e ofensivo. Será defensivo quando o objetivo é evitar que o contribuinte pague a título de tributos quantias superiores às esperadas e efetivamente devidas. Por outro lado, aquele planejamento que visa primordialmente economizar tributos a qualquer custo, considerando a natureza tributária como principal motivação para prática de determinados atos é o chamado planejamento tributário ofensivo, agressivo (agressive tax planning)[18].

Rodrigo Senne Capone e Marcos Aurélio Valadão complementam:

> A reação dos países de forma concertada contra essas práticas foi materializada mais recentemente em um relatório da OCDE, elaborado por demanda do G-20, denominado Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros (BEPS), ou mais simplesmente relatório BEPS, editado no primeiro semestre de 2013, em que são analisadas as práticas abusivas mias comuns, os danos provocados às receitas tributárias dos países com tributação "normal", e emitidas recomendações para um plano de ação global para atacar o BEPS e ações imediatas a serem tomadas pelas administrações tributárias, dentre as quais se destaca o combate ao planejamento tributário abusivo. Posteriormente, no segundo semestre de 2013, foi editado o plano de ação sobres BEPS, onde são propostas estratégias para atacar o problema[19].

Assim, o tema ganhou bastante repercussão mundial, especialmente em épocas de crise econômica, em que as empresas buscam cada vez mais meios para diminuir os custos e aumentar o seu faturamento.

1.2 Propósito Negocial

Não merecem guarida jurídica os planejamentos tributários que não estão calcados em um propósito negocial, ou seja, "sem as subjacentes razões fático-negociais que o permitam ou que o justifiquem", conforme Miquerlam Chaves Cavalcante[20].

Um determinado planejamento tributário que não tenha substrato de veracidade fática, ou seja, cujas medidas adotadas no campo jurídico-formal não possuam a menor repercussão na realização do objeto

---

[17] ROHATGI, Roy. Apud CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08>, acesso em 31.out.2016, às 20horas.

[18] BORGES, Antônio de Moura. *Noções de Direito Tributário Internacional.* Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT no. 26, pp. 55 a 91. Belo Horizonte: 2007.

[19] CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08>, acesso em 31.out.2016, às 20horas.

[20] CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

social proposto pela corporação, tal planejamento não encontra amparo na ordem constitucional atual[21].

O supramencionado autor faz importante observação:

> Planejamentos cujo único e exclusivo objetivo seja a redução tributária ofendem princípios como, repita-se, a Dignidade da Pessoa Humana, na medida em que priva o estado de recursos destinados a assegurar a existência digna de seus cidadãos[22].

No ordenamento infraconstitucional, destaca-se a previsão do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Os atos simulados, portanto, são tidos como atos de evasão fiscal. Importante consignar um conceito de ato simulado:

> Há simulação absoluta quando o negócio é inteiramente simulado, quando as partes, na verdade, não desejam praticar ato algum. Não existe negócio encoberto porque realmente nada existe[23].

Simulação relativa, por sua vez, é o ato ou negócio existe, porém, está escamoteado. Veja um conceito:

> Na simulação relativa, pelo contrário, as partes pretendem realizar um negócio, mas de forma diferente daquele que se apresenta. Há divergência, no todo ou em parte, no negócio efetivamente efetuado. Aqui existe ato ou negócio dissimulado, oculto, que forma um complexo negocial único[24].

Negócio indireto, por sua vez, é diferente de simulação, conforme elucida Ricardo Mariz de Oliveira:

> É essencial compreender que o negócio indireto diferencia-se da simulação porque nesta há desconformidade entre o desejado e o praticado, o que obriga as partes a realizar atos paralelos ocultos de desfazimento ou neutralização dos efeitos do praticado ostensivamente, ao passo que no negócio indireto as partes desejam e mantêm o ato praticado e se submetem por inteiro ao seu regime jurídico e a todas as suas consequências[25].

Assim, o ordenamento jurídico repudia os atos e negócios jurídicos adotados em planejamentos tributários que não encerram em si qualquer propósito negocial, ou seja, caso de um planejamento tributário puramente para economia tributária.

---

[21] CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

[22] CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

[23] VENOSA, Silvio Venosa. *Direito Civil: Parte Geral* – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 481.

[24] VENOSA, Silvio Venosa. *Direito Civil: Parte Geral* – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 481.

[25] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto sobre a Renda, 11º Simpósio IOB de Direito Tributário.

O propósito negocial não possui um conceito definido, contudo é definido por Hugo de Brito Machado da seguinte forma:

> Entende-se por "propósito negocial" o que os americanos chamam business purpose – expressão com a qual designam o propósito ou motivação que ordinariamente está presente, porque enseja a atividade empresarial. É o propósito ligado aos objetivos visados pela empresa, ou de algum modo ligados à sua atuação no mercado.
>
> Assim, os atos ou negócios jurídicos praticados pelas empresas em geral teriam de estar ligados às suas finalidades, à sua atuação no mercado.
>
> A ausência dessa ligação poderia ser acolhida pela autoridade da Administração Tributária como motivo para desconsiderar o ato ou negócio jurídico do qual resultasse a exclusão ou a redução de um tributo ou a postergação do prazo para seu pagamento.
>
> As empresas teriam de desenvolver suas atividades sem qualquer influência dos tributos sobre suas decisões. Não poderiam optar por um negócio jurídico em vez de outro para evitar, reduzir ou postergar um tributo[26].

Ainda utilizando as palavras de Hugo de Brito Machado, acima expostas, e de Miquerlam Chaves Cavalcante, o propósito negocial diz respeito, desta forma, à condução dos negócios da sociedade empresária segundo posturas previsíveis se considerado seu objeto social e sua atividade econômica tendente ao auferimento de lucros, obviamente de forma lícita[27].

Interessante estudo divulgado demonstrou que a jurisprudência administrativa atribui maior relevância a alguns elementos no julgamento da existência ou não de propósito negocial, segundo Luís Eduardo Schoueri[28].

O primeiro deles é o tempo, ou seja, o lapso temporal entre as operações do tal planejamento tributário. Outro elemento que se sobressaiu na consideração dos julgadores administrativos refere-se à interdependência entre as partes envolvidas, ou seja, as operações ocorrem entre sociedades coligadas. Há ainda outro elemento que gera desconfiança dentre os julgadores, quando se de operações anormais, ou seja, que destoam da rotina empresarial da sociedade. Aqui, há uma maior probabilidade de que os motivos da transação sejam exclusivamente tributários[29].

---

[26] MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao planejamento tributário*. São Paulo:Malheiros, 2014, p. 115-116.

[27] CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

[28] SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento Tributário e o "Propósito Negocial" – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 19.

[29] SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento Tributário e o "Propósito Negocial" – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008.* São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 19.

Assim, para que haja um planejamento tributário eficaz e efetivamente lícito, deve o aplicador observar o propósito negocial, com um viés de técnica e finalidade.

2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

A despeito de ser um tema não diretamente ligado ao Direito, é extremamente importante na atualidade, estudar a governança corporativa, especialmente, pelo momento ético vivido no Brasil e no mundo.

A governança corporativa nasceu nos anos 1970 nos Estados Unidos da América, no caso *Watergate*. Nos anos 90 foi criado um Código para regulamentar a governança corporativa que previu a transparência, igualdade entre os sócios, entre outas questões.

Em 2001 os países passaram a discutir mais profundamente o tema e houve uma mudança na Lei da Sociedades Anônimas, aqui no Brasil. Também, nesse ano, a BOVESPA criou um índice das empresas para venda das ações com base na sua governança corporativa. Seguindo essa linha a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) que fiscaliza as Sociedades Anônimas, também criou uma cartilha para as empresas seguirem acerca da governança corporativa.

Charles Hill e Garet Jones buscam um conceito para o tema em debate:

> Por governança corporativa entende-se o conjunto de mecanismos que existe para garantir que os gestores seguirão as estratégias de interesse de um importante grupo de stakeholders, os acionistas. O capítulo se encerra com uma discussão sobre as implicações éticas das decisões estratégicas. Consideremos como os gestores podem garantir que suas decisões estejam fundamentadas em princípios sólidos, que tratem todos os stekholders de uma maneira ética[30].

Os mesmo autores indicam que procedimentos de governança corporativa sólidos são necessários para garantir que os gestores sigam as normas éticas e especialmente que os gestores sêniores não ajam de maneira a buscar vantagens pessoais ou a manipular informações. Um ponto fundamental é um conselho de administração independente, que possua disposição para convocar os gestores de alto nível a prestar contas em casos de busca de vantagens pessoais e seja capaz de questionar as informações que lhes forem fornecidas por esses gestores. Se empresas como a *Tyco*, a *WorldCom* e a *Enron* tivessem um conselho de administração forte, seria improvável que tivessem sido abaladas mais tarde por escândalos contábeis e os gestores de alto nível tivessem sido capazes de aniquilar os recursos dessas corporações como se fossem as próprios recursos pessoais[31].

O IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa apresenta interessante conceito, que é de bom tom trazê-lo à baila:

---

[30] HILL, Charles. JONES, Garet. O essencial da administração estratégica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

[31] HILL, Charles. JONES, Garet. O essencial da administração estratégica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

> Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas[32].

O Instituto orienta que as boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum[33].

Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson apresenta o seguinte conceito:

> Governança corporativa é o conjunto de estratégias utilizadas para administrar a relação entre os acionistas e para determinar e controlar a direção estratégica e o desempenho das organizações. Em essência, a governança corporativa preocupa-se em identificar maneiras de garantir que as decisões (especialmente as estratégias) sejam tomadas de forma eficaz e que facilitem os esforços para atingir competitividade estratégica. Também pode se pensar na governança como meio de estabelecer e manter harmonia entre as partes (os proprietários e seus executivos de alto nível) cujos interesses podem ser conflitantes.
>
> [...]
>
> A governança corporativa foi enfatizada nos últimos anos em razão da aparente falha em seus mecanismos para monitorar e controlar adequadamente decisões de alta gerência. [...] Um segundo e mais positivo motivo para esse interesse é oriundo de evidências de que um sistema de governança corporativa funcionando bem pode criar vantagem competitiva para uma empresa individual[34].

André Carvalhal da Silva destaca que, em 1992, foi elaborado o primeiro Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa. Neste e em outros códigos desse tipo, os principais objetivos e princípios básicos verbalizados são: a) transparência - publicizar todas as decisões mais importantes; b) equidade; c) prestação de contas com responsabilidade; d) respeito ao cumprimento das leis ou responsabilidade corporativa (Compliance) [35].

A Governança Corporativa tem razão de existir, especialmente pelo fato de que as sociedades anônimas de capital aberto podem ter como acionistas pessoas "leigas“ no mercado, e, por isso, tem que haver um mecanismo de proteção, para evitar arbitrariedades ou desvios de finalidade.

---

[32] Disponível em: http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa, acesso em 21/10/2016, às 16 horas.
[33] Op. cit.
[34] HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 255-256.
[35] SILVA, André Luiz Carvalhal da. *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil.* Rio de Janeiro: Mauad, 2005, p. 15.

Por esse motivo, Charles Hill e Garet Jones obtemperam que nas empresas com ações em bolsa, acionistas delegam o trabalho de controlar e escolher as estratégias da empresa a gestores profissionais, que se tornam os representantes legais dos acionistas. Em sendo representantes dos acionistas, os gestores devem seguir as estratégias que maximizem o retorno de longo prazo dos acionistas (sujeitos à restrição de que eles devem fazer isso de maneira tanto legal quanto ética) [36].

Ainda seguindo as linhas mestras dos autores mencionados, o propósito da governança corporativa é diminuir o escopo e a frequência do problema de representação, ou seja, ajudar a garantir que os representantes ajam de maneira consistente com os interesses de seus representados[37].

Os autores Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson indicam três mecanismos internos de governança e um externo são usualmente utilizados nas empresas modernas, quais sejam, (1) a concentração da propriedade, representada por tipos de acionistas e seus diferentes incentivos para monitorar os gerentes de alto nível; (2) a diretoria; e (3) a remuneração dos executivos[38].

Os autores auxiliam o intérprete no entendimento desses itens. O primeiro tópico acima exposto diz respeito ao fato de que o gestor deve se especializar na administração da empresa na tomada de decisões, para que a empresa não fique restrita à capacidade de seus proprietários, ficando ao bel prazer de suas decisões. Ademais, quando os grandes acionistas tem alto grau de riqueza, certamente terão poder em relação aos acionistas minoritários para extrair mais riquezas da empresa.

No ponto 2 o controle surge exatamente no fato de que a diretoria eleita ter o papel de fiscalizar os gerentes de alto nível, com o papel de direcionar os negócios da organização e punir ou recompensar os gerentes de alto nível.

O terceiro ponto tem aspecto relevante, uma vez que busca alinhavar os interesses dos gerentes de alto nível e proprietários por meio de salários, bônus e remuneração de incentivo de longo prazo, como concessões e opções de compra de ações. Desta feita, planos de remunerações de incentivo feitas de forma correta irão aumentar o valor de uma empresa alinhada com as expectativas dos acionistas[39].

Se utilizadas com eficácia essas três estratégias de governança interna pode haver uma contribuição altamente positiva para que a empresa opere e sirva aos interesses dos acionistas da melhor forma.

Por fim, é importante a observância do mecanismo externo, que é feito pelo mercado, ocasião em que os indivíduos e as organizações que

---

[36] HILL, Charles. JONES, Garet. *O essencial da administração estratégica.* São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.
[37] Op. cit., p. 59.
[38] HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 256.
[39] HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 262-267.

adquirem participações acionárias ou assumem controle de corporações potencialmente subvalorizadas a fim de que possam constituir novas divisões em empresas diversificadas estabelecidas ou unir duas delas. Neste sentido, quando os executivos das empresas tiveram um mau desempenho, eles podem ser trocados, o que denota que o mercado quando age controlando de forma eficaz garante uma punição a gerentes de alto nível ineficazes[40].

O tema é de tamanha importância que atualmente existe a discussão acerca da existência de uma governança corporativa internacional. Isso, pois, a globalização do comércio, investimento e mercados de capital aberto aumenta o valor em tese das empresas globais. Assim, por esse motivo, Michael A. Hitt, R. Duane Ireland, Robert E. Hoskisson criticam a variação existente atualmente nos mais diversos países, o que faz com que a empresa deva adequar-se às essas mais variadas regras para ter uma maior eficiência no país que deseja expandir seus negócios[41].

Assim, dever-se-ia ter uma estrutura de governança corporativa mais padronizada, para evitar esse tipo de distorção, criando assim um ambiente mais equilibrado mundialmente para a prática da governança corporativa, servindo como uma cartilha de boas práticas para todas as companhias.

Ainda sobre o tema governança corporativa, é bom mencionar a Lei Anticorrupção, que entrou em vigor por meio da Lei nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, dá um novo passo para incrementar a importância acerca do tema.

Com efeito, estabelece a implantação da Governança Corporativa como fator atenuante à aplicação de sanções administrativas por ela previstas, conforme inscrito em seu inciso VIII do artigo 7º:

> Art. 7° - Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
>
> [...]
>
> VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

O dispositivo legal, desta forma, faz clara menção àquelas empresas que adotam a governança corporativa, bem como explicitamente a importância das empresas realizarem auditorias, como forma de simplificação das sanções às empresas corruptas e atingidas pela lei mencionada. Esses meios demonstram que a empresa age de forma transparente e, com isso, levam uma diminuição em eventuais sanções.

---

[40] HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 269.
[41] HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014, p. 271-272.

Outro exemplo de prática positiva é a elaboração de balanço social, que seria uma forma de elucidar as práticas da governança corporativa, demonstrando os meios sociais aplicados pela organização durante o exercício.

Assim, pode-se inferir que a disseminação nas empresas dos conceitos de governança corporativa são fundamentais para a prevenção de condutas inadequadas e para o desenvolvimento e a perenidade das empresas no mercado:

> Além de incentivar condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiariam aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas[42].

A Lei Anticorrupção busca estimular o ambiente empresarial sustentável por intermédio da coibição de condutas que favoreçam atos de corrupção capazes de alterar de forma artificial a celebração de negócios privados, por meio do aprisionamento dos agentes públicos mediante oferta de benefícios indevidos em troca de vantagens injustificáveis[43].

Ademais, as empresas com ações em bolsa de valores são obrigadas a apresentar relatórios, além de apresentam auditorias feitas por empresas independentes.

Diante disso, a governança corporativa é uma realidade para as empresas e deve ser observadas, especialmente pelas sociedades anônimas de capital aberto.

3 CASO APPLE

No início de 2013, a estrutura criada pela *Apple* chamou a atenção, pelo fato de ter criado uma economia tributária de bilhões de dólares. Trata-se de uma estratégia que utiliza a legislação da Irlanda para pagar menos tributos. Essa manobra da *Apple* foi chamada de Planejamento Tributário Internacional Abusivo.

3.1 Estrutura do Caso *Apple*

O caso *Apple* consiste em planejamento tributário internacional entre dois países europeus (Irlanda e Holanda) a fim de obter vantagens fiscais, por meio das seguintes manobras estruturais:

a) Se a venda de um produto da *Apple* ocorre nos Estados Unidos da América, o dinheiro é pago a uma subsidiária irlandesa como *royalties* sobre as patentes da empresa, de modo que não ocorre a

---

[42] MAEDA, Bruno Carneiro. *Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais.* In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Temas de anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 167-201.

[43] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas.* Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>, acesso em 20.out.2016, às 22 horas.

tributação de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) sobre a renda no país de origem; a subsidiária irlandesa, por sua vez, fica livre de tributos, pois a sua controlada situa-se em paraíso fiscal;

b) Se a venda ocorre fora dos Estados Unidos da América, o dinheiro é transferido a uma segunda subsidiária irlandesa que, por sua vez, remete dividendos para outra subsidiária na Holanda, onde não ocorre a tributação (uma vez que a operação ocorre dentro do bloco da União Europeia). Esta, então, transfere o dinheiro a outra subsidiária irlandesa, cuja *holding* está em paraíso fiscal, de modo a subtributar os rendimentos.

O arranjo necessita de uma empresa americana, que cria duas subsidiárias, ambas na Irlanda. A primeira empresa subsidiária é subsidiária direta da empresa americana, organizada de acordo com as leis irlandesas, mas é administrada e controlada nas Bermudas.

Poderia ser administrada e controlada em qualquer outro país, mas para que o arranjo proporcione uma economia ainda maior, a escolha decai sempre em uma jurisdição com baixas alíquotas ou sem tributação da renda. No caso das Bermudas não existe tributação de renda das empresas.

Já a segunda empresa subsidiária pertence à primeira empresa subsidiária, e é organizada, administrada e controlada na própria Irlanda. Então são ao todo três empresas, sendo uma americana, uma irlandesa, mas, repita-se, o seu controle e administração é feito de outro país, qual seja Bermudas. A última é irlandesa e é controlada e administrada na própria Irlanda[44].

Assim, com essa estrutura a *Apple* deixa de pagar muitos milhares de dólares em tributos para os Estados Unidos da América.

3.2 Consequências do Caso Apple

Empresas como *Apple, General Eletric, Pfizer, Microsoft* e outras, das 500 (quinhentas) maiores empresas do mundo foram identificadas como mantenedoras de cerca de US$ 2 (dois) trilhões de dólares de lucros em paraísos fiscais, evitando, assim, o pagamento de tributos nos Estados Unidos da América. Os dados foram divulgados pela agência Reuters, causando grande impacto no público norte-americano. O mesmo estudo registra que se os lucros fossem repatriados de jurisdições como Luxemburgo, Holanda, Bermuda e Irlanda, acrescentariam cerca de US$ 620 (seiscentos e vinte) bilhões de dólares em receita de tributos ao Tesouro americano, segundo a revista Fortune[45].

Esse tipo de planejamento tributário internacional causa:

---

[44] CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08>, acesso em 31.out.2016, às 20horas.

[45] Disponível em <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2016/ii-seminario-carf-de-direito-tributario-3/ii-seminario-carf-9-d-aloisio-almeida-o-projeto-beps-e-o-agressive-tax-planning.pdf>, acesso em 21/10/2016, às 18 horas.

> Estados prejudicados: queda de arrecadação e enfraquecimento da integridade do sistema tributário mundial;
>
> Contribuintes nacionais prejudicados: empresas com maior capacidade contributiva se deslocam para outras jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, ficando os contribuintes nacionais com uma maior fatia da carga tributária;
>
> Ambiente de negócios prejudicados: vantagem pela não tributação e não pelo aumento de produtividade;
>
> Sociedade prejudicada (aumento do desemprego): quando se estabelecem regras mais vantajosas para que as empresas se situem no exterior e não no país de origem[46].

Por esse cenário, os ministros das finanças dos países do G-20 requisitaram o auxílio da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para desenvolver um plano de ação, que foi denominado *BEPS* (*Base Erosion and Profit Shifting*), em português "Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros".

O Caso *Apple*, nos termos do publicado no Valor Econômico do dia 30 de agosto de 2016:

> *Apple* deve pagar 13 bilhões de euros em impostos, mais juros, à Irlanda depois de a União Europeia (UE) apontar que a empresa recebeu benefícios fiscais ilegais por 11 anos.
>
> A comissária de Concorrência da UE, Margrethe Vestager, disse que uma investigação de três anos mostrou que a Irlanda concedeu vantagens fiscais para a *Apple* que fez com que a taxa de imposto corporativa efetiva sobre seus lucros na Europa caísse de 1% em 2003 para 0,0005% em 2014.
>
> Esse percentual significa que, a cada 1 milhão de euros em lucro, a *Apple* pagava apenas 50 euros em impostos, disse a comissária em coletiva de imprensa. "Os Estados-membros não podem dar benefícios fiscais para companhias selecionadas - isto é ilegal sob as regras da União Europeia", sustentou. "A Irlanda deve recuperar os impostos não pagos pela nos anos de 2003 a 2014", acrescentou[47].

Diante desse quadro, os países que se sentem prejudicados tem tomado medidas para tentar minimizar as consequências dessas medidas adotadas pelas empresas.

Exemplo disso foi o que ocorreu com a fusão entre a *Pfizer Ic.* e a *Allergan*, que foi dissolvido em decorrência de uma postura mais enérgica dos Estados Unidos da América, no que toca ao impedimento de realização de planejamentos tributários, com o único fito de pagar menor carga tributária. Veja a notícia publicada:

> O acordo de fusão de US$ 160 bilhões se dissolveu entre a *Pfizer Inc.* e a *Allergan PLC*, devido às medidas tomadas pelo governo

---

[46] Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/02/26/apresentacao-de-iagaro-jung-martins>, acesso em 24/10/2016, às 20 horas.

[47] Disponibilizado no site <http://www.valor.com.br/empresas/4692239/apple-deve-pagar-13-bilhoes-de-euros-em-impostos-irlanda-diz-ue>, acesso em 22 de outubro de 2016, às 20 horas.

> americano contra as fusões de empresas impulsionadas por razões fiscais.
>
> As duas farmacêuticas buscam agir rapidamente para superar a dissolução do acordo, cancelado após o governo americano ter tomado medidas contra a fusão, a qual teria transferido a jurisdição fiscal da *Pfizer* dos Estados Unidos para a Irlanda, onde a farmacêutica americana pagaria menos impostos.
>
> A *Pfizer*, que tem sede em Nova *York*, vai pagar à *Allergan* US$ 150 milhões pelo cancelamento. A multa é relativamente pequena dado o valor de mercado da *Pfizer*, de cerca de US$ 200 bilhões[48].

Diante disso, o cenário global passa por um momento delicado em relação ao tema, principalmente em decorrência do Caso *Apple* e os Estados tem firmado um estudo para banir esse tipo de medida, em união com a OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

3.3 Caso *Apple*, a Governança Corporativa *Versus* Planejamento Tributário

Como preceito da boa prática de governança corporativa o planejamento estratégico (e, por consequência, o planejamento tributário como parte integrante) deve ser um processo de cooperação entre a diretoria e o conselho de administração. Primariamente, cabe à diretoria desenvolver, por vezes com a ajuda de consultores externos, propostas, inclusive de planejamento tributário, que devem ser analisadas, avaliadas, criticadas e finalmente aprovadas pelo conselho, que se torna assim corresponsável pelo projeto.

Os planejamentos tributários são mecanismos corretos, permitidos e cada vez mais necessários para as organizações, haja vista que, a busca pelo menor preço de venda do produto, diante de um mercado consumidor cada vez mais exigente, com uma *Internet* mais globalizada e acessível a todos mundialmente, um produto produzido na China, muitas vezes custa menos do que um produto produzido no próprio Brasil.

E essa situação está intimamente ligada com a carga tributária dos produtos, especialmente no Brasil que tem a maior parte da carga tributária ligada aos tributos indiretos.

Desta feita, realizar planejamento tributário deixou de ser algo adstrito à grandes empresas, ou empresas multinacionais e passou a ser realidade para a maioria das empresas que quer concorrer com seus produtos e serviços.

Porém, é de extrema necessidade que os planejamentos tributários sejam realizados de forma lícita, em obediência à governança tributária, com o fito de diminuir carga tributária, sem prejudicar a transparência, a ética e os acionistas. A realização de planejamento tributário é necessidade, mas com cautela e dentro da legalidade.

---

[48] Disponibilizado no site <https://br.noticias.yahoo.com/pfizer-desiste-comprar-allergan-160-bilh%C3%B5es-d%C3%B3lares-160947309--finance.html>, acesso em 22 de outubro de 2016, às 20 horas.

CONCLUSÃO

O planejamento tributário é um mecanismo que objetiva economia tributária de forma lícita.

Com a globalização as empresas tem visto a necessidade de realizar estudos tributários em busca de uma menor carga tributária, objetivando países que possuam uma carga tributária menor.

A Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas.

Uma das atividades da governança corporativa é criar formas de organização para as empresas, para criar mecanismos para dar transparência empresarial. A realização de planejamento tributário é considerada como uma das formas de governança corporativa, desde que feita de forma lícita, o que é bastante discutível em várias situações, principalmente quando prejudica os países de origem.

É função do administrador buscar meios de pagar menos tributos, conforme a Lei das Sociedades Anônimas.

O planejamento tributário internacional vem sendo muito utilizado por diversas empresas americanas, em especial as que comercializam *softwares*, e é praticado por gigantes da área de *softwares* e tecnologia da informação que tem origem nos Estados Unidos da América (*Google, Apple* etc.).

Trata-se de uma forma lícita de economia de tributos, uma vez que quem o utilizar estará se valendo de autorizações legislativas, de direito privado e tributário. Se não fizer de forma lícita será considerado evasão fiscal.

Há uma mobilização internacional para evitar essas práticas, como visto no Relatório da *BEPS – Base Erosion and Profit Shifting*, em português “Considerando a Erosão da Base Tributária e o Desvio de Lucros”, uma vez que tem causado prejuízos bilionários anualmente aos cofres das maiores economias do mundo.

Diante dessas pressões, a Irlanda obrigou a *Apple* a pagar o valor de treze bilhões de euros em tributos, mais juros, depois de a União Europeia (UE) apontar que a empresa recebeu benefícios fiscais ilegais por onze anos.

As organizações não devem deixar de realizar planejamento tributário, mas devem ficar atentas pela utilização de mecanismos lícitos e transparentes, ou seja, com demonstração clara do propósito negocial, não ficando apenas limitada a economia tributária, simplesmente.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas.* São Paulo: Atlas, 2007.

- BORGES, Antônio de Moura. *Noções de Direito Tributário Internacional.* Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT, Belo Horizonte, n. 26, p.55-91, mar. 2007.

- CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08> , acesso em 31.out.2016, às 20horas.

- CASTELLI, A. Contadoria: uma abordagem da gestão econômica. São Paulo: Atlas, 1999.

- CAVALCANTE, Miquerlam Chaves. *O Propósito Negocial e o Planejamento Tributário no Ordenamento Jurídico Brasileiro.* Disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/chaves.pdf>. Acesso em 22.out.2016, às 16 horas.

- ESTRELLA, André Luiz Carvalho. *A norma anti-elisão revisitada: artigo 116, parágrafo único, CTN.* In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Planejamento tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- HILL, Charles. JONES, Garet. *O essencial da administração estratégica.* São Paulo: Saraiva, 2013.

- HITT, Michael A.; IRELAND, R. Duane; HOSKISSON, Robert E. *Administração estratégica.* São Paulo: Cengage Learning, 2014.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao planejamento tributário.* São Paulo:Malheiros, 2014.

- MAEDA, Bruno Carneiro. *Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais.* In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). Temas de anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Questões Relevantes, Atualidades e Planejamento com Imposto sobre a Renda, 11º Simpósio IOB de Direito Tributário.

- PESCE, R. A. Planejamento tributário. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 533, 2005.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas* <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>, acesso em 20.out.2016, às 22 horas.

- RIBEIRO, Maria de Fátima; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Planejamento Tributário e o valor jurídico da solidariedade.* In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de, (Coord.). Planejamento Tributário. São Paulo: MP Ed., 2007.

- _____. *Tributação e comércio eletrônico: considerações sobre planejamento tributário.* In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Cood.). Planejamento tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

- ROHATGI, Roy. Apud CAPONE, Rodrigo Senne. VALADÃO, Marcos Aurélio. *Planejamento Tributário Internacional: Double Irish Arrangement*, disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53c94cef17f0ee08> , acesso em 31.out.2016, às 20horas.

- SILVA, André Luiz Carvalhal da. *Governança corporativa e decisões financeiras no Brasil.* Rio de Janeiro: Mauad, 2005.

- SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.); FREITAS, Rodrigo de (org.). *Planejamento Tributário e o "Propósito Negocial" – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- _____. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

- VENOSA, Silvio Venosa. Direito Civil: Parte Geral – 4ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 241-256
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A crise da globalização: um estudo sobre os efeitos do *brexit* e da política do governo trump e os desafios para as metas do acordo de Paris

The globalization crisis: a study on the effects of the brexit and trump government policy and the challenges for the Paris agreement goals

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU[1]
MARCOS VINICIUS RODRIGUES[2]
Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil)

Sumário: Introdução. 1. O risco no mundo globalizado e mudança climática. 2. Crise na globalização e sustentabilidade. 3. O protecionismo e o significado da escolha pelo *brexit* e eleição do Donald Trump. 4. O retrocesso na promoção da sustentabilidade: o exemplo da COP 21. Considerações finais. Referências.

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar o atual cenário mundial com a saída do Reino Unido da União Europeia e da atual política Norte Americana como consequências da chamada crise da globalização, sendo, contudo, atitudes que consubstanciam em risco econômico frente às ações mundiais para a sustentabilidade do planeta. Procura-se levar em consideração as perspectivas socioambientais e os riscos futuros diante da nova geopolítica. Através de uma pesquisa exploratória teórica, tendo em vista tais políticas protecionistas, busca-se delinear os efeitos suscetíveis de desconstruir a integração econômica e de contribuir para o retrocesso na efetividade das metas do Acordo de Paris (COP21) a fim de evitar o aquecimento global.

Palavras-Chave: Crise da Globalização; COP21; Sustentabilidade.

Abstract: The objective of this paper is to analyze the current world scenario with the departure of the United Kingdom from the European Union and the current North American policy as a consequence of the so-called globalization crisis. However, attitudes are constituting an economic risk to global actions for sustainability Of the planet. It seeks to take into account socio-environmental perspectives and future risks in the face of the new geopolitics. Through a theoretical exploratory research, in view of such protectionist policies, the aim is to delineate the effects that may deconstruct economic integration and to contribute to the regression in the effectiveness of the goals of the Paris Agreement (COP21) in order to avoid global warming.

Keywords: Crisis of Globalization; COP21; Sustainability.

[1] Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Internacional Público e Privado na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito. kiwonghi@domheler.edu.br

2 Advogado. Especialista em Direito Empresarial (FGV). Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Endereço eletrônico: marcos@lawyer.com.

INTRODUÇÃO

O 5º relatório científico do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), de 2014, evidenciou dados alarmantes sobre a mudança climática na terra, tornando clara e incisiva a necessidade de ações globais para tentar frear o progressivo aumento da temperatura do planeta, bem como de reduzir consideravelmente as emissões de gases de efeito estufa.

As emissões cresceram mais rapidamente do que na década anterior, principalmente no que tange ao aproveitamento energético do planeta, dado a geração de energia a partir do uso de carvão. Ainda de acordo com o relatório que motivou as discussões da Conferência das Partes (COP 21) [3], atualmente a concentração de gases de efeito estufa na atmosfera é a mais alta desde últimos 800 mil anos. Consoante ao relatório, se nada for feito, a previsão é de que até o ano de 2100 a temperatura média global aumente em até 5ºC, podendo causar sérias consequências à vida humana no planeta.

Não somente na seara científica, mas também no campo político, a mudança climática é uma questão urgente a ser tratada. Nesta toada, ela se desdobra em questões emblemáticas tais como de território, soberania e da própria justiça, representando desta maneira, um desafio significativo para as relações internacionais.

Assim, apesar do Acordo de Paris[4], negociado na COP21 em 2015, consistir em uma perspectiva para ações efetivas envolvendo várias nações sobre mudanças climáticas, as opiniões e as políticas sobre mudanças climáticas persistem em manter como arcabouço contextos nacionais. Evidente que a nova geopolítica e a ascensão de lideranças políticas de cunho protecionistas surgem para desorganizar, ou mesmo contrapor, a urgente necessidade de implementar medidas práticas para evitar o aquecimento global.

O presente artigo expõe justamente a problematização de novos arranjos dos países frente a uma crise na globalização e o risco inerente aos cumprimentos das metas que cada setor econômico pode desempenhar para o cumprimento das metas de redução das emissões de gases de efeito estufa para 2025 e 2030 (estipuladas no acordo de Paris).

Sobre a égide filosófica de que a tomada de decisão é a fonte dos riscos, o trabalho considera os insurgentes movimentos protecionistas de destaque: o *Brexit*[5] e a irracional medida do Presidente Americano Donald Trump, de abandonar o Acordo de Paris, como sujeitos da desorganização dos compromissos no cumprimento das metas da COP21 em contraposição aos urgentes ideais de proteção ao meio ambiente pautado na solidariedade entre as nações.

---

[3] A COP21 realizada em Paris, no ano de 2015 e buscou alcançar um novo acordo internacional sobre o clima, aplicável a todos os países, com o objetivo de manter o aquecimento global abaixo dos 2°C.

[4] O Acordo de Paris baseia-se na Convenção COP21 e pioneiramente propõe com que todas as nações sejam uma causa comum para empreender esforços ambiciosos para combater as alterações climáticas e adaptar-se aos seus efeitos, com um apoio reforçado para ajudar os países em desenvolvimento a fazê-lo. Como tal, apresenta um novo curso no esforço climático global.

O principal objetivo do Acordo de Paris é fortalecer uma resposta de vários países à ameaça das mudanças climáticas, mantendo um aumento da temperatura global neste século bem abaixo de 2 graus Celsius acima dos níveis pré-industriais e buscando esforços para limitar o aumento da temperatura até mais de 1,5 graus Celsius. Ainda, o acordo intenta fortalecer a capacidade dos países para lidar com os impactos das mudanças climáticas. Para alcançar esses objetivos, são pontos focais a serem aprimorados, os fluxos financeiros adequados, um novo quadro de tecnologia e um quadro de capacitação aprimorado, apoiando as ações dos países em desenvolvimento e dos países mais vulneráveis, de acordo com seus próprios objetivos nacionais.

[5] '*Brexit*' é a abreviação das palavras em inglês *Britain* (Grã-Bretanha) e *exit* (saída). Refere-se a saída do Reino Unido da União Europeia.

Far-se-á uma pesquisa exploratória teórica para alcançar o resultado visado mediante levantamento biográfico e o uso do método dedutivo, tendo em vista os acontecimentos e fenômenos no âmbito internacional.

1 O RISCO NO MUNDO GLOBALIZADO E MUDANÇA CLIMÁTICA

Cumpre inicialmente contextualizar o que venha a ser sociedade de risco. Para refletirmos sobre o assunto, observa-se que o mundo globalizado assiste a um cenário de incertezas, onde a economia sofre influência de vários fatores, entre os quais se destacam as modificações no conceito de soberania, da ampla necessidade de proteger os direitos humanos, dos movimentos de refugiados, do surgimento da criminalidade organizada com ações transnacionais e do terrorismo, bem como dos efeitos ambientais resultantes dos atuais modelos de desenvolvimento. Nesta senda, entre todas estas ameaças, relativizam-se as diferenças e fronteiras sociais, e expõe o aumento dos riscos da modernização, a intitulada sociedade de risco. No tocante a este item:

> O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego[6].

Ao versar sobre o assunto, sobre o prisma do risco econômico e da mudança climática, é salutar para compreendermos esta interrelação, o pensamento filosófico de Ulrich Beck.

A expressão sociedade de risco foi caracterizada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986, após o grave acidente nuclear de Chernobyl, ocorrido na Ucrânia, para apontar os fatos atuais mediante a constatação de que os perigos hoje enfrentados pela humanidade são causas e efeitos da própria ação antrópica, que por sua vez, é motivadora de constantes imprevisibilidades quanto às consequências das medidas adotadas, e o enfraquecimento da racionalidade baseada no conhecimento do passado[7].

Ulrich Beck, em sua obra sobre a temática Sociedade de Risco, defende a tese de que a tomada de decisão é a fonte dos riscos. O autor chama a nossa atenção para os perigos das catástrofes ambientais e propõe outro olhar sobre como pensamos as sociedades contemporâneas, a partir da natureza global do risco e o futuro da política[8].

A sociedade moderna atingiu um patamar de desenvolvimento produtivo, promovido pelo desenvolvimento técnico e científico, em contrapartida, tal movimento se traduz na possibilidade do risco de colocar em risco a própria vida do planeta. Assim, "Sociedade de risco" significa que vivemos em um mundo fora de

---

[6] BECK, Ulrich apud GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. Ambiente & Sociendade, São Paulo , v. 19, n. 1, p. 96, 2016. Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2017.

[7] BECK, Ulrich (2006) apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, Sociedade de Risco e Segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 9, dez. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41660>. Acesso em: 13 Jun. 2017.

[8] GUIVANT, Julia Silvia. *Op. cit*, p.102.

controle e de como os problemas ambientais inserem-se na dinâmica social e política, [9].

De acordo com a filosofia de Beck[10], não há nada certo além da incerteza, desta forma, o termo "risco" possui dois entendimentos opostos. O primeiro, o de um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável. O que se denomina comumente com referência às incertezas não quantificáveis, ou seja, "riscos que não podem ser mensurados". Lado outro, a "sociedade de risco", abarca o sentido de incertezas fabricadas. Essas "verdadeiras" incertezas, alicerçadas por inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas, criam uma nova perspectiva de risco global. O autor ainda reforça que há uma imensa distância, oceano de ignorância, que separa os resultados práticos das novas tecnologias incertas de risco.

Beck explica que os riscos não são sinônimos de catástrofe, mas sim a antecipação desta. Eles existem em um estado permanente de virtualidade e passam a serem tópicos quando antecipados através de diversas técnicas de visualização, especialmente aquelas utilizadas pela mídia[11].

Com isso, para Beck o período atual constitui um novo processo de civilização que opera a nível individual, e em cada estado. A globalização distingue, enfim, como um processo de expressão política de multiculturalismo civilização. Tal teoria não vê dinâmica na civilização, uma vez que está limitada a grupos dentro de um único país. Desta forma, a globalização é vista de uma forma mais ampla como o fim de empresas privadas e associações exclusivas para os indivíduos. Todos os países devem cooperar para cuidar de indivíduos, todos com múltiplas filiações[12].

Por oportuno, Beck considera primordial o esforço dos Estados nacionais no intuito de aprimorar a cooperação e coesão entre os Estados, no entanto, sem abdicar do profundo reconhecimento da diversidade e das individualidades. Então, a partir da construção de um estado transnacional seria possível controlar as empresas transnacionais. Desta feita, a elaboração e o desenvolvimento de novas leis e instâncias jurídicas internacionais possibilitam também de mediação amigável de conflitos transnacionais, intitulado pacifismo jurídico[13].

O uso dos Recursos Naturais e a tecnologia empregada na sua transformação, possibilitaram conforto e riquezas no curto prazo, na mesma medida, entretanto, em que estabeleceram um processo insidioso de insustentabilidade desses padrões no longo prazo. A sociedade industrial agora se reveste como sociedade de riscos, espalhando elementos de destruição sem respeitar fronteiras, ricos e pobres, seja pela água, pelo ar ou pelo clima em mudança, cujo aquecimento gradativo vai pondo em risco desde as terras baixas da rica Holanda, até pequenos países insulares e pobres, ambos vistos como virtuais vítimas do aumento no nível dos oceanos. Sobre o impacto na produção de alimentos já se conta com a incapacidade de plantio de algumas espécies em vários locais do mundo e a diminuição da produtividade em outros. Para completar, vários pontos do Planeta se tornarão inabitáveis com o aumento da temperatura, das intempéries e os extremos das mudanças climáticas.

---

[9] ROTONDARO, Tatiana G. Riscos Ambientais: *Realidade Virtual ou Virtualidade Real?* Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciência Humanas da Universidade Estadual de Campinas sob a orientação da Profa. Dra. Leila da Costa Ferreira. Unicamp. Campinas, 2002. Disponível em: < http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/278769/1/Rotondaro,%20Tatiana%20Gomes.pdf >. Acesso em: 05 jun. 2017.

[10] BECK, Ulrich, 2006, p. 1.

[11] GUIVANT, *op. cit*.,2016, p. 1.

[12] CALLENS, Stéphane, « Ulrich Beck (1944-2015) et la société mondiale du risque », Développement durable et territoires [En ligne], Vol.6, n°1, p. 1,Mar. 2015. Disponível em: http://developpementdurable.revues.org/10785. Acesso em: 12 jun. 2017.

[13] MOREIRA, Rômulo de Andrade. Morreu Ulrich Beck, o sociólogo da sociedade de risco. Conteúdo Juridico, Brasília-DF: 02 fev. 2015, p.1. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52350>. Acesso em: 02 maio 2017.

Cabe refletir se a riqueza produzida pela sociedade de fato assim é, ou, se na verdade, a Modernidade consumiu a Natureza e agora inicia o consumo de si mesma, colocando em perigo toda a Humanidade. Há algum tempo já se discute sobre a função social do lucro, da Responsabilidade Social das Empresas, do Terceiro Setor como regulador da Sociedade, dentre outras novas questões que a Universidade precisa disseminar e discutir com o público. Só uma sociedade consciente e informada desse trágico e oculto processo poderá evitar a futura repartição de riscos. Em seu lugar e preventivamente – pois ainda há tempo – deve-se desde já negociar e praticar novos processos de produção e consumo, com a concomitante repartição social de responsabilidades e ações que evitem a destruição de nosso Planeta.

Beck tentou sempre responder à questão como poderia a sociologia lidar com a transformação radical global introduzida nas nossas sociedades pelas crises financeiras globais, pela destruição ambiental em larga escala, pelo aquecimento global ou pelo enfraquecimento da democracia, dos estados e das suas instituições.

Efetuado estes importantes registros, torna-se atual o pensamento de Beck no sentido em que a *"reinvenção da política não se caracteriza pelo triunfo do neoliberalismo, mas, ao contrário, pela crítica ao domínio do plano econômico sobre todos os demais, e ao autoritarismo político a serviço da lógica do mercado"*[14].

Na mesma linha diante das atuais políticas, os perigos destacados por Beck assumiram formas e significados mais abrangentes. Vive-se mais do que nunca em um mundo em risco, onde o capitalismo contemporâneo potencializa a ruína da solidariedade social.

2 CRISE DA GLOBALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE

Inicialmente, o fim da Guerra Fria coincidiu com o debate sobre a criação de novos mecanismos de regulamentação comercial, a proliferação de organizações internacionais e a consolidação de um novo modelo econômico. Com a queda do Muro de Berlim houve a aceleração desse processo por todo o planeta, baseada no Estado mínimo, a partir da privatização das empresas estatais e da abertura das economias, resultando na internacionalização das relações econômicas. Em consequência, o mercado mundial se ampliou, com a redução e a eliminação de barreiras comerciais.

Logo, os Estados tiveram que se adaptar à nova ordem das relações internacionais, sendo que um dos meios mais utilizados para participar ativamente nesse cenário se traduz na integração econômica (regional ou multilateral).

Podemos conceituar o processo de globalização como um processo de internacionalização, decorrente de um novo sistema de técnicas (presidido pelas técnicas da informação, que une as demais e assegura-lhe uma presença planetária) e de um mercado global[15]. E de outra forma:

> O termo "globalização" (em Inglês "Globalização") é ambivalente. Ele refere-se tanto uma ideologia e uma mudança real: a ideologia da "globalização" (também chamado de "modernização") processo naturaliza história, que não é irreversível (o governo da economia mundial por um pequeno número de grupos capitalistas multinacionais); mas, simultaneamente, a globalização do comércio, interconexões e transmissão de informações refere-se a um evento importante: a passagem da revolução industrial para a revolução informacional. A mistura dos dois (a ideologia e a mutação) é facilitada pelo uso que é atualmente o sistema

[14]BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, reposta à globalização.** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 225.

[15] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 23.

> capitalista da revolução da informação: o processo real de compartimentação, substituição de redes hierarquias piramidais, mobilidade multifuncional, escondendo de fato um tremendo ressurgimento da precarização do trabalho adornada termo "flexibilidade" ambivalente[16].

Em síntese, a globalização extravasou as fronteiras dos fluxos financeiros internacionais e a transnacionalização das economias internas dos países, reduzindo ou suprimindo os limites geográficos. Se a globalização acarretou em uma maior aproximação e velocidade nas relações mundiais, provocou também a internacionalização de problemas, que, por sua vez, causou a transferência de questões políticas internas de cada país para serem enfrentadas por organizações internacionais[17].

Ainda de acordo com Cardoso em que pese críticas à globalização, não se pode dizer a rigor que o fenômeno da globalização é socialmente benéfico ou não, assim, a maior abertura comercial é controversa até mesmo entre os países industrializados e mais desenvolvidos.

Fato é que nos últimos anos, a globalização desacelerou, de acordo com o relatório de 2012, da empresa de consultoria Ernst & Young, a globalização, definida como integração dos negócios global, vai continuar nos próximos anos, porém em ritmo lento. A crise global e as recessões são os principais fatores desta desaceleração, especialmente nos países ricos[18].

Entre as várias razões para o fenômeno está a desaceleração da tendência de empresas de países desenvolvidos, especialmente dos Estados Unidos, e a orientação política protecionista para trazerem de volta etapas da produção que eram antes efetuadas em outros países[19].

Neste sentido, resta claro que surge uma nova força antagônica à integração dos países, pautada em uma tendência protecionista e isolacionista, o qual a priori, não é solução para as questões econômicas, sociais, políticas e muito menos ecológicas, que enfim, deveriam ser resolvidas na efetividade de ações cooperadas entre países.

Se por um lado a globalização compromete a sustentabilidade de todo o mundo, ao passo em que não existem fronteiras para os efeitos da degradação, lado outro, a globalização pode ser salutar na cooperação dos países em desenvolverem intercâmbio de mecanismos de desenvolvimento limpo. Ademais, o reconhecimento integrado entre os países e suas regionalidades em relação à importância da questão ambiental tem determinado uma discussão cada vez maior sobre os padrões de desenvolvimento sustentável. Longe de serem incompatíveis, como já se cogitou antigamente, os interesses econômicos e a preservação ambiental são fundamentais para a sociedade e devem conviver em harmonia para que haja um maior equilíbrio e justiça social entre os povos[20].

---

[16] LOJKINE, Jean. *Sobre as experiências de gestão de participação local e cidadão na França e no Brasil*. 2000, p. 2. Disponível em: < http://www.comprendre-agir.org/images/fichier-dyn/doc/2013/institution_municipale_mediation_entre_entreprise_et_societe_lojkine_chsct.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

[17] CARDOSO, Oscar Valente. *Globalização, Aposentados Ingleses e Ornitorrincos Australianos.* Administradores.com. João Pessoa, 2011, p.1. Disponível em: < http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/globalizacao-aposentados-ingleses-e-ornitorrincos-australianos/53950/?desktop=true >. Acesso em: 05 jun. 2017.

[18] EY. Globalization Report. *Looking beyond the obvious Momentum is shifting to other hot spots.* Londres, 2012. Disponível em: < http://www.ey.com/gl/en/issues/driving-growth/globalization---looking-beyond-the-obvious---momentum-is-shifting-to-other-hot-spots >. Acesso em: 05 jun. 2017.

[19] *Idem, p.1.*

[20] PISKE, Oriana. *O Processo de Globalização e a Necessária Sustentabilidade Ambiental*. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT. Brasília, 2011. Disponível em: <

A propósito, sobre sustentabilidade e desenvolvimento econômico, Rezende e Bizawu ensinam que:

> Precisa-se, nesse contexto, de uma nova visão para reformular a retórica tradicional de desenvolvimento econômica excludente que causa a perda da biodiversidade, a degradação ambiental e o esgotamento dos recursos naturais sem pensar nas gerações futuras. Daí também a necessidade de se pensar em um mundo novo em que, em nome da democracia e da liberdade, com todo o pragmatismo e realismo, se busca resolver a questão da fome por falta de propostas concretas e vinculativas como tem acontecido nas negociações para as mudanças climáticas[21].

Depreende-se que a conceituação de desenvolvimento sustentável perpassa o pensamento de alternativas inovadoras e que possam de alguma forma alterar tradicionais ciclos econômicos. Neste sentido, diante de uma globalização em crise e de uma plena sociedade de risco frente às novas políticas protecionistas, exalta-se o desafio para atingir a sustentabilidade.

3 O PROTECIONISMO E O SIGNIFICADO DA ESCOLHA PELO *BREXIT* E ELEIÇÃO DE DONALD TRUMP

O protecionismo é uma prática quase tão antiga quanto o intercâmbio comercial entre países. O que tem variado ao longo do tempo é a natureza das restrições, o alcance e a profundidade das medidas, e os produtos ou setores atingidos[22].

A título de exemplo, já no período mercantilista, o protecionismo em alguns países foi justificado como forma de alcançar uma balança comercial positiva, bem como encontrava amparo na proteção de certos setores da economia, tais como a segurança nacional, marinha e segmentos da indústria em desenvolvimento[23].

Com o advento do pensamento liberal influenciando as economias, a exemplo das obras dos expoentes, Adam Smith e John Lock, o protecionismo foi veementemente combatido[24].

Contudo no início do século XX, e como mote tradicional, uma crise veio questionar os ideais liberais e desconfiança na virtude das economias em promoverem uma competição sadia, desta feita, as medidas protecionistas voltaram a serem adotadas como forma de minimizar impactos em suas economias domésticas e como retaliação àquelas que já praticavam o protecionismo ainda que de forma sutil[25].

---

http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/o-processo-de-globalizacao-e-a-necessaria-sustentabilidade-ambiental-juiza-oriana-piske >. Acesso em: 10 jun. 2017.

[21] REZENDE, E. N.; BIZAWU, S. K. “Os indignados econômicos na era da sustentabilidade: um repensar da política econômica mundial e do meio ambiente”. *Revista Jurídica Unicuritiba*, v. 4, n. 33, p. 203, 2013.

[22] MARQUES, M. S.B; BATISTA JUNIOR, P. N. “Protecionismo dos países industrializados e dívida externa Latino-americana”. *Revista Administração de Empresas*. 21 (2) p. 37, abr./jun, Rio de Janeiro,1987. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rae/v27n2/v27n2a06.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

[23] BUENO, Chris. *Brexit e o novo momento para a Europa*. Ciência e Cultura, v. 68, n. 4, p. 14, 2016.

[24] *Idem*, p.14.

[25] NOGUEIRA, Bruna. *Os efeitos do protecionismo no desenvolvimento econômico. Jus Brasil.* São Paulo, p.14, 2016. Disponível em: < https://brunanogp.jusbrasil.com.br/artigos/400942401/os-efeitos-do-protecionismo-no-desenvolvimento-economico >. Acesso em: 08 jun. 2017.

Na mesma linha, nos últimos anos a globalização tomou conta das relações geopolíticas mundiais e consolidou-se, a partir dos avanços dos meios de comunicação e transporte, conforme notoriamente definido pelo filósofo Marshall McLuhan, em uma "Aldeia Global". Afinal, não havia mais empecilho para o livre comercio e circulação de serviços e mercadorias. Tudo seguia bem para os ideólogos da globalização até que surgiu a crise econômica de 2008[26], iniciada no setor financeiro dos Estados Unidos e posteriormente espalhada para praticamente todo o planeta[27].

Diante de mais uma crise econômica mundial, com consequências na produtividade industrial, com a bancarrota de instituições financeiras e de financiamentos habitacionais –"bolha imobiliária"[28], falência de empresas, e repercussão também na seara política. Destarte, com o cenário de crise, ganham eco ideologias xenófobas, que culpam imigrantes pelo crescimento dos índices de desemprego, terrorismo, violência e pensamentos extremistas. Cabe referir que a última combinação do binômio, crise econômica e extremismos políticos culminaram com nazismo, fascismo e posteriormente guerra mundial[29].

A eleição do protecionista Donald Trump nos Estados Unidos e do processo de saída do Reino Unido da União Europeia após consulta popular recrudesce primitivos protecionismos e, por conseguinte, aos efeitos nefastos, não bastasse tantas diferenças, em um mundo já dividido ideologicamente, pensa-se ainda em erigir muros e barreiras [30].

No que toca ao âmbito da política econômica Norte Americana, está sendo desenvolvida no governo de Donald Trump, uma nítida aplicação de ações protecionistas, tais como: elevação das alíquotas de importação e das barreiras não tarifárias, diminuição da carga tributária, expansão líquida dos dispêndios governamentais na medida em que pressionará a elevação dos juros, a valorização dólar e influenciando diretamente as carteiras de investimentos em todo o mundo em favor do mercado norte-americano[31].

Já no Reino Unido, espera-se que com o *Brexit*, seja tomado o controle das rédeas da economia e retomado o crescimento da economia britânica. Da mesma forma, idealiza-se que a saída do bloco europeu possa aumentar o controle sobre a imigração e, consequentemente, melhorar a segurança e diminuir o desemprego[32].

---

[26] A crise financeira global de 2008 foi consequência do processo de financeirização, a criação maciça de riqueza financeira fictícia iniciada da década de 1980, e da hegemonia de uma ideologia reacionária, o neoliberalismo, baseada em mercados autorregulados e eficientes (BRESSER-PEREIRA, 2010, p.1). A crise de 2008. é uma profunda crise de confiança decorrente de uma cadeia de empréstimos originalmente imobiliários baseados em devedores insolventes que, ao levar os agentes econômicos a preferirem a liquidez e assim liquidar seus créditos, está levando bancos e outras empresas financeiras à situação de quebra mesmo que elas próprias estejam solventes (BRESSER-PEREIRA, 2009, p.1) .

[27]

[28] aumento da inadimplência do pagamento dos empréstimos baseados no crédito hipotecário ocorreu forte contração da oferta de crédito imobiliário que, por sua vez, provocou queda nas vendas e no preço dos imóveis (CARCANHOLO, 2008, p.1).

[29] LADEIRA, Francisco. *A crise da Globalização*: Observando o Cotidiano. Obvious. Disponível em: < http://obviousmag.org/observando_o_cotidiano/2017/a-crise-da-globalizacao.html#ixzz4irMJskmo >. Acesso em: 05 de jun. 2017.

[30] JUNG, J. H.S.; ORTIGARA, L. R.. Entre Fronteiras e Limites: do Extremo Protecionista à Supranacionalidade. Prefácio. Novas Fronteiras: *Revista Acadêmica de Relações Internacionais da ESPM-Sul* – v.3, n.2 jul. dez. 2016, p.1. Porto Alegre. Disponível em: < http://novasfronteiras.espm.br/index.php/RNF/article/viewFile/97/76 >. Acesso em: 07 jun. 2017.

[31] LOURENÇO, Gilmar Mendes. Triunfo de Donald T*rump*: Mensagens e significado. *Revista Vitrine da Conju*ntura, v. 9, n. 10, 2017.

[32] BUENO, Chris. *Brexit e o novo momento para a Europa*. Ciência e Cultura, v. 68, n. 4, p. 14, 2016.

4 O RETROCESSO NA PROMOÇÃO DA SUSTENTABILIDADE: O EXEMPLO DA COP 21

Para adentrarmos aos efeitos do *Brexit* e da atual política dos EUA na sustentabilidade global, é oportuno mencionar as tratativas, na seara sobre Mudança de Clima, da qual os Governos creditaram utilizar ações mais efetivas, a respeito dos chamados gases causadores de efeito estufa, viabilizando a adoção de compromissos com vistas às mudanças no conhecimento científico e das tratativas políticas, mediante um processo permanente de revisão, discussão e troca de informações[33].

Consoante à dura realidade de agravamento das condições de mudanças climáticas globais, ao longo dos anos, originadas a partir da emissão de gases de efeito estufa, tem sido uma agenda constante de Conferências das Partes da Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima das Nações Unidas (United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC), resumidamente, "COP" (Conference of the Parties), ou simplesmente, Conferências das Partes, que tem a difícil tarefa de regulamentar a emissão desses gases pelos países[34].

A Conferência de destaque foi a 21ª Conferência do Clima, COP21, realizada em dezembro de 2015, em Paris – França, com a pretensão de "costurar um novo acordo entre os países para diminuir a emissão de gases de efeito estufa, diminuindo o aquecimento global e em consequência limitar o aumento da temperatura global em 2ºC até 2100. A partir da elaboração da Convenção durante a Rio-92" e cada (ISA, 2017, p.1). O acordo representa um novo marco jurídico de cumprimento obrigatório na luta contra o aquecimento global. Enfim, consubstancia-se em um grande entendimento internacional desde 1997 com o Protocolo de Kyoto, onde cada país tem a sua meta e compromisso na redução das emissões de gases de efeito estufa[35]. Assim, as esperanças para que definitivamente um acordo climático saísse do papel estavam depositadas na COP21, como se denota nas palavras do secretário das Nações Unidas para mudanças climáticas:

> Existem várias razões para o sucesso da COP 21, incluindo as realidades econômicas subjacentes positivas, uma forte determinação de triunfar por parte de todos os governos, diplomacia excepcional por parte da Presidência Francesa e a constatação de que todos devem participar na solução do enorme desafio global representado pelas mudanças climáticas. O jogo ainda não terminou. As metas agora precisam ser excedidas e fortalecidas, sem esperar os processos de revisão formal. As regras de implementação devem ser desenvolvidas e o apoio prometido aos países em desenvolvimento deve ser aplicado. O Acordo de Paris fornece o sinal direcional, mas é através da sua implementação que seu sucesso final será julgado.[36]

---

[33] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Quioto: Introdução.** Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/protocolo_quioto.pdf >. Acesso em> 08 jun. 2017.

[34] RESENDE, T.M. et al. Conferências Internacionais sobre Mudanças Climáticas (COP´s): Uma proposta complementar para as políticas ambientais brasileiras. *Revista Geográfica de América Central*, v. 2, n. 47E, p. 2, 2011.

[35] SECAF, Beatriz Stuart. *COP-21-O acordo de paris. AgroANALYSIS*, v. 36, n. 01, p. 34-35. São Paulo, p. 33, 2016. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/agroanalysis/article/viewFile/62949/61053 >. Acesso em: 08 jun. 2017.

[36] KINLEY, Richard. *Climate change after Paris*: from turning point to transformation, Journal Climate Policy. vol. 17 (2017), no. 1, 9–15, p.1. Taylor & Francis Online. London, 2017.

No tocante a este item, a saída do Reino Unido da União Europeia atrasa a implementação do acordo na Europa, uma vez que desorganiza administrativamente e economicamente o Protocolo planejado, visto que as ações já planejadas no Acordo de Paris para os 28 países membros do bloco terão de ser recalculados entre os 27 membros restantes.

Sobre o prisma dos efeitos do *Brexit*, o impacto imediato está na queda do mercado financeiro, provocada pela instabilidade política e econômica no Reino Unido. Como consequência direta, está a influência sobre o fluxo de grandes investimentos necessários para criar um ambiente mais limpo, seguro e sustentável e impactar a economia verde, setor que poderia ser capitaneado pelo Reino Unido. Em suma, é difícil manter qualquer projeção sobre quais proteções ambientais vão continuar em vigor com a saída do Reino Unido da União Europeia[37].

Quanto aos Estados Unidos, de acordo com o WORLD BANK, é o segundo país que mais emite gases do efeito estufa, e a maior contribuição é proveniente da geração de eletricidade. Apesar da estatística desfavorável, os EUA praticamente nada fazem para controla-la. Ao contrário, desde o ano de 1990 (ano do Protocolo de Kyoto) as emissões dos Estados Unidos cresceram mais 13 por cento, ao passo que na Europa, as emissões aumentaram em apenas um por cento. O aumento das emissões americanas durante os últimos 10 anos equivale ao aumento conjunto das emissões da China, Índia e África – regiões em rápido desenvolvimento que totalizam uma população dez vezes maior que a dos EUA[38].

Ainda no governo Bush o argumento para o não cumprimento do Protocolo de Kyoto foi a falácia de que poderia afetar a economia americana. Ocorre que a não-implementação, na realidade, é mais danosa a todo o planeta. Diante de interesses políticos, o governo Bush, tomou decisões com base em profundas ligações pessoais e financeiras com a indústria dos combustíveis fósseis, assumindo assim o risco de regredir valorando as tradicionais fontes energéticas do petróleo e do carvão. A ocorrer tal fato, não resta dúvida que estava incorrendo em um grande equívoco, afinal, os países que mais cedo lidam com a mudança climática tem grande possibilidade de desenvolver novos mercados e novas tecnologias energéticas, gerando ao mesmo tempo milhões de novos empregos[39].

Corroborando o entendimento, é significativa a oportunidade de desenvolvimento destas novas tecnologias, a exemplo no ano de 2016, já no governo Obama e contando com incentivos e uma política assertiva para a utilização de fontes renováveis, os dados do Departamento de Energia Americano, aponta que somente no setor de energia solar, mais de 373 mil americanos trabalharam parte ou tempo integral, e mais de 260 mil deles passaram a maior parte do tempo em projetos solares. Ao passo em que a indústria do carvão, que abriu empregos desde 2012, principalmente devido à concorrência de gás natural barato, empregou pouco mais de 160 mil trabalhadores nos Estados Unidos[40].

Rompendo o histórico de omisso poluidor, os Estados Unidos, enfim, no governo Obama implementou restrições às emissões de gases do efeito estufa por usinas termelétricas. Medida esta considerada um significativo passo mais importante de uma ampla revisão da matriz energética americana e, ao mesmo tempo, sinalizava para os demais países da COP- 21 de que Washington estaria de fato comprometido a cumprir metas estabelecidas. Passo esse de extrema

---

[37] LUZ, Camila. *Como o Brexit pode impactar a sustentabilidade no Reio Unido*. Free the Essence. Drinkfinity. Sustentabilidade. Na rua. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://www.freetheessence.com.br/sustentabilidade/na-rua/brexit-sustentabilidade-reino-unido/>. Acesso em: 08 jun. 2017.

[38] FLAVIN, 2014, p.1.

[39] *Idem*, p.1.

[40] ENERGY. *The Department of Energy's U.S. Energy and Employment Report; The Solar Foundation;* Bureau of Labor Statistics. Washington, 2017. Disponível em: < https://energy.gov/downloads/2017-us-energy-and-employment-report >. Acesso em: 10 jun. 2017.

importância dentro do chamado acordo do clima, em oposição ao que se viu no Protocolo de Quioto[41].

A propósito, sobre a inércia do Protocolo de Quioto leciona Dubois e Morosini (2016, p. 208):

> De fato, o Protocolo de Kyoto originou o procedimento de descumprimento mais bem-sucedido até o presente momento. Ele se inspira nos procedimentos já testados em outros problemas ambientais, ao mesmo tempo que os supera ainda mais: ele é, em verdade, mais inovador e mais elaborado. O comitê de controle do respeito às disposições figura entre os mais poderosos e mais independentes desse tipo entre os instituídos pelas convenções ambientais (VOINOV KOHLER, 2004). Até o momento, a aplicação da observância em sua integralidade, sem levar em conta o seu teor coercitivo, tão original e tão necessário, não foi obtido. São levantadas todas as incertezas quanto à efetividade ou à perenidade do regime[42].

No âmbito da sustentabilidade, desde que o presidente Obama assumiu o cargo, as iniciativas para a promoção da sustentabilidade tiveram um salto, foram ampliados os financiamentos para energias sustentáveis, a título de exemplo, a geração de eletricidade solar aumentou 30 vezes e só os empregos neste ramo crescem 12 vezes mais rápido do que o resto da economia. Ainda o governo Obama realizou projetos para promover a eficiência energética em todos os Estados Unidos e, em particular, em comunidades de baixa e moderada renda[43].

Em geral, pode-se dizer que sob a presidência de Barack Obama foram observados avanços importantes em relação a posturas ausentes em políticas ambientais dos governos anteriores. Apesar da legislação proposta conter ainda grandes deficiências já foram observadas melhorias frente à um establishment norte-americano que ignora as consequências dos efeitos do aquecimento global[44].

No entanto, na contramão da história, após o governo Obama, em nome do protecionismo surge novamente o irracionalismo político que tem como porta-voz o presidente americano Donald Trump, sob o lema de proteger a América e os seus cidadãos, bem como o de evitar a redistribuição maciça da riqueza dos EUA por outros países entre outros argumentos ancorados em correntes conservadoras que colocam o meio ambiente como segundo plano. Retrocede o acordo do clima que foi firmado em Paris, durante a chamada COP21. Dentre as medidas impactantes, Trump anunciou uma "nova revolução energética", suspendendo decisões tomadas pelo governo de Barack Obama para frear o aquecimento global[45].

41

42 DUBOIS, S. M.; MOROSINI, F. C. (Trad.). Mudanças climáticas: os desafios do controle do direito internacional ambiental e do Protocolo de Kyoto em particular. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 208, mai./ago. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/650>. Acesso em: 15 jun. 2017.

43 WHITEHOUSE, Washington, 2016. Disponível em: < https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/07/19/fact-sheet-obama-administration-announces-clean-energy-savings-all >. Acesso em: 12 jun. 2017.

44 FUSER, I.; FERREIRA, K. S. Estratégias e desafios da política energética do governo Obama. *Cadernos Cedec,* nº 88, Edição Especial Cedec/INCT-INEU, set., 2010. São Paulo, 2010. Disponível em: < http://www.ineu.org.br/content/uploads/2015/03/CAD88.pdf >. Acesso em: 12 jun. 2017.

45 ROMANO, Rogério T. A vitória da vanguarda do atraso. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56834/a-vitoria-da-vanguarda-do-atraso >. Acesso em: 10 jun. 2017.

É certo que Trump de fato pode afastar os compromissos dos Estados Unidos celebrados também por 196 países no intento de conter o aquecimento global a menos de 2°C até o final do século. Contudo, a saída não será de imediato, pois, nos termos das cláusulas do Acordo de Paris, uma vez em vigor o acordo, o país que o ratificou pode se retirar com menos de um ano de permanência.

Em termos práticos, nada impede que Trump utilize subterfúgios para não cumprir o acordado, quer seja de reduzir entre 26% e 28% das emissões até 2025, de acordo com os valores de 2005. Destarte, tal como o Protocolo de Kyoto, o Acordo de Paris, não prevê sanções para quem não agir de acordo com seus compromissos.

Ou aspecto relevante é que muitos estados dos Estados Unidos pretendem, na medida das autonomias locais, manter as metas independente dos rumos traçados por Washington. Muitos estados americanos possuem leis em favor das energias renováveis e atitudes sustentáveis, assim mesmo com a política do governo Trump, os governadores de muitos estados, já disseram que vão continuar com as diretrizes do Tratado. Vale lembrar também o compromisso de algumas cidades em utilizarem apenas energia renovável até 2035, e ainda, no setor privado, a iniciativas de grandes empresas americanas, apoiando o Acordo de Paris, como é o caso das empresas de tecnologia Google e Apple e da cadeia de supermercados Wal-Mart.

Em que pese todos os efeitos contrários dos riscos de decisões possam afetar as ações para minimizar as mudanças climáticas, os países que assinaram o acordo tentam apoiar as metas do acordo. Muitas das ações encontram eco no estímulo para o desenvolvimento de energia limpa. E tal mercado global de energia renovável, mesmo não contando muitas vezes com uma política assertiva, tem se consolidado e mostrando sinais de robustez, graças, principalmente, à evolução destas tecnologias e da redução continuada dos custos.

Como demonstrado, as negociações climáticas não são meramente uma discussão técnica a partir de dados cientistas, e mesmo de mais um elemento da sociedade de risco, as tratativas perfazem um importante elemento do xadrez político, cujo fundamento é uma série de critérios geoestratégicos. A permanente luta contra as alterações climáticas não deve ser vista apenas como um entrave para o desenvolvimento econômico, deverás também ser meio para reduzir as desigualdades no desenvolvimento humano entre os países e dentro dos países[46].

Na mesma linha deve estar as preocupações e implicações com a saúde mundial, como exemplo, a China tem apoiado em metas a restrição de reduzir as emissões de CO_2 através de limitações do consumo de carvão e consequentemente o dano de partículas finas sobre a saúde dos chineses. Outro exemplo de iniciativa está na limitação do tráfego de automóveis, na França, o controle já está representando tanto ganhos sanitários quando na redução das emissões de CO_2. Este duplo dividendo clima-saúde deve permear também as contribuições dos Estados para as metas de emissões de gases de efeito estufa. Diante do exposto, a noção de justiça sobre o clima destaca o potencial da igualdade de todos os países, cada qual à sua maneira, em lutar contra as alterações climáticas. Como se denota, a Conferência de Paris deve se guiar pelos dois tipos de critérios: a ciência climática e justiça climática, através das ações concretas, integrados em um mesmo plano de ação [47].

Mais do que nunca, este plano é necessário para proteger a humanidade contra a ameaça de aquecimento global. As iniciativas atuais não são desprovidas

---

[46] LAURENT, Stéphane *Dion et Éloi. Agir pour le climat après l'Accord de Paris. Chambre des communes du Canada*. Ofce, 2015. Diponível em: < http://www.esperanza21.org/sites/default/files/COP_Carbone_prix%20OFCE%20(oct2015).pdf >. Acesso em: 12 jun. 2017.

[47] ROMANO, R. T. A vitória da vanguarda do atraso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56834/a-vitoria-da-vanguarda-do-atraso >. Acesso em: 10 jun. 2017.

de mérito, mas eles não são suficientes e devem ser intensificadas, apesar, de movimentos contrários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise da globalização concomitante a movimentos protecionistas compõe implicações ainda maiores em uma sociedade de risco. Risco este introduzido por novos rearranjos políticos, a exemplo da política de Donald Trump nos Estados Unidos e da saída do Reino Unido da União Europeia – *Brexit,* ocasionando efeitos prejudiciais para o meio ambiente e o futuro das próximas gerações.

A partir da premissa teórica de Beck, as decisões, políticas geram riscos. Nesta ótica, consolidam em riscos efetivos ao meio ambiente global, as novas políticas ambientais protecionistas, de Donald Trump nos Estados Unidos e o desarranjo da União Europeia com a saída do Reino Unido.

Estes riscos podem consubstanciar no esvaziamento das tratativas para ações contra as mudanças climáticas consolidadas no Acordo de Paris.

Sob o argumento do questionamento dos efeitos científicos por trás das mudanças climáticas, Donald Trump propôs a retirada dos Estados Unidos das tratativas do Acordo de Paris, suscitando preocupações não somente ao alcance das metas tratadas no Acordo de Paris, como também, quanto como ficará a contribuição dos EUA para os fundos climáticos internacionais.

Da mesma forma, a ausência Grã-Bretanha do debate sobre o clima na Europa, pode dificultar a unidade, bem como a contraposição dos argumentos de outros estados-membros que defendem comprometimento menor e de forma mais lenta das metas de emissões de carbono.

Assevera-se ainda que tais gestos possam estimular também, em certa medida, outros países a perderem o interesse no Acordo bem como tornar mais difícil as tratativas futuras quanto ao cumprimento das metas.

O acordo de Paris que deveria começar a sua primeira revisão já em 2018, encontra-se envolta em várias dificuldades de ordem política. Para não repetir a inércia do Protocolo de Quioto, o Acordo de Paris carece de ações concretas e lideranças para conduzirem o processo, afinal, o melhor exemplo deve vir dos maiores poluidores (Estados Unidos, Europa e China).

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas - Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck.** Instituto Humanitas Unissinos, 02 jun. 2006. Disponível em: < http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticias&cod_canal=41&cod_noticia=7063 >. Acesso em: 05 jun. 2017.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo, reposta à globalização.** Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011. 383 p.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Protocolo de Quioto: Introdução.** Brasília, 1997. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/protocolo_quioto.pdf >. Acesso em> 08 jun. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira de 2008. Revista de Economia Política, vol. 29, nº 1 (113), pp. 133-149, janeiro-março/2009. Available from < http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>. access on 05 June 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002010000100003.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo? Novos estudos. - CEBRAP, São Paulo, n. 86, p. 51-72, Mar. 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002010000100003.

BUENO, Chris. Brexit e o novo momento para a Europa. Ciência e Cultura, v. 68, n. 4, p. 14-16, 2016.

CALLENS, Stéphane, « Ulrich Beck (1944-2015) et la société mondiale du risque », Développement durable et territoires [En ligne], Vol.6, n°1 | Mars 2015, mis en ligne le 31 mars 2015, consulté le 12 juin 2017. URL: http://developpementdurable.revues.org/10785 ;

CARCANHOLO, Marcelo. PINTO, Eduardo. FIGUEIRAS, Luiz. GONÇALVES, Reinaldo. Crise financeira internacional: Natureza e impacto. Instituto de Economia. UFRJ. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: < https://www.researchgate.net/profile/Eduardo_Pinto9/publication/265191933_Crise_financeira_internacional_Natureza_e_impacto_1/links/5706b6cf08aefb22b0934568.pdf >. Acesso em: 08 jun. 2017.

CARDOSO, Oscar Valente. Globalização, Aposentados Ingleses e Ornitorrincos Australianos. Administradores.com. João Pessoa, 2011. Disponível em: < http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/globalizacao-aposentados-ingleses-e-ornitorrincos-australianos/53950/?desktop=true >. Acesso em: 05 jun. 2017.

DUBOIS, Sandrine Maljean; MOROSINI, Fabio Costa (Trad.). Mudanças climáticas: os desafios do controle do direito internacional ambiental e do Protocolo de Kyoto em particular. Revista Veredas do Direito, v. 13, n. 26, p. 195-210, mai./ago. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/650>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ENERGY. The Department of Energy's U.S. Energy and Employment Report; The Solar Foundation; Bureau of Labor Statistics. Washington, 2017. Disponível em: < https://energy.gov/downloads/2017-us-energy-and-employment-report >. Acesso em: 10 jun. 2017.

EY. Globalization Report. Looking beyond the obvious Momentum is shifting to other hot spots. Londres, 2012. Disponível em: < http://www.ey.com/gl/en/issues/driving-growth/globalization---looking-beyond-the-obvious---momentum-is-shifting-to-other-hot-spots >. Acesso em: 05 jun. 2017.

FUSER, Igor. FERREIRA, Kelly de S. Estratégias e desafios da política energética do governo Obama. Cadernos Cedec nº 88, Edição Especial Cedec/INCT-INEU, setembro, 2010. São Paulo, 2010. Disponível em: < http://www.ineu.org.br/content/uploads/2015/03/CAD88.pdf >. Acesso em: 12 jun. 2017.

GUIVANT, Julia Silvia. O legado de Ulrich Beck. Ambiente & Sociendade, São Paulo , v. 19, n. 1, p. 227-238, mar. 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2017. http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoc150001exv1912016.

HENKE, Silviana Lúcia. Os riscos das decisões: Um estudo de caso da transposição do Rio São Francisco. Revista Novos Estudos Jurídicos. Univale Editora, páginas
269-288 Núm. 18-2, maio 2013. Itajaí.
http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/04_2.pdf

ISA. Instituto Sócio Ambiental. COP 21. São Paulo, 2017. Disponível em: < https://www.socioambiental.org/pt-br/cop-21 >. Acesso em: 08 jun. 2017.

JUNG, João Henrique Salles. ORTIGARA, Luiza Reck. Entre Fronteiras e Limites: do Extremo Protecionista à Supranacionalidade. Prefácio. Novas Fronteiras: Revista Acadêmica de Relações Internacionais da ESPM-Sul – v.3, n.2 jul. dez. 2016. Porto Alegre. Disponível em: < http://novasfronteiras.espm.br/index.php/RNF/article/viewFile/97/76 >. Acesso em: 07 jun. 2017.

KINLEY, Richard. Climate change after Paris: from turning point to transformation, Journal Climate Policy. vol. 17 (2017), no. 1, 9–15. Taylor & Francis Online. London, 2017.

LADEIRA, Francisco. A crise da Globalização. Observando o Cotidiano. Obvious. Disponível em: < http://obviousmag.org/observando_o_cotidiano/2017/a-crise-da-globalizacao.html#ixzz4irMJskmo >. Acesso em: 05 de jun. 2017.

LAURENT, Stéphane Dion et Éloi. Agir pour le climat après l'Accord de Paris. Chambre des communes du Canada. Ofce, 2015. Diponível em: < http://www.esperanza21.org/sites/default/files/COP_Carbone_prix%20OFCE%20(oct2015).pdf >. Acesso em: 12 jun. 2017.

LOJKINE, Jean. Alternatives à la mondialisation. L'institution municipale, médiation entre l'entreprise et la Société. Fondation Gabriel Péri. Falando na conferência "Gestão dos governos locais e participação dos cidadãos"

LOJKINE, Jean. Sobre as experiências de gestão de participação local e cidadão na França e no Brasil. 2000. Disponível em: < http://www.comprendre-agir.org/images/fichier-dyn/doc/2013/institution_municipale_mediation_entre_entreprise_et_societe_lojkine_chsct.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

LOURENÇO, Gilmar Mendes. Triunfo de Donald Trump: Mensagens e significado. Revista Vitrine da Conjuntura, v. 9, n. 10, 2017.

LUZ, Camila. Como o Brexit pode impactar a sustentabilidade no Reio Unido. Free the Essence. Drinkfinity. Sustentabilidade. Na rua. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://www.freetheessence.com.br/sustentabilidade/na-rua/brexit-sustentabilidade-reino-unido/>. Acesso em: 08 jun. 2017.

MARQUES, Maria S.B. BATISTA JUNIOR, Paulo N. Protecionismo dos países industrializados e dívida externa Latino-americana. Revista Administração de Empresas. 21 (2) p. 36-47. abr./jun. Rio de Janeiro,1987. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rae/v27n2/v27n2a06.pdf >. Acesso em: 07 jun. 2017.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Morreu Ulrich Beck, o sociólogo da sociedade de risco. Conteúdo Juridico, Brasília-DF: 02 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52350>. Acesso em: 02 maio 2017.

NOGUEIRA, Bruna. Os efeitos do protecionismo no desenvolvimento econômico. Jus Brasil. São Paulo, 2016. Disponível em: < https://brunanogp.jusbrasil.com.br/artigos/400942401/os-efeitos-do-protecionismo-no-desenvolvimento-economico >. Acesso em: 08 jun. 2017.

PETERS, Jeffrey C. Natural gas and spillover from the US Clean Power Plan into the Paris Agreement. Energy Policy. Vol. 106, July 2017, Pages 41–47.

PISKE, Oriana. O Processo de Globalização e a Necessária Sustentabilidade Ambiental. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. TJDFT. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2011/o-processo-de-globalizacao-e-a-necessaria-sustentabilidade-ambiental-juiza-oriana-piske >. Acesso em: 10 jun. 2017.

RESENDE, Thalita Mendes et al. Conferências Internacionais sobre Mudanças Climáticas (COP´s): Uma proposta complementar para as políticas ambientais brasileiras. Revista Geográfica de América Central, v. 2, n. 47E, 2011.

REZENDE, Élcio Nacur; BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. Os indignados econômicos na era da sustentabilidade: um repensar da política econômica mundial e do meio ambiente. Revista Jurídica, v. 4, n. 33, p. 175-205, 2013.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Globalização, Sociedade de Risco e Segurança. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 246, p. 267-287, dez. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41660>. Acesso em: 13 Jun. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v246.2007.41660.

ROMANO, Rogério T. A vitória da vanguarda do atraso. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56834/a-vitoria-da-vanguarda-do-atraso >. Acesso em: 10 jun. 2017.

ROTONDARO, Tatiana G. Riscos Ambientais: Realidade Virtual ou Virtualidade Real? Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Sociologia do Instituto de Filosofia e Ciência Humanas da Universidade Estadual de Campinas sob a orientação da Profa. Dra. Leila da Costa Ferreira. Unicamp. Campinas, 2002. Disponível em: < http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/278769/1/Rotondaro,%20Tatiana%20Gomes.pdf >. Acesso em: 05 jun. 2017.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 22-23.

SECAF, Beatriz Stuart. COP-21-O acordo de paris. AgroANALYSIS, v. 36, n. 01, p. 34-35. São Paulo, 2016. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/agroanalysis/article/viewFile/62949/61053 >. Acesso em: 08 jun. 2017

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Os Princípios do Direito Ambiental como instrumentos de efetivação da sustentabilidade do desenvolvimento econômico. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, [S.l.], v. 13, n. 26, p. 289-317, out. 2016. ISSN 21798699. Disponível em: < http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/705 >. Acesso em: 18 maio 2017. doi:http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i26.705.

WHITEHOUSE, Washington, 2016. Disponível em: < https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/07/19/fact-sheet-obama-administration-announces-clean-energy-savings-all >. Acesso em: 12 jun. 2017

WORLD BANK. CO2 emissions (metric tons per capita). Washington, 2016. Disponível em: < http://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC >. Acesso em: 10 jun. 2017.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 257-271
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A uberização da relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro

The uberization of the individual relationship of work in the digital age and the Brazilian labor law

JULIANA COELHO TAVARES DA SILVA[1]
MARIA ÁUREA BARONI CECATO[2]
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 O UBER COMO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SOB O PARADIGMA DA ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO; 2.1 CARACTERIZANDO O SERVIÇO DO UBER; 2.2 REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO E OBRIGAÇÕES DO PRESTADOR TERCEIRO INDEPENDENTE 3 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE PRESTADORES DE SERVIÇO INDEPENDENTES E EMPREGADOS; 3.1 O TRABALHO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3.2 A FISIONOMIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: UM EXAME A PARTIR DA SUBORDINAÇÃO; 4 AFINAL, COMO CLASSIFICAR OS MOTORISTAS DO UBER?; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

Resumo: A pesquisa tem como objeto a mudança na perspectiva da relação individual de trabalho decorrente do impacto da inserção de novas tecnologias mercado de trabalho, tomando como pano de fundo o aplicativo Uber. O problema norteador da pesquisa é: os motoristas do Uber seriam autônomos ou empregados? A hipótese levantada é a de que há um manifesto descompasso entre o ordenamento jurídico e as novas formas de arranjo da economia capitalista da era digital. Objetiva-se apresentar novos argumentos e aprofundamento teórico quanto à questão, o que é feito a partir do método hipotético dedutivo, cotejado com as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-Chave: Era digital; Economia do compartilhamento; Uber; Prestação de serviço; Vínculo empregatício.

Abstract: The research aims to analyze the change in the perspective of the individual relationship of work resulting from the impact of the insertion of new Technologies in the labor market, taking as background the Uber application. The research problem is: would the Uber drivers be autonomous workers or employers? The hypothesis raised is that there is a manifest mismatch between the legal order and the new forms of arrangement of the capitalist economy of the digital age. The objective is to present new arguments and theoretical understanding of the question, which is based on the hypothetical deductive method, compared with bibliographic, documentary and jurisprudential research techniques.

Keywords: Digital era; Sharing economy; Uber; Autonomous service; Employment relationship.

---

[1] (Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ/UFPB e Professora da Faculdade Asper).
[2] (Doutora em Direito do Trabalho pela Université de Paris II e Professora do PPGCJ/UFPB e PPGD/UNIPÊ).

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como objeto a mudança na perspectiva da relação individual de trabalho decorrente do impacto da inserção de novas tecnologias mercado de trabalho, tomando como pano de fundo o aplicativo Uber. Formula-se, então, o problema norteador da pesquisa: os motoristas do Uber seriam autônomos ou empregados?

A inserção das tecnologias da informação e de comunicação (TICs) nas cadeias produtivas têm causado alterações radicais direcionando o mercado de trabalho a novas alternativas, tais como a economia do compartilhamento. Segundo este modelo econômico, as trocas online são predominantes e os interesses das coletividades organizadas passam a ocupar o centro do capitalismo. Pode-se dizer que a economia da partilha subverte sistematicamente os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício, o que tem causado manifestas dificuldades de assimilação pelo Judiciário brasileiro, que se mostra dubitativo frente o novo contexto socioeconômico, produzindo manifestações completamente divergentes.

O trabalho ganha relevância tendo em vista que o aplicativo tem sofrido investidas judiciais dos motoristas parceiros ao redor de todo o mundo, que visam o reconhecimento do vínculo empregatício. Destaca-se a ação coletiva intentada na Califórnia e em Massachusetts (Estados Unidos da América), na qual 385.000 condutores alegam ser na verdade empregados da companhia e por isso pedem o reembolso de despesas como manutenção do veículo e combustível. Já há notícias também de ações em termos parecidos, contudo, individuais, que correm na Inglaterra, local onde o vínculo trabalhista já foi inclusive reconhecido.

O serviço, recentemente instalado no Brasil, já é alvo de disputa judicial: alguns motoristas resolveram processar a empresa Uber no Brasil, requerendo reconhecimento de vínculo empregatício, anotação do vínculo na carteira de trabalho e os demais direitos trabalhistas.

Em síntese, a atualidade da discussão e a falta de conclusões a nível mundial acerca do tema é o que sublinha a importância do trabalho. A hipótese levantada é a de que há um manifesto descompasso entre o ordenamento jurídico e as novas formas de arranjo da economia capitalista da era digital.

Objetiva-se apresentar novos argumentos e aprofundamento teórico quanto à questão, o que será feito a partir do método hipotético dedutivo, cotejado com as técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

2 O UBER COMO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SOB O PARADIGMA DA ECONOMIA DE COMPARTILHAMENTO

As empresas criadas com base no conceito de “sharing economy” ou, como ficou conhecida no Brasil, economia do compartilhamento (ou da partilha), estão causando mudanças profundas no mercado ao redor do mundo. A ideia surgiu nos Estados Unidos, durante a crise de 2008 e sofreu influência direta do movimento “occupy Wall Street”[3].

O consumo colaborativo é um mecanismo que coloca ênfase no acesso e não na propriedade dos recursos e personifica qualidades e práticas como “levar apenas o que necessitar”, a partilha, união da comunidade, altruísmo, entre outros[4]. Assim, pode-se dizer que a economia do compartilhamento está alicerçada nos seguintes aspectos: colaboração online, compartilhamento na rede e ideário coletivo do comportamento sustentável.

---

[3] ERVING, E. E. “The sharing economy: exploring the intersection of collaborative consumption and capitalism”. *Claremont Colleges*: scripps senior theses, paper 409, 2014, p. 19ss.

[4] ERVING, E. E. “The sharing economy: exploring the intersection of collaborative consumption and capitalism”. *Claremont Colleges*: scripps senior theses, paper 409, 2014, p.13.

O fenômeno da economia da partilha emergiu a partir do desenvolvimento tecnológico que simplificou a partilha dos bens e serviços físicos e não-físicos através da disponibilidade de diversos sistemas de informação na internet[5]. É possível definir a economia do compartilhamento, de forma abrangente, como a atividade de obtenção ou compartilhamento do acesso a bens e serviços embasado no modelo "peer-to-peer"[6], coordenado através de serviços de "comunidades" online[7]. Em outras palavras, trata-se de um modelo de negócio em que as pessoas podem oferecer e adquirir bens e serviços uns dos outros através de uma plataforma online.

O crescimento vertiginoso das práticas de colaboração na economia levou o governo americano, não só a reconhecer as práticas, mas encomendar um estudo, feito pelo economista-chefe do Departamento de Comercio e Economia, Rudy Telles Jr., em que foi proposta uma nova definição para as "empresas digitais", que passaram a ser denominadas "*digital matching firms*[8]". Elas podem ser reconhecidas por quatro características (tradução nossa):

> 1. Utilização da tecnologia da informação (sistemas de TI), normalmente disponíveis através de plataformas baseadas na Web, tais como "apps" móveis em dispositivos móveis, para facilitar as transações peer-to-peer.
> 2. Sistemas de classificação baseados na experiência do usuário para controle de qualidade, garantindo um nível de confiança entre os consumidores e os prestadores de serviços que não se conheçam anteriormente.
> 3. Trabalhadores que prestam serviços via plataformas digitais com flexibilidade para decidir seu horário de trabalho típicos;
> 4. As ferramentas e os ativos que são necessários para desenvolver um serviço são dos próprios trabalhadores e não da "empresa digital".

Consoante esse novo paradigma mercadológico a relação é tríplice: duas pessoas são colocadas em contato através de um terceiro para completar uma troca. Todavia, o terceiro é a tecnologia, como um aplicativo em um dispositivo móvel ou um site. É justamente o caso do aplicativo Uber, objeto do presente estudo: o *software* é o "facilitador" entre o motorista e o cliente para que as corridas possam acontecer.

Segundo Arun Sundararajan[9], pesquisador do Massachussets Institute of Technology (MIT), o sistema econômico do compartilhamento pode ser explicado através de 5 características:

---

[5] HAMARI, J.; SJÖKLINT M.; UKKONEN A. "The sharing economy: why people participate in collaborative consumption". *Journal of the association for information, science and technology*, 2015, p.4.

[6] O termo peer-to-peer é comumente associado com o compartilhamento de arquivos, no entanto, também se refere ao fenômeno das atividades de colaboração entre os usuários online, como o intercâmbio de consumidor para consumidor. Cf. HAMARI, J.; SJÖKLINT M.; UKKONEN A. "The sharing economy: why people participate in collaborative consumption". *Journal of the association for information, science and technology*, 2015, p.7.

[7] Ibidem, p.5.

[8] TELLES JR., R. "Digital matching firms: a new definition in the "sharing economy" space". U.S. *Department of Commerce Economics and Statistics Administration Office of the Chief Economist*, 2016, p.1.

[9] SUNDARARAJAN, A. "The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism". Massachussetts: The MIT Press, 2016. [ebook – kindle version]

> 1. Foco no mercado: a economia de partilha cria mercados que permitem o intercâmbio de bens e o surgimento de novos serviços, resultando em níveis potencialmente mais elevados de atividade econômica.
> 2. Capital de alto impacto: a economia de compartilhamento abre novas oportunidades para tudo, desde ativos e habilidades até tempo e dinheiro, para ser usado em níveis mais próximos de sua capacidade total.
> 3. Redes baseadas em "multidões" em vez de instituições centralizadas de "hierarquias": a oferta de capital e de trabalho vem das multidões descentralizadas de indivíduos, em vez de agregados corporativos.
> 4. Confusão entre pessoal e profissional: a oferta de mão-de-obra e serviços muitas vezes comercializa e escalona atividades de peer-to-peer, como dar a alguém uma carona ou emprestar dinheiro a alguém, atividades que costumavam ser consideradas "pessoais".
> 5. Confusão entre trabalho permanente e trabalho casual e entre o trabalho e o lazer: muitos empregos tradicionalmente de tempo integral são suplantados por prestação de serviços autônomos que caracterizam um contínuo de níveis de comprometimento temporal, dependência econômica e empreendedorismo. (Tradução nossa)

Da leitura das cinco características acima delineadas, vê-se surgir novas fontes de fragmentação jurídica no mundo do trabalho. Pode-se perceber que a economia da partilha subverte sistematicamente os requisitos para a caracterização do vínculo empregatício, extraídos a partir do artigo 3º da CLT: a onerosidade, a subordinação, a pessoalidade e não eventualidade, retirando-se o foco na relação de emprego. É sob essa ótica, tendo em vista que o Uber se encaixa perfeitamente nos pressupostos aqui delineados, que se passa a análise mais aprofundada dos serviços prestados por essa plataforma digital.

2.1 CARACTERIZANDO O SERVIÇO DO UBER

Em simples consulta no sítio eletrônico[10] do Uber, os seus criadores, Travis Kalanick e Garrett Camp, informam que no inverno de 2008, na cidade de Paris, tiveram dificuldades em pegar um taxi, e foi daí que surgiu a ideia de apertar um botão e conseguir um carro. O aplicativo foi oficialmente lançado em 2011, e, segundo dados também extraídos do site da empresa, ela já está presente em mais de 66 países e 514 cidades de todo o mundo, inclusive, em João Pessoa.

Uber Technologies Inc. é uma empresa de tecnologia sediada em São Francisco, nos Estados Unidos. A sua principal atividade consiste em fornecer, por meio de um software, ou aplicativo, denominado Uber, serviços de suporte tecnológico e *online* aos motoristas e usuários previamente cadastrados, conectando-os e intermediando a realização de viagens remuneradas.

Em síntese, quem precisar de transporte pode efetuar o *login* no aplicativo por meio de seu smartphone, solicitar uma viagem, e, em seguida, será conectado com um motorista disponível, respeitando as várias categorias de veículos e tarifas, que vão desde linhas mais econômicas até transportes de luxo, para ser conduzido ao seu destino final. Após a corrida, o pagamento é feito diretamente por meio do cartão de crédito ao Uber, que repassa o dinheiro para o motorista. O serviço oferece ainda outras funcionalidades, tais como avaliar os serviços prestados, contato direto com o motorista por meio de mensagens de texto e possibilidade de rateio do preço da viagem com outros usuários.

[10] A informação encontra-se disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/our-story/

É importante ressaltar que atualmente o Uber não trabalha apenas com transporte de passageiros, e possui novas divisões como o "UberRUSH"[11], que conecta você com um mensageiro para fazer uma entrega e o "UberEATS", uma plataforma de entrega de alimentos, que conecta o usuário com restaurantes locais[12].

A empresa já possui uma sede em solo brasileiro, a Uber do Brasil Tecnologia Ltda, sociedade de responsabilidade limitada, instalada em São Paulo. É exatamente com essa sociedade que se dá a relação contratual dos brasileiros, sejam motoristas, sejam usuários, que antes do download do aplicativo, devem concordar com os "termos e condições"[13] da empresa, onde está explícito o serviço prestado:

> 2. OS SERVIÇOS
> Os Serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos(às) Usuários(as) de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos Serviços (cada qual um "*Aplicativo*"), providenciar e programar Serviços de transporte e/ou logística com terceiros provedores independentes desses Serviços, inclusive terceiros fornecedores independentes de transporte e terceiros fornecedores independentes de logística mediante contrato com a Uber ou determinadas Afiliadas da Uber ("*Prestadores Terceiros*"). A menos que diversamente acordado pela Uber em contrato escrito em separado firmado com você, os Serviços são disponibilizados para seu uso pessoal e não comercial. VOCÊ RECONHECE QUE A UBER NÃO PRESTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA, NEM FUNCIONA COMO TRANSPORTADORA, E QUE TODOS ESSES SERVIÇOS DE TRANSPORTE OU LOGÍSTICA SÃO PRESTADOS POR PRESTADORES TERCEIROS INDEPENDENTES QUE NÃO SÃO EMPREGADOS (AS) E NEM REPRESENTANTES DA UBER, NEM DE QUALQUER DE SUAS AFILIADAS.

Da leitura atenta dos termos contratuais é possível extrair que a companhia entende que seu serviço consiste apenas no fornecimento de uma plataforma tecnológica online que conecta passageiros e "prestadores terceiros independentes", permitindo que organizem e agendem serviços de transporte e/ou logística entre si, deixando expresso que estes "prestadores" não são empregados e nem representantes da Uber.

2.2 REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO E OBRIGAÇÕES DO PRESTADOR TERCEIRO INDEPENDENTE

Os aspirantes a "parceiro" do aplicativo devem preencher alguns requisitos. Inicialmente, é necessário ter no mínimo 21 anos e completar um formulário disponível no sítio eletrônico da empresa, com seus dados pessoais, enviar também sua carteira de motorista (CNH), que precisa constar a declaração de que exerce atividade remunerada, informações sobre o seu veículo, inclusive se possui registro e seguro e ainda assistir um vídeo de treinamento. Em seguida, o Uber solicita a

[11] Cf. https://rush.uber.com/faq/
[12] Cf. https://ubereats.com/faq/
[13] Cf. https://www.uber.com/legal/terms/br/

uma empresa especializada uma checagem dos antecedentes profissionais, inclusive histórico de direção, e criminais do motorista em potencial[14].

Caso o aspirante passe nas fases anteriores, ele ainda será submetido a um "teste de conhecimento da cidade" e será, por fim, entrevistado por um empregado do Uber[15]. Para esta última etapa, que dura em média uma hora, o futuro motorista é orientado a também trazer o carro e estar "vestido profissionalmente". Importante ressaltar que o veículo também é inspecionado para que seja averiguada sua compatibilidade com as regras da empresa: "na modalidade Uber X, os veículos devem se adequar as seguintes exigências: ano de modelo 2008 ou mais novo, ter quatro portas, ar condicionado e no mínimo cinco lugares. Já na modalidade Uber Black, os veículos, além das mesmas exigências anteriores, também devem possuir bancos de couro"[16].

Finalizado o processo, o contrato de prestação de serviços é assinado e o motorista recebe um *driver ID*, ou seja, uma identidade dentro do aplicativo, a qual é pessoal e intransferível, sob pena de terminação do contrato. Dessa forma, ficam estabelecidas as obrigações da relação contratual entre o "prestador terceiro independente" e a Uber do Brasil, como por exemplo, método de pagamento, obrigações e direitos do motorista, inclusive quanto ao seu relacionamento com os usuários e com a companhia, confidencialidade dos dados.

Muito embora não seja possível ainda ter acesso aos termos exatos do contrato de prestações de serviço brasileiro, que é disponibilizado apenas no aplicativo do "parceiro", sabe-se, por exemplo, que o pagamento ao motorista se da por meio de uma taxa sobre as corridas finalizadas, que é calculada sobre os quilômetros percorridos e a duração da corrida e ao Uber caberá uma porcentagem do total cobrado ao cliente ("taxa de serviço")[17]. Em síntese: a empresa define as tarifas que cobra dos usuários unilateralmente, sem qualquer interferência dos motoristas.

O motorista é responsável por determinar em que horários irá dirigir, bastando ligar ou desligar o aplicativo, ou mesmo recusar corridas, sem que haja ingerência da companhia, desde que façam ao menos uma corrida a cada 180 dias, no caso de *Uber X* ou a cada 30 dias, no caso do *Uber Black*[18]. Também deverá determinar a forma mais eficaz, eficiente e segura para executar o serviço de transporte e fornecer todos os equipamentos necessários, ferramentas e outros materiais, por sua própria conta, que sejam necessários, incluídos aí o veículo e eventuais reparos.

Todavia, isso deverá ser feito seguindo standards mínimos propostos pelo Uber. Por exemplo, o motorista jamais poderá pegar um passageiro na rua sem que este tenha solicitado a corrida por meio do aplicativo, deverá estar vestido profissionalmente, deve enviar uma mensagem ao cliente 1-2 minutos antes de busca-lo, a música tocando no rádio deverá ser jazz ou gêneros semelhantes, além da limpeza do veículo, entre outros[19]. Também é importante mencionar que os

---

[14] As informações foram retiradas do próprio site da companhia: https://www.uber.com/pt-BR/drive/requirements/

[15] A informação foi retirada do relatório da decisão de julgamento sumário da ação coletiva requerendo o reconhecimento do vínculo empregatício movida pelos motoristas do UBER proferida pela Corte do Distrito da Califórnia, em 2015, p.3, disponível em: http://uberlawsuit.com/OrderDenying.pdf.

[16] FRANCA FILHO, M. P. A. "Inovações tecnológicas na mobilidade urbana: a legalidade do Uber como serviço de transporte de passageiros", 2016. 63f. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, p.10-11.

[17] A informação foi retirada do relatório da decisão de julgamento sumário da ação coletiva requerendo o reconhecimento do vínculo empregatício movida pelos motoristas do UBER proferida pela Corte do Distrito da Califórnia, em 2015, p. 4. Disponível em: http://uberlawsuit.com/OrderDenying.pdf.

[18] Ibidem, p. 21.

[19] A informação foi retirada do relatório da decisão de julgamento sumário da ação coletiva

motoristas são avaliados pelos usuários pelo serviço prestado, ao término da corrida. Especula-se que o descumprimento das "normas de conduta" seja passível de punição e até mesmo de terminação do contrato.

3 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE PRESTADORES DE SERVIÇO INDEPENDENTES E EMPREGADOS

Para a análise do trabalho autônomo e dos elementos do vínculo empregatício, é importante destacar a diferença entre relação de trabalho e de emprego. A primeira se refere "a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano"[20]. A segunda é gênero da primeira e "corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes."[21]

A importância reside no fato de que as relações de emprego, por sua relevância socioeconômica e singularidade em sua dinâmica jurídica estão sob a tutela do Direito do Trabalho. Assim, os vínculos fronteiriços aqueles previstos na CLT e legislação trabalhista não necessariamente estão sujeitos à tutela trabalhista.

Assim, a discussão acerca das características do trabalho autônomo e do vínculo empregatício ganham força no presente caso, sendo inclusive objeto de reclamações trabalhistas mundo afora, à exemplo dos Estados Unidos, Inglaterra e do nosso país, para o exame do caso dos motoristas do Uber.

3.1 O TRABALHO AUTÔNOMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O trabalho autônomo apresenta-se como a forma predominante de prestação de serviços do homem. Na antiguidade, por exemplo, lado a lado ao trabalho escravo havia, em especial entre os romanos, os que exerciam atividades com autonomia e liberdade, como os artesãos[22]. A partir do século X, os habitantes dos feudos eram comerciantes, que passaram a adquirir e intercambiar mercadorias produzidas fora dos limites dessas áreas[23]. Todavia, "após a queda do Império Romano, as relações predominantemente autônomas de trabalho foram paulatinamente sendo substituídas por um regime heterônomo"[24].

E assim, pouco a pouco, a prestação de serviços autônomos foi relegada a um segundo plano, o que se intensificou após a Revolução Industrial. Nesse sentido leciona Renata Orsi Bulgueroni[25]:

> Contudo, especialmente com o desenvolvimento da indústria, a forma autônoma de prestação de serviços passa a ocupar plano secundário, circunscrito a determinadas atividades pouco rentáveis ou de dimensões reduzidas, como agricultura e pequeno comércio. Prevalece então, a figura do trabalhador dependente e assalariado, subordinado à empresa, mas alheio a seus riscos e também a seus rendimentos.

---

requerendo o reconhecimento do vínculo empregatício movida pelos motoristas do UBER proferida pela Corte do Distrito da Califórnia, em 2015, p. 4. Disponível em: http://uberlawsuit.com/OrderDenying.pdf, p.22.

[20] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 295.

[21] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p.296.

[22] BARROS, A. M. "Curso de Direito do Trabalho". 10 ed São Paulo: LTr, 2016, p. 47.

[23] BARROS, A. M. "Curso de Direito do Trabalho". 10 ed São Paulo: LTr, 2016, p. 48.

[24] Idem.

[25] BULGUERONI, R. O. "Trabalho autônomo dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira". 2011. 244f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, p.37.

Contemporaneamente, trabalhador autônomo "é aquele que não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade", segundo Amauri Mascaro Nascimento[26]. Acrescenta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena[27] que é "o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução. Vilhena ainda esclarece que dois são os aspectos a serem considerados quanto ao trabalho autônomo: o vínculo jurídico alicerçado sobre o resultado, na predeterminação da prestação que não sofrerá intervenção do credor e o poder jurídico do prestador de organizar seu próprio trabalho.

Em síntese, ao autônomo cabem os resultados e também os riscos, assim como lhe pertencem os bens e os instrumentos do trabalho, ou seja, imperam a discricionariedade técnica e a auto-organização dos serviços, que pode ser prestado para mais de uma pessoa. Acentua Vilhena[28]:

> A iniciativa e a auto-organização do trabalho autônomo enfatizam a liberdade de o prestador dispor de sua atividade para mais de uma pessoa, pois qualquer delas não interferirá na execução de seu trabalho, o que não ensejará a que uma atue em detrimento de outra. Somente a auto-organização, porém, é que presidirá o princípio da oportunidade, por meio do qual o prestador livre atenderá a contento seus diversos credores de serviços.

Inexiste na legislação trabalhista definição expressa de autônomo, e, o regramento da forma de prestação de serviços é feito pelo Código Civil e legislação extravagante. Todavia, tal lacuna conceitual é suprida pela normativa previdenciária que contempla, ainda que de forma imprecisa. o conceito de "trabalhador autônomo clássico" no artigo 9º, V, alínea l, do Regulamento da Previdência Social (RPS - Decreto nº 3048/99): " a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana com fins lucrativos ou não". Ressalte-se que tal conceito é semelhante ao previsto pelas Leis de Custeio (nº 8.212/91 - art. 12, V, alíneas g e h) e de Benefícios (nº 8.213/91 - art. 11, V, alíneas g e h) da Previdência Social.

Em verdade, a categoria dos autônomos não constitui um todo homogêneo, com características uniformes pré-determinadas, muito embora afastem-se da relação de emprego essencialmente pela falta de subordinação. Assim assevera Maurício Godinho Delgado[29]:

> O trabalhador autônomo consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior generalidade, extensão e importância sociojurídica no mundo contemporâneo. Na verdade, as relações autônomas de trabalho consubstanciam leque bastante diversificado, guardando até mesmo razoável distinção entre si.

Como exemplos do aqui exposto tem-se a figura do representante comercial, disciplinado pela Lei nº 4886/65, contratos de comissão (art. 693 a 709 do CC), agência e distribuição (arts. 710 a 721), de transporte (arts. 730 a 756), entre

---

[26] NASCIMENTO, A. M. "Curso de direito do Trabalho". 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 264.
[27] VILHENA, P. E. R. "Relação de emprego: estrutura legal e supostos". 3ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 532.
[28] VILHENA, P. E. R. "Relação de emprego: estrutura legal e supostos". 3ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 533
[29] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 358.

outros. Destaca-se, ainda, o contrato de empreitada, com previsão nos artigos 610 a 626 do Código Civil, complementados, em âmbito laboral pelo artigo 455 da CLT e a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

A matéria, muito embora não regulada pela legislação trabalhista, sofre sua influência direta e está longe de ser pacífica. Com efeito, tome-se como ilustração o caso da representação comercial. Embora o representante comercial seja considerado, tradicionalmente, um dos principais expoentes do trabalho por conta própria, são frequentes as decisões judiciais reconhecendo o vínculo de emprego entre ele e o tomador de seus serviços, por ser considerado como vendedor:

> RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. FRAUDE. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. 1. A prestação informal de labor pela autora, inicialmente de forma tácita como vendedora individual, e depois como representante comercial pessoa física, posteriormente transmudada para relação comercial empresarial, quando mantidas por mais de vinte e três anos as mesmas características laborais, enseja reconhecer que houve fraude à legislação trabalhista, na forma dos arts. 2º e 3º c/c art. 9º da CLT, razão pela qual, em reforma da decisão de piso, reconhece-se ao efeito constitutivo e para todos os fins o vínculo empregatício entre as partes no período compreendido entre 03/02/1987 e 30/09/2010, devendo os autos retornar à origem para julgamento das demais pretensões formuladas na inicial. 2.Em face da ilicitude detectada implicar em diversos tipos penais, em cumprimento ao disposto no art. 40 c/c art. 5º, II, do CPP, determina-se a expedição de ofício à Polícia Federal, para instauração do competente inquérito policial para apuração da autoria delitiva dos crimes de sonegação dolosa de registro em CTPS (art. 297, § 4º, do CP), frustração de direito trabalhista mediante fraude (art. 203 do CP), falsidade ideológica (art. 299 do CP, quanto aos contratos de representação comercial produzidos pela ré), e sonegação previdenciária (art. 337-A do CP). (TRT-4 - RO: 00019114120105040202 RS 0001911-41.2010.5.04.0202, Relator: MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO, Data de Julgamento: 27/03/2014, 2ª Vara do Trabalho de Canoas).

Os requisitos do trabalho autônomo clássico acima expostos já passaram por mudanças consideráveis, sendo possível falar até em "trabalho autônomo de segunda geração"[30]. O seu traço mais marcante é a dependência do trabalhador em face do tomador de serviços. Isto quer dizer que "embora o trabalhador ainda conserve seu poder de auto-organização, ele sofre determinadas limitações impostas por razões técnicas e operacionais das atividades prestadas, ou mesmo por condições socioeconômicas da relação instaurada entre prestador e tomador de serviços"[31].

A ideia em questão é trabalhada na doutrina pátria por Renata Orsi Bulgueroni, a partir da obra de Adalberto Perulli e do conceito de "trabalho autônomo dependente". As principais características são a relação de coordenação da inserção na atividade produtiva (o comitente pode exigir a conformação do serviço à atividade sem interferir na organização do trabalho); a prevalente

[30] Expoente principal é Adalberto Perulli.

[31] BULGUERONI, R. "O. Trabalho autônomo dependente: experiênciais italiana e espanhola e a realidade brasileira". In: MANNRICH, N; FERNANDES, R. F. (Coord). *Temas contemporâneos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p.204.

pessoalidade na prestação de serviços; relações pautadas na continuidade, o que leva a própria integração na estrutura empresarial; inexistência de relação direta entre o prestador de serviços e o mercado e a dependência econômica.

Quanto a dependência econômica faz-se necessário explicitar suas peculiaridades. Com efeito, a atividade prestada nestes moldes é destinada a um único tomador, por meio do qual o trabalhador recebe a maior parcela de seus rendimentos ou dedica quase toda sua jornada de trabalho, de forma que não haja necessidade ou sequer possibilidade para oferecer serviços a outrem.[32]

Contudo, diferencia-se da subordinação da relação empregatícia clássica:

> Ressalte-se, aqui, a diferença de tal conceito em relação à subordinação característica do clássico contrato de trabalho: nesta, o próprio trabalhador insere-se na estrutura empresarial, sendo parte integrante da empresa; naquele, ao contrário, é a atividade desempenhada pelo prestador que integra o processo produtivo e interessa exclusivamente àquele empresário.[33].

Em síntese, podemos dizer que há parassubordinação. Com efeito, a ligação funcional se dá por coordenação ou colaboração, de forma que não há, pelo menos em teoria, hierarquia entre prestador e tomador, falando-se apenas da sujeição no que concerne a entrega do resultado nos padrões definidos pelo tomador, nas palavras de Amauri César Alves[34]:

> A *coordenação* da prestação é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja, neste contexto subordinação no sentido clássico e já analisado do termo. É atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador. É, ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante, sendo que aquele se insere no contexto organizativo deste – no estabelecimento ou na dinâmica empresarial – sem ser empregado.

Finalmente, não é ocioso destacar que é exatamente este requisito que pode justificar a extensão das tutelas tipicamente trabalhistas aos 1autônomos dependentes.

3.2. A FISIONOMIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: UM EXAME A PARTIR DA SUBORDINAÇÃO

Segundo Maurício Godinho Delgado "o trabalho empregatício (enquanto trabalho livre mas subordinado) constitui hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista"[35]. O mesmo autor ainda sublinha os cinco elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego[36]:

---

[32] BULGUERONI, R. "O. Trabalho autônomo dependente: experiênciais italiana e espanhola e a realidade brasileira". In: MANNRICH, N; FERNANDES, R. F. (Coord). *Temas contemporâneos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p.205.

[33] BULGUERONI, R. "O. Trabalho autônomo dependente: experiênciais italiana e espanhola e a realidade brasileira". In: MANNRICH, N; FERNANDES, R. F. (Coord). *Temas contemporâneos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016, p. 205-206.

[34] ALVES, A. C. "Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista". São Paulo: LTr, 2004, p.89.

[35] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 298.

[36] Idem.

> a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também efetuada com não eventualidade; d) efetuada ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

É exatamente o que se extrai da leitura dos artigos da CLT 2º ("considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço") e 3º ("considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário).

Tomando por conta que para o deslinde da questão norteadora deste trabalho o elemento da subordinação é o mais importante, pois sua ausência traça os contornos do trabalho autônomo clássico, não teceremos maiores comentários acerca dos demais requisitos da relação empregatícia. Não é ocioso destacar que ela é "um *quid,* interceptado na conduta das partes em um contrato de atividade e que, como suporte fático fisionomiza esse contrato como de trabalho. [37]"

O artigo 3º muito embora mencione o verbete "dependência" refere-se, em verdade a subordinação como fenômeno jurídico, conforme restou consolidado pela doutrina pátria. Esta "consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços"[38] . Ou seja, trata-se de subordinação em seu aspecto objetivo, sem que haja atuação sobre a pessoa do trabalhador, mas tão somente sobre o modo de realização do serviço.

A subordinação, no olhar de Delgado pode ter três dimensões: a clássica (ou tradicional), a objetiva e a estrutural. A primeira delas, a clássica, pode ser interpretada como situação jurídica de sujeição do trabalhador ao poder de direção empresarial quanto ao modo de realização da prestação laborativa[39].

A objetiva, por outro lado, " é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços"[40]. O conceito foi lançado por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, explicando que trata-se relação de coordenação (participação integrativa), uma verdadeira harmonia entre as atividades da empresa e do empregado:

> A determinabilidade que se dá no quê, no como, no quando e no quanto prestar é que leva uma das partes, o credor de trabalho, a constante ou contingentemente intervir na atividade do prestador. Eis aí o que se entende por subordinação vista sob o ângulo objetivo e que abarca casos e hipóteses não alcançados pelo critério personalista clássico e tradicional de equacionar-se a subordinação como um poder de dirigir a que corresponde um dever do trabalhador de obedecer.[41]

A subordinação estrutural, por outro lado, pressupõe que o empregado esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do empregador. É expressada "pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus

---

[37] VILHENA, P. E. R. "Relação de emprego: estrutura legal e supostos". 3ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 518.
[38] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p.311.
[39] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 313.
[40] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 314.
[41] VILHENA, P. E. R. "Relação de emprego: estrutura legal e supostos". 3ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 523.

serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento"[42].

Delgado ainda explicita a importância de se ter uma visão sistêmica das três dimensões do fenômeno subordinativo, tendo em vista que somente assim é possível, por meio da interpretação, adequar o conceito jurídico às alterações da realidade, garantindo a oxigenação e o expansionismo do Direito do Trabalho[43].

4 AFINAL, COMO CLASSIFICAR OS MOTORISTAS DO UBER?

O Direito do trabalho surge para garantir uma efetiva proteção jurídica do trabalhador, encarado como hipossuficiente da relação empregatícia. É de ser ressaltar que o constituinte fez, inclusive, opção de estabelecer como princípios gerais constitucionais da atividade econômica a valorização do trabalho humano em conjunto com a livre iniciativa[44].

Isto quer dizer que houve a escolha do constituinte pátrio pelo modelo econômico capitalista, entretanto, equilibrado por princípios caros à paz e justiça social. Assim, urge não só a proteção dos empregos já existentes, mas a criação de condições favoráveis a novos empregos e ao bem estar social.

Neste sentido, é importante mencionar a Súmula 212 do TST[45] que prevê expressamente que a presunção relativa favorável ao empregado é de vínculo jurídico de relação de emprego, desde que seja incontroversa a prestação de serviços por uma pessoa natural a alguém. Ademais, é oportuno destacar que nos termos do artigo 9º da CLT são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação.

Nesse sentido, também merece destaque a Recomendação nº 198 da Organização Internacional do Trabalho (2006) que assim dispõe sobre a proteção às relações de trabalho:

> [...] combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção [...] (em tradução nossa)

A atividade econômica desenvolvida pela plataforma do Uber também deve ser analisada sob o prisma constitucional acima exposto. Com efeito, apesar de possuir uma roupagem, pelo menos da teoria, de "economia compartilhada", o que se percebe é que a plataforma online tem desvirtuado a ideia original, ao intermediar o uso de bens e serviços e promover um verdadeiro mercado de baixo custo, ideia que se distancia de um compartilhamento propriamente dito.

---

[42] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 314.
[43] DELGADO, M. G. "Curso de direito do trabalho". 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 315-316.
[44] **Art. 170/ CRFB 88.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
[45] ***Súmula nº 212 do TST.*** **DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

As professoras Giana M. Eckhardt e Fleura Bardhi denunciam em seu artigo "*The Sharing Economy Isn't About Sharing at All*[46]" a descaracterização da real ideia do "*colaborative consumption*". Segundo as autoras, esse modelo deixou de ser um compartilhamento para se transformar num sistema denominado "*acess economy*":

> A partilha é uma forma de intercâmbio social que ocorre entre pessoas conhecidas entre si, sem qualquer lucro. Partilhar é uma prática estabelecida, e domina aspectos particulares da nossa vida, como no seio da família. Ao compartilhar e coletivamente o espaço doméstico da casa, os familiares estabelecem uma identidade comum. Quando o "compartilhamento" é mediado pelo mercado - quando uma empresa é um intermediário entre os consumidores que não conhecem uns aos outros – não se trata mais de compartilhamento. Em vez disso, os consumidores estão pagamento para acessar bens ou serviços de outra pessoa por um determinado período de tempo. Trata-se de troca econômica, e os consumidores estão atrás de um valor utilitário, ao invés de social. (tradução nossa)

Conforme aduz Franca Filho[47], no caso de empresas como a Uber, não se trata efetivamente de um "compartilhamento", mas sim, de uma relação comercial, com verdadeiro intuito lucrativo, sendo "possível dizer que as empresas estão explorando um mercado consistente em intermediar possuidores e pretensos usuários de bens e serviços, fazendo com que esses bens e produtos sejam oferecidos a custos menores". Dessa forma, a discussão acerca da existência ou não do vínculo empregatício dos motoristas "parceiros" do Uber ganha força.

Em um primeiro momento a questão parece ser simples. A autonomia do trabalho além de se encontrar de forma expressa no contrato firmado entre o motorista e o aplicativo, é reforçada pelo fato do "parceiro" ter a total liberdade quanto à determinação de sua jornada de trabalho: basta ficar *online* ou *offline* na plataforma digital, no dia e na hora que desejar. Além disso, os meios de produção, o veículo e o smartphone são de propriedade do trabalhador, nada é fornecido pela empresa a não ser o próprio aplicativo.

Por outro lado, conforme já exposto em tópicos anteriores, no trabalho autônomo impera a discricionariedade técnica e a auto-organização dos serviços. Ocorre que há, em certa medida a direção do trabalho do motorista pelo Uber. Com efeito, é o software que define o preço do serviço e chega até mesmo a receber o pagamento, sem que haja qualquer interferência do "parceiro", há definições do padrão de atendimento, o motorista apenas pode ser acionado por intermédio da plataforma digital, sendo expressamente proibido pegar passageiros fora do

---

[46] ECKHARDT, G. M.; BARDHI F. "The Sharing Economy Isn't About Sharing at All". *Harvard Business Review.* Jan. 2015. p. 2. No original: "Sharing is a form of social exchange that takes place among people known to each other, without any profit. Sharing is an established practice, and dominates particular aspects of our life, such as within the family. By sharing and collectively consuming the household space of the home, family members establish a communal identity. When 'sharing is market-mediated' — when a company is an intermediary between consumers who don't know each other — it is no longer sharing at all. Rather, consumers are paying to access someone else's goods or services for a particular period of time. It is an economic exchange, and consumers are after utilitarian, rather than social, value.

[47] FRANCA FILHO, M. P. A. "Inovações tecnológicas na mobilidade urbana: a legalidade do Uber como serviço de transporte de passageiros", 2016. 63f. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, p.12.

aplicativo. Não bastasse isso, o Uber ainda conta com um sistema disciplinar embasado na avaliação dos passageiros após a prestação dos serviços.

Dessa forma, resta perceptível que a relação entre o Uber e seus motoristas tem traços que deixam margem à interpretação de que eles de fato são autônomos, e em outro extremo, empregados. Não é ocioso destacar que a forma como é desenvolvida a prestação de serviços parece se aproximar bastante do conceito doutrinário de parassubordinação, que também é objeto de debates acalorados no âmbito trabalhista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho traz em seu título a sua questão norteadora: seriam os motoristas do Uber autônomos ou empregados? O intuito, em verdade, é o de apresentar novos argumentos e aprofundamento teórico quanto à questão, sem pretensões de trazer uma resposta final quanto ao problema, até porque há um manifesto descompasso entre o ordenamento jurídico e as novas formas de arranjo da economia capitalista da era digital.

O Uber representa um objeto de pesquisa rico, em virtude de possibilitar a convergência de dois princípios constitucionais em sua execução, que integram o núcleo do conceito de Estado Democrático em nosso país: a livre iniciativa e a preservação dos valores relacionados ao trabalho.

A caracterização dos prestadores de serviço que se integram àquele serviço certamente passa por um exercício de ponderação entre aqueles elementos principiológicos, até porque iremos encontrar pessoas que se integram ao Uber sem a menor intenção (*animus* subjetivo) de tornarem-se empregados segundo o conceito tradicional inserto na CLT.

Os limites estreitos que foram propostos para este ensaio não permitem ir além da identificação de que é imperiosa construção de uma alternativa a partir do Direito vigente, uma vez que o surgimento de uma legislação a regular o fenômeno é de difícil previsão, que priorize a dignidade da pessoa. Certamente essa é diretiva maior, inclusive raiz histórica do Direito do Trabalho universal.

A situação desses prestadores, particularmente quanto à proteção aos infortúnios e agravos decorrentes do serviço em pouco tempo chegará aos pretórios (civis ou trabalhistas), demandando soluções criativas que permitam, por um lado, a convivência no mercado de formas inovadoras de exploração e, noutra ponta, o controle daquilo que essas inovações provocam na exploração dos trabalhadores a ela vinculada, algo que é indissociável do sistema capitalista de produção e exige do direito uma pronta regulação.

REFERÊNCIAS

ALVES, A.C. “Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista”. São Paulo: LTr, 2004.

BARROS, A.M. “Curso de Direito do Trabalho”. 10 ed São Paulo: LTr, 2016 .

BULGUERONI, R.O. “Trabalho autônomo dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira”. 2011. 244f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo.

_____. “Trabalho autônomo dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira”. In: MANNRICH, Nelson; FERNANDES, Reinaldo de Francisco (Coord). *Temas contemporâneos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016

DELGADO, M.G. “Curso de direito do trabalho”. 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016.

ECKHARDT, G.M.; BARDHI F. “The Sharing Economy Isn’t About Sharing at All”. *Harvard Business Review*. Jan. 2015. p. 2. Disponível em <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-all>. Acesso em: 17/10/2016

ERVING, E. E. “The Sharing Economy: Exploring the Intersection of Collaborative Consumption and Capitalism”. *Claremont Colleges: scripps senior theses*,

paper 409, 2014. Disponível em: <http://scholarship.claremont.edu/scripps_theses/409>. Acesso em: 12 out 2016.

FRANCA FILHO, M.P.A. “Inovações tecnológicas na mobilidade urbana: a legalidade do Uber como serviço de transporte de passageiros”, 2016. 63f. Trabalho de conclusão de curso de graduação. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa.

HAMARI, J.; SJÖKLINT M.; UKKONEN A. “The sharing economy: why people participate in collaborative consumption*”. Journal of the association for information, science and technology,* 2015. Disponível em: < http://people.uta.fi/~kljuham/2015-hamari_at_al-the_sharing_economy.pdf>. Acesso em: 12 out 2016.

NASCIMENTO, A.M. “Curso de direito do Trabalho”. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. “Recomendación 198 sobre la relación de trabajo”. 2006. Disponível em: < http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312535:NO >. Acesso em: 19/03/2017.

SUNDARARAJAN, A. “The sharing economy: the end of employment and the rise of crowd-based capitalism”. Massachussetts: The MIT Press, 2016. [ebook – kindle version]

TELLES JR., R. “Digital matching firms: a new definition in the “sharing economy” space”. U.S. *Department of Commerce Economics and Statistics Administration Office of the Chief Economist,* 2016. Disponível em: < http://www.esa.gov/sites/default/files/digital-matching-firms-new-definition-sharing-economy-space.pdf>. Acesso em: 15 out 2016.

VILHENA, P.E.R. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos”. 3ed. São Paulo: LTr, 2005.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 273-288
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A adequação dos meios de solução de conflitos na perspectiva dos direitos fundamentais: um ensaio pela cultura mediação e da paz

The adequacy of the means of conflict resolution in the perspective of fundamental rights: an essay on culture mediation and peace

ANDREA BOARI CARACIOLA[1]
ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI [2]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. O acesso à Justiça e os direitos fundamentais processuais inseridos na categoria de direitos humanos; 3. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva; 4. A crise da jurisdição centrada no monopólio do Estado; 5. Política de tratamento adequado dos conflitos e a revisitação do conceito de acesso à Justiça; 6. Quebra de paradigma: um ensaio pela cultura da mediação e da paz na perspectiva dos direitos fundamentais; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

Resumo: Notória a insatisfação para com o modelo tradicional de solução de conflitos, que consagra técnicas individualistas e procedimentos jurisdicionais estatais extremamente formais, que emperram a máquina judiciária estatal. Nessa perspectiva, surge a necessidade de revisitação e atualização do conceito de acesso à Justiça, tendo em vista a construção de um sistema multiportas, por meio do qual seja possível gerenciar os conflitos e solucioná-los pelos mecanismos de resolução mais aderentes e adequados à crise de direito material subjacente. Nesse contexto se destaca a mediação, meio consensual de solução de conflitos que, por meio do restabelecimento da comunicação entre os indivíduos em conflito, possibilita a construção da solução pelos próprios envolvidos no litígio, de sorte a estimular o exercício da cidadania e propiciar o desenvolvimento de uma cultura de pacificação.

---

[1] Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) "Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo". Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Advogada em São Paulo.

[2] Pós-Doutoranda em Novas Narrativas na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Pós-Doutora em Direitos Humanos e Trabalho pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Graduada em Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero e em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professora do Curso de Direito da UPM. Professora do Curso de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Professora Convidada do Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da ECA/USP. Participante do Grupo de Pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos e Líder do Grupo de Estudos de Direitos da Criança do Adolescente no Século XXI , ambos da Faculdade de Direito da UPM. Sócia e Produtora Editorial de Projetos Comunicacionais e SocioEducacionais da Agência Andreucci Comunicação.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça - Adequação dos meios de solução de conflitos – Mediação – Cultura da paz.

Abstract: It is notorious for dissatisfaction with the traditional model of conflict resolution, which enshrines individualistic techniques and extremely formal state jurisdictional procedures that hamper the state judicial machinery. From this perspective, there is a need to revisit and update the concept of access to justice, with a view to building a multiport system, through which it is possible to manage conflicts and solve them through the mechanisms of resolution that are more adherent and appropriate to the crisis Underlying material right. In this context, mediation, a consensual means of conflict resolution, which, through the re-establishment of communication between the individuals in conflict, makes possible the construction of the solution by those involved in the litigation, so as to stimulate the exercise of citizenship and foster development Of a culture of pacification.

Keywords: Access to Justice - Appropriate conflict resolution means - Mediation - Peace Culture.

1. Introdução

No que toca à temática relativa ao acesso à Justiça, notória a insatisfação para com o modelo tradicional monopolizado pelo Estado quanto a resolução de conflitos, uma vez que consagra técnicas individualistas adstritas a procedimentos jurisdicionais estatais extremamente formais que, ao burocratizarem o processo, emperram a máquina judiciária.

O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz e, a predominância desse critério gerou a chamada cultura da sentença, inserida em um contexto altamente litigioso e adversarial, no qual nem sempre a tão desejada decisão judicial final, permeada pelos limites da coisa julgada, sinônimo de imutabilidade e definitividade dos conflitos, traduz a efetiva pacificação entre os envolvidos na lide. Nessa medida, é preciso repensarmos o modelo jurisdicional estatal de solução de conflitos para que possamos construir e implementar um modelo de gerenciamento de crises sociais que seja capaz de pacificar com Justiça!

Este o contexto no qual inserimos a temática adstrita à necessária revisitação do conceito de acesso à Justiça, para nele incluir os mecanismos não judiciais. É nessa perspectiva que se insere a adequação dos meios de solução dos conflitos de interesse como um típico direito fundamental, que deve ser defendido e buscado socialmente.

O atual Estado de Direito, ao sobrelevar a democracia participativa e resgatar a valorização da cidadania, já não se contenta com velhas fórmulas e institutos processuais inaptos e ineficazes à composição dos litígios. É que, desapartados da realidade, traduzem uma cultura resistente e preconceituosa ao desenvolvimento de outros mecanismos, mais adequados e aderentes à natureza do conflito de direito material subjacente, mecanismos estes que, por não serem adversariais e propiciarem o diálogo dos indivíduos envolvidos na lide, favorecem o desenvolvimento de uma cultura da paz. Estes mecanismos revelam um sistema de Justiça pautado em soluções coexistenciais ao Poder Judiciário e que, ao disponibilizarem técnicas menos formais e burocratizadas, quando comparadas às

do processo judicial, apontam para uma solução do conflito em um prazo razoável, mantendo os vínculos sociais entre aqueles envolvidos na lide, porquanto sua solução é fruto de um saber negociar.

Mister a concepção de um modelo educacional que enfatize e aperfeiçoe a habilidade do saber negociar, de forma cooperativa, no qual as partes envolvidas tenham condições de decodificar que o conflito, além de algo natural e próprio da vida em sociedade, é algo positivo e construtivo, face a capacitação pessoal, tendo em vista a necessária transição da cultura da não violência para a cultura da paz.

Destacamos aqui a mediação, como técnica de negociação, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico de um terceiro, imparcial, que atua como uma agente catalisador, e que tem a função de resgatar a comunicação entre os indivíduos em conflito, a fim de que estes possam resignificá-lo e construir a melhor solução para o conflito, a partir de uma interpretação transformadora do mesmo. Temos nesse processo, portanto, a responsabilização dos próprios sujeitos envolvidos no conflito, para que possam ser capazes de elaborar acordos duráveis através da restauração do diálogo, alcançando a melhor solução para o caso em questão.

Exsurge, pois, a necessidade de implementação da cultura da mediação como mecanismo de solução de conflitos na perspectiva dos direitos humanos tendo em vista o desenvolvimento de uma educação para a paz, que impõe, dentre outros, o desafio do “aprender a viver juntos”, realidade esta que vem destacada no Relatório da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI da UNESCO.

2. O acesso à Justiça e os direitos fundamentais inseridos na categoria de direitos humanos

O ponto de partida para analisarmos a temática do acesso à Justiça no contexto dos direitos humanos está em apresentar um conceito básico dessa categoria de direitos. Tão somente a partir daí é que se nos afigura possível desenhar esse enquadramento. Não obstante, difícil a delimitação do que venha a ser direitos humanos, dada as características gerais dessa categoria de direitos: universalidade, por aplicarem-se aos seres humanos em geral, caráter moral, por independerem de positivação, caráter preferencial e essencialidade, pela prioridade que possuem, elementos esse que se somam à sua natureza abstrata.[3]

Os direitos do homem não surgem na sociedade como que em uma explosão espontânea, mas foram moldados ao longo da evolução histórica, fruto, notadamente, de movimentos sociais. São direitos históricos, que nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, tornando-se um dos principais indicadores do progresso histórico.

É nesse sentido e nesse contexto que, didaticamente, a doutrina identifica as chamadas gerações ou dimensões dos direitos humanos, que revelam a cronologia do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, proclamados que foram

[3] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Academia brasileira de direito processual**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-20formatado.pdf. Acesso em 10/06/2016.

gradualmente, na medida e proporção das carências do ser humano, originadas a partir das mudanças das condições sociais. A questão acerca das dimensões de direitos deve ser analisada a partir dos anseios do ser humano, em contraponto com a superveniência de interesses, sejam eles individuais, sociais, solidários, tecnológicos, dentre outros, capazes de provocar mudança social.

Os da primeira dimensão são os direitos da liberdade, de sorte a compreender os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional: são direitos individuais, de natureza civil e política, e foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de naquela época existir uma preocupação preemente, qual seja, a de proteger as pessoas do poder opressivo do Estado! Surgiram com a Revolução Francesa, entre os séculos XVIII e XIX, como formar de afastar o poder monárquico e assegurar à burguesia, então em surgimento, os direitos mínimos para o exercício da sua atividade. Assim, tinham como fundamento a limitação do poder e a reserva para os individuos de uma esfera de liberdade em relação ao Estado.[4] Os direitos humanos de primeira dimensão correspondem aos direitos de prestação negativa, também denominados de direitos de resistência, que assumem uma postura não-intervencionista, a partir de cláusulas limitativas do Estado, voltadas a fixar os limites da atuação estatal diante das liberdades individuais.[5]

No que diz respeito à consagração do direito de acesso à Justiça, depreende-se que obstáculos e os modos pelos quais os indivíduos acessariam as cortes judiciais, não constituíam objeto de preocupação ou intervenção do Estado. O efetivo exercício do direito só era realizado por aqueles que tinham condições econômicas de enfrentar seus custos. O direito ao acesso efetivo à Justiça só passou a receber atenção, na medida em que as reformas do *welfare state* objetivaram armar os indivíduos de novos direitos substantivos. Por essa acepção abstencionista do Estado, o direito de acesso à Justiça correspondia à possibilidade jurídica de submeter o conflito ao Poder Judiciário. [6]

Os direitos da segunda dimensão dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, que surgem com a queda do Estado liberal e o nascimento do Estado do bem estar social**.** É que o excesso de liberdade assegurado pelos direitos de primeira dimensão, causou um desequilíbrio social. O Estado ganha o papel de assegurar e garantir a igualdade entre as pessoas e, nessa medida, esses direitos são denominados de direitos de igualdade: têm o propósito de minimizar as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana. Assim, surgem os direitos dos trabalhadores**,** dos inquilinos, dos consumidores, dos idosos**,** ou seja, todos os direitos referentes a uma classe específica.[7] Temos então que o principal objetivo dessa segunda dimensão de direitos é conferir ao ser humano condições materiais mínimas e necessárias ao exercício de uma vida com dignidade, razão pela qual o Estado assume o papel de prestador de direitos sociais à saúde, à previdência, à cultura e à educação, fornecendo aquilo de que as pessoas e a sociedade precisam para suprir as suas carências. Exsurge neste período a preocupação com o alcance e com a finalidade da jurisdição estatal, sendo necessário, para tanto, uma atuação positiva do Estado na promoção de mecanismos para tornar o acesso à Justiça efetivo. Destarte, em resposta as bases trilhadas pela segunda dimensão de direitos, podemos afirmar o

---

[4] BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

[5] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012, p.145-148.

[6] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10-11.

[7] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 623.

direito de acesso à justiça como um direito essencial, imprescindível em qualquer ordenamento jurídico democrático. Ressaltamos aqui o direito à tutela jurisdicional como um direito humano fundamental, dos mais elementares e importantes, imprescindível nas sociedades contemporâneas, marcadas por uma intensa conflituosidade. [8]

Inócuo seria o reconhecimento da titularidade de direitos subjetivos, sem que, em contrapartida, não houvesse mecanismos de atuação prática e material para a sua efetiva reivindicação. Ao direito de tutela jurisdicional deve corresponder o dever estatal de assegurar o efetivo acesso à Justiça, promovendo a operacionalização de ações concretas e ao estabelecimento de procedimentos direcionados ao fomento da igualdade material e processual entre todos aqueles que necessitem de tutela judicial a seus direitos: é nesse contexto que qualificamos o direito à tutela jurisdicional e o acesso à Justiça como direitos humanos fundamentais de segunda dimensão.[9]

Por sua vez, encerrando a exposição acerca da teoria trigeracional, cumpre-nos tecer alguns comentários sobre os direitos humanos alocados na terceira geração, que compreendem os direitos da solidariedade ou de titularidade coletiva, difusos: nascem em razão da generalidade da humanidade e da superveniência de novos valores que se caracterizam por estarem adstritos a proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa. Originalmente esses direitos podem ser divididos nas seguintes classes: direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à comunicação, direito à autodeterminação dos povos e direito ao meio ambiente sadio ou ecologicamente equilibrado.[10]

Não obstante a sistematização acima apresentada, Paulo Bonavides[11] nos apresenta uma trasladação do direito à paz, da terceira para a quinta dimensão de direitos fundamentais: uma dimensão em que o direito supremo da humanidade é a paz, consoante análise que se segue, quando tratarmos dessa nova categorização de direitos fundamentais.

No que toca ao direito à tutela jurisdicional, ganham destaque os mecanismos para a sua concretização. A atuação do Poder Judiciário no cenário do direito ao desenvolvimento revela que o acesso à justiça pode ser um importante aliado no processo de concretização dos direitos materiais individuais e coletivos.[12]

Mister ainda destacar a superveniência dos direitos relativos à biotecnologia, à manipulação genética e à bioengenharia, que se enquadram na chamada quarta dimensão dos direitos fundamentais. E, por fim, importante ainda registrar, com fundamento na doutrina de Paulo Bonavides, a sistematização de uma quinta

---

[8] MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009, p.43.
[9] MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009, p.43.
[10] BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em: http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont. Acesso em: 08/06/2016.
[11] BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008, p. 82-83.
[12] LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional como garantia do direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, 123.

dimensão de direitos fundamentais, isso em razão da trasladação do direito à paz da terceira dimensão para esta categorização. [13]

Diante do exposto, uma conclusão é inevitável: não se há como desvincular o fenômeno jurídico dos acontecimentos históricos! Os direitos humanos possuem uma carga dinâmica, na medida em que inseridos no quadro de conquistas da humanidade ao longo dos tempos e das lutas sociais.

Aproximando a análise da questão do nosso objeto de investigação, o direito à tutela jurisdicional vem previsto no ordenamento constitucional brasileiro no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988, que expressamente prevê: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Trata-se da consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional, também conhecido como inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Este direito humano fundamental outorga o direito de ação, cujo alcance e o conteúdo não se esgotam no mero ingresso ou acesso formal ao Poder Judiciário.

3. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva

A temática do acesso à Justiça está intimamente relacionada à questão da Justiça social, pois não basta proporcionar ao jurisdicionado o pleno acesso ao Poder Judiciário, sem que, concomitantemente, também sejam conferidas condições mínimas e satisfatórias à justa composição do conflito pelo Estado. A ideia de acesso à Justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. [14]

De início, a participação do Estado não ia além da declaração formal dos direitos humanos: prevalecia nesse contexto a máxima dominante do *laissez-faire*. Todos eram solenemente presumidos iguais e a ordem constitucional se limitava a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem preocupações substanciais com sua eficiência prática ou efetiva. Já no século XX, entretanto, o coletivo e a preocupação com a ordem social passaram a ser preponderantes na política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou de atuar como simples tarefa de declarar direitos e as Cartas contemporâneas passaram a refletir a consciência social dominante: começaram a preocupar-se com a efetivação dos direitos fundamentais! Assumiu-se, então, a tarefa de não só defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. [15]

O Estado Social de Direito assumiu o encargo de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais e, nesse diapasão, o processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais, qual seja, a tutela

---

[13] BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008, p. 82-83.

[14] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acesso em: 02/05/2016

[15] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acesso em: 02/05/2016.

jurisdicional, começou a ser repensado. Translúcida a questão do acesso à Justiça como uma questão de cidadania, a requerer, fundamentalmente, uma quebra de paradigma e consequente mudança de mentalidade, de sorte a impor a superação de sua dimensão estritamente técnica e adentrar à eficiência da instrumentalidade.

Indispensável se nos afigura propugnar e investigar a necessidade da adequação dos meios de solução de conflitos à natureza do direito controvertido. É nesse contexto que localizamos os chamados meios "alternativos", melhor denominados meios "adequados" de resolução de conflitos, notadamente a mediação, que inserida no movimento de educação para a paz, tem como objetivo a construção de uma cultura assentada no respeito pela diferença e pela diversidade, a partir do desenvolvimento de competências de comunicação, de construção do consenso e de sensibilidade à diversidade cultural, em perspectiva multi e intercultural não preconceituosa.[16]

Estamos inseridos em uma sociedade cada vez mais diversa, plúrima e conflituosa, na qual a adversidade surge como algo cotidiano e que interfere na arte de viver e conviver. Em contrapartida, é notória a crise da jurisdição estatal, revelando-se necessário rompermos com a cultura da solução adjudicada pela sentença prolatada pelo Estado-juiz, a partir da implementação de uma nova mentalidade, capaz de decodificar a importância do desenvolvimento de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos sociais na busca de uma tutela adequada, justa, efetiva e tempestiva!

A efetividade do processo depende, principalmente, da predisposição de meios adequados à solução dos mais variados problemas surgidos no plano material. Assim, é preciso assegurar ao cidadão que recorre à Justiça, uma análise ágil, eficaz e adequada à pretensão de direito material controversa, já que o oferecimento de uma tutela apenas nominal não se revela suficiente à composição social.[17]

Embora o tempo seja necessário a qualquer processo, porquanto indispensável a sua maturação e cognição judicial, sua excessiva dilação, permeada pelos chamados "tempos mortos", exsurge como violação a direito fundamental. Facilmente constatamos que a garantia do processo em um prazo razoável encontra-se positivada em alguns dos principais documentos assecuratórios de direitos fundamentais: no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP), em seu artigo 9º parágrafo 3º [18], bem como na Convenção Americana de

[16] CATARINA M; ISABEL O. **Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade.** 2009. Disponível em http://www.exedrajournal.com/docs/01/43-56.pdf. Acesso em: 17 /03/2016.

[17] DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.22-23.

[18] "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença".

Direitos Humanos, assinada em 1969, em São José da Costa Rica, em seu artigo 8º., inciso I [19]. Mister consignar que por meio do Decreto n. 678/92, esse tratado internacional passou a integrar o direito interno brasileiro, de sorte a assumir a cláusula da duração razoável do processo uma garantia incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, dada a força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988. Fundamental registrar que esta garantia também mereceu destaque e prestígio no projeto de normas transnacionais de processo civil, documento intitulado *Transnational Rules of Civil Procedure*, que se pretende tornar aplicável aos casos de conflito envolvendo partes domiciliadas e bens localizados em diferentes Estados, de sorte a exsurgir do referido documento que: "O procedimento deverá satisfazer expectativas razoáveis de justiça e deverá ser eficiente do ponto de vista econômico e temporal".[20]

A preocupação com o tempo de demora do processo constituiu ainda tema estudado pela Organização das Nações Unidas, por meio do Grupo de Integridade Judicial, grupo este responsável pela elaboração do documento intitulado "Princípios de Conduta Judicial de Bangalore", aprovados no ano de 2001, em Haia, e que consiste em um projeto de Código judicial a ser aplicado em âmbito mundial, baseado em textos integrantes dos sistemas de proteção nacionais, regionais e internacionais, dentre os quais podemos destacar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da própria Organização das Nações Unidas. Como subprincípio do princípio que recomenda a competência e diligência judiciais, exsurge no texto do referido documento: "6.5. Um juiz deve executar todos os seus deveres, incluindo a entrega de decisões reservadas, eficientemente, de modo justo e com razoável pontualidade".[21] [22]

O direito de acessar a ordem jurídica justa exige uma prestação qualificada que, dentre outros atributos, há de ser concedida em um prazo razoável, entendimento este esposado em sede doutrinária e que levou o legislador a introduzir na Constituição brasileira de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, o inciso LXXVIII, em seu artigo 5º: [23] "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".[24]

---

[19] "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

[20] HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. Normas transnacionais de processo civil. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 26, n. 102, p. 200, abr./jun., 2001.

[21] KAYATH, Hind Ghassan. **O prazo razoável no processo civil**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 26-27.

[22] NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Tradução de Marlon S. Maia; Ariane E. Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p.7.

[23] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito fundamental à duração razoável do processo.** Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Humberto_Theodoro_Junior.pdf. Acesso em 03/02/2016.

[24] Mesmo da Emenda Constitucional 45, já se fazia possível extrair e decodificar a garantia da duração razoável do processo como uma dimensão compreendida em outros enunciados encartados na Constituição Federal brasileira, dentre os quais colacionamos a título ilustrativo: a.) artigo 5º, inciso LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal; b.)

Ocorre que estas reformas, em que pesem sejam muito bem vindas e necessárias, infelizmente não são capazes de resolver a crise do Judiciário brasileiro, sem que também seja operada uma reforma simultânea ou sucessiva dos agentes que irão operar as normas renovadas: necessário se faz também uma mudança de mentalidade, um novo olhar sobre a questão.[25]

4. A crise da jurisdição centrada no monopólio do Estado

Analisada historicamente, podemos verificar que a assunção pelo Estado da regulação e resolução dos conflitos de interesse foi crescendo na mesma medida em que se fortaleceram as bases do Estado de Direito. No Brasil, notadamente após a Carta de 1988 e a efetivação dos direitos sociais nela garantidos, vivenciamos uma explosão de litigiosidade contida, sendo certo que o Poder Judiciário passou a ser amplamente requisitado. No entanto, dada a sua deficiência estrutural e a ausência de condições epistemológicas para responder a esse número significativo de demandas individuais, rapidamente foram reveladas as fragilidades e carências do Estado como ente monopolizador do exercício da função jurisdicional.

Não se há olvidar que o estudo acerca da crise da jurisdição centrada no modelo estatal, fomentada a partir da globalização cultural, política e econômica deriva e é indissociável da crise que assola o Estado na modernidade. Essa é uma crise que se transfere para todas as suas instituições. Olhar a crise da jurisdição por essa perspectiva significa observar uma gradual perda de soberania do Estado, como de resto, também, sua falta de aptidão para responder adequada e tempestivamente aos conflitos sociais, de forma a revelar a insuficiência e perda de exclusividade de dizer e aplicar o Direito.[26]

Exsurge cada vez mais nítida a incompatibilidade das estruturas burocratizadas e codificadas do Poder Judiciário com os anseios de uma economia globalizada. O Poder Judiciário foi organizado, estruturado e dimensionado para atuar sob a égide dos códigos, procedimentos, ritos e prazos que não mais têm aderência aos anseios sociais e aos conflitos inerentes a contextos socioeconômicos cada vez mais complexos e transnacionalizados.[27] Translúcido o descompasso: "o tempo do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade".[28] Decodificado o descompasso entre o

---

artigo 5º, inciso XXXV, ao prever o direito de acesso à jurisdição e; c.) artigo 37, *caput,* quanto ao princípio da eficiência da Administração Pública.[24] [24] Mais, com a ratificação e incorporação da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) ao ordenamento jurídico brasileiro, já se havia conferido à razoabilidade da duração do processo *status* imediato de direito fundamental.

[25] BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmistificação**. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/antonioadonias/2013/03/30/o-direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo-e-a-reforma-do-poder-judiciario/. Acesso em 23/03/2016.

[26] SPENGLER,Fabiana Marion. A crise do Estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, vol. 7, nº 1, jan-jun 2011, p. 10.

[27] TOALDO, Adriane Medianeira. A crise da jurisdição estatal e a colaboração processual como novo instrumento para a humanização do processo. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha,** ano 5, nº 9, jan/jun 2011, p.30

[28] SPENGLER,Fabiana Marion. A crise do Estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, Vol. 7, nº 1, jan-jun, 2011, p.

tempo social relativo ao surgimento do conflito, o tempo legislativo no que toca à produção da norma, o tempo do mercado que impõe a lógica do maior lucro no menor prazo e o tempo do Direito, notadamente no que se refere à aplicação da norma ao fato pelo Estado-juiz, não se há questionar a necessária revisão e reestruturação do sistema tradicional de solução de conflitos.

A crise do Poder Judiciário pode ser identificada, ainda, como uma crise de identidade e de (in)eficiência, ambas simbioticamente relacionadas e que se retroalimentam sistemicamente. Não obstante o desempenho no Judiciário constitua um tema socialmente relevante, a pesquisa nessa área ainda é embrionária. Há um modelo historicamente arraigado a cultura do Direito, que concebe a pesquisa jurídica a partir de dados estanques, obtidos a partir de levantamento bibliográfico e análise crítica com confronto de teses, de sorte a preponderar pesquisas de natureza teórica e dogmática.

Decodificada no Brasil essa tendência mundial quanto a adoção de sistemas de mensuração, foi criado em 2004, o Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional 45, que propugnou pela Reforma do Judiciário. A partir de 2006, através do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias, anualmente, passou-se a colher e sistematizar dados estatísticos referentes a seus insumos, dotações orçamentárias, litigiosidade e acesso à justiça! A divulgação destes dados torna-se feita por intermédio de um relatório anual denominado "Justiça em Números". Na Europa temos a CEPEJ, *European Commission for the Efficiency of Justice,* Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça, e o seu relatório "*European Judicial Systems Edition 2014 (data 2012): Efficiency and quality of justice"*[29]. Nos Estados Unidos, destacamos os relatórios do NCSC, *National Center for State Courts*.[30] Sob a perspectiva orçamentária, da litigiosidade e de recursos humanos, interessante registrar que o relatório brasileiro "Justiça em Números" e o europeu, "*European Judicial Systems Edition: Efficiency and quality of justice",* da CEPEJ, utilizam índices de métrica judicial que em muito se aproximam. [31]

A título ilustrativo, voltamos nossa atenção ao retrato da crise que hoje assola o Poder Judiciário brasileiro, a partir de um fragmento de dados estatísticos extraído do relatório "Justiça em Números" edição de 2016, ano base 2015:[32] o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com um estoque de quase 74 milhões de ações. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de ações a mais do que o quantitativo

---

11.

[29] Disponível em: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf. Acesso em 01/06/2016.

[30] Disponível em: http://www.ncsc.org/. Acesso em 01/06/2016.

[31] Conferir: BARBOZA, Priscila da Silva; MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; SERBENA, Cesar Antonio; WIVIURKA, Eduardo Seino. Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, n° 8, 2013, p.75-76.

[32] A liberação dos dados é mais uma iniciativa do CNJ em atendimento à Lei n. 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação, e foi determinada pelo ministro Joaquim Barbosa, presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal, por meio da Portaria n. 216, de 19 de dezembro de 2012. "O banco de dados do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ) fica disponível para consulta pública de forma permanente", estabelece o artigo 1º da Portaria, que também garante aos interessados o direito de buscar informações mais atualizadas diretamente nos tribunais.

ingressado, o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. Interessante assinalar, nos termos expostos pelo relatório acima referido, que: "mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque". Apenas 27,8% dos processos que tramitaram na Justiça em 2015 tiveram uma solução definitiva. A taxa de congestionamento dos casos, isto é, ações sem uma definição no Judiciário, atingiu o maior porcentual da série histórica, 72,2%., sendo que a alta taxa de congestionamento é explicada pelo número de processos pendentes na fase de execução da 1ª instância. [33] Esse cenário revela que o Poder Judiciário Nacional está enfrentando um colapso, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando uma crise de desempenho e, em consequência, perda de sua credibilidade.

Perceptível, pois, que no curso da evolução histórica, notadamente no decorrer do século XX, verificou-se intenso processo de judicialização dos conflitos, a implicar na transferência para o Poder Judiciário da responsabilidade para a solução das mazelas sociais, culminando no inchaço das atribuições do Poder Público e no fortalecimento do chamado protagonismo judicial. O que se colaca em pauta é a própria revisitação do conceito de acesso à Justiça, a revelar que esse "acesso" não passa, necessariamente, pelas portas do Judiciário, sendo necessária a construção de um sistema multiportas!

5. Política de tratamento adequado dos conflitos e a revisitação do conceito de acesso à Justiça

Nem todos os conflitos implicam na necessidade de uma solução adjudicada pela sentença judicial. Vivenciamos um movimento de busca de superação das dificuldades de acesso aos canais formais de resolução dos conflitos. Presenciamos uma tendência universal de revisitação do conceito de acesso à Justiça!

Apesar de cada vez mais se reconhecer o anacronismo do monopólio estatal na distribuição da justiça, a cultura judiciarista ainda é uma realidade. Não obstante, hoje se cogitam e são implementadas outras fórmulas, para além da solução adjudicada, que, a par da excessiva duração do processo, resulta em acirrar os ânimos já antes inflamados pela judicialização da controvérsia, ao final convertendo as partes em vencedor e vencido, contribuindo para exacerbar a contenciosidade, de sorte a projetar reflexos negativos na vida em sociedade.[34]

Podemos decodificar uma gradual transição da Justiça estatal monopolizada para a universalidade da jurisdição e do processo, adotando-se como foco principal a cultura da pacificação com Justiça, obtida seja pela intervenção do Estado-juiz, seja, diversamente, obtida por outros meios auto ou heterocompositivos, meios, estes últimos, capazes de solucionar de modo efetivo o conflito interno (e não apenas o conflito aparente, revelado pelas partes), de sorte a minimizar a possibilidade de que conflitos residuais possam emergir, porquanto não

---

33 http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf. p. 42. Acesso em 09/06/2017.

34 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, p. 49-50.

solucionados, evitando-se, assim, a retroalimentação do sistema. Sob esse prisma, impõe-se reconhecer que o vocábulo "jurisdição" deve estar desconectado, necessariamente, do Estado.

Não propugnamos pelo fim da jurisdição exercida pelo Estado-juiz, mas, sim, a coexistência desta com outras formas de solução de conflitos. Asseveramos um sistema de distribuição de Justiça coexistencial, que permita ao Estado-juiz preocupar-se com lides mais complexas, não resolvidas em outras instâncias, ou insuscetíveis de serem, em razão de particularidades que imponham necessariamente a intervenção judicial. A expressão "acesso à Justiça" pode ser decodificada como "acesso à uma decisão justa", mas não como acesso à uma instituição, no caso judiciária.

Melhor se nos afigura, identificar a garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira, como aquela que confere o direito fundamental de "acesso a ordem jurídica justa", a partir de um sistema multiportas de solução de conflitos. A revisitação do tema acesso à Justiça, permite considerá-lo como um direito fundamental, compreendido à luz da efetividade das técnicas de solução de conflitos de interesse, sob a especificidade de sua adequação à natureza do conflito de direito material subjacente.

O acesso ao Direito e à Justiça deve, pois, ser entendido como a possibilidade de acesso à entidade que os indivíduos considerarem a mais legítima e a mais adequada para solucionar seu conflito e proteger os seus direitos. É nesse contexto que exsurge a valorização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos, com vistas a viabilizar a construção de uma justiça de consenso! O acesso à Justiça deixou de ser um direito de acesso aos tribunais, para ser um direito de acesso ao próprio Direito e, nesse sentido, sobrelevamos notadamente a mediação, meio este que propicia a inclusão social, estimula a cidadania, favorece a criação e o desenvolvimento de lideranças locais.

Não se há olvidar que esse conceito revitalizado de acesso à Justiça impõe a atuação positiva do Poder Público para a construção e oferta de um sistema eficaz e eficiente de resolução de conflitos à população, a partir do oferecimento de um sistema multiportas *(Multidoor Courthouse),* gerenciado pelo Estado, a partir na natureza do conflito de direito material subjacente. Nessa perspectiva é que destacamos a existência de um sistema pluriprocessual (processo judicial, mediação, avaliação neutral preliminar, negociação direta, dentre outros), no qual são consideradas as características intrínsecas do conflito, no direcionamento ao instrumento de resolução mais adequado, considerados nessa tarefa, dentre outros elementos, o custo financeiro, a celeridade, o sigilo, a manutenção ou não de relacionamento entre os envolvidos no conflito, a flexibilidade procedimental, a exequibilidade da solução, os custos emocionais, a recorribilidade, etc.[35]

É nesse contexto que destacamos, no Brasil, a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, e que institui a "Política

[35] AZEVEDO, André Gomma de. Desafios à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. In: PELLUSO, Ministro Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.) **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional.** São Paulo: Forense, 2011, p. 11-13.

Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Pode Judiciário" brasileiro. Por meio dela são fixadas a implementação de diretrizes nacionais para nortear a atuação institucional de todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista sua unicidade, objetivando a transposição da "cultura da sentença" para a "cultura da pacificação"! [36]

A Resolução 125 optou por abordar a teoria do conflito e o próprio conflito de forma construtiva, no sentido de que ele deve ser tratado como um meio de (auto)conhecimento, de amadurecimento e de aproximação dos indivíduos, na medida em que venha a ser conduzido e gerenciados por meio de técnicas adequadas. Por essa perspectiva, temos um afastamento e superação do ideário tradicional pelo qual o conflito estava sempre adstrito a processos destrutivos, lastreados apenas no direito positivo e em processos judiciais extremamente formais, economicamente custosos, morosos e que, ao final, não culminavam na edificação de uma cultura de pacificação, por enfraquecerem os relacionamentos preexistentes entre as partes em conflito.

6. Quebra de paradigma: um ensaio pela cultura da mediação e da paz na perspectiva dos direitos humanos

Em consequência da implementação e gerenciamento nacional dos meios mais adequados à natureza do conflito subjacente, objetiva-se o nascimento e a edificação de uma nova cultura, de solução negociada e consensual dos conflitos, o que propiciará, indubitavelmente, uma maior coesão social, determinante na (re)organização da sociedade e orientação para a paz, o que tende a refletir no sistema educacional, de modo a que esta interação retroalimente o sistema.

A saída para a desmistificação acerca dos meios adequados de solução de conflitos encontra-se adstrita à formação de uma nova mentalidade cultural, o que perpassa, indubitavelmente, a implementação de práticas educativas que contemplem e criem a cultura da solução de conflitos não adjudicada, mas, sim, construída e obtida pelo consenso, pela composição entre os próprios envolvidos.

Em que pese serem vários os meios e técnicas de solução de conflitos coexistenciais ao processo judicial, voltamos nossa atenção à mediação, cujo objetivo reside na responsabilização dos próprios sujeitos envolvidos no conflito, para que possam ser capazes de elaborar acordos duráveis através da restauração do diálogo, alcançando a melhor solução para o caso em questão.

---

[36] Dentre os pontos de maior relevância da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça podemos destacar: a) a atualização do conceito de acesso à justiça, de forma a ultrapassar o entendimento de simples acesso aos órgãos judiciários e ao processo; b) o direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridades, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação; c) a obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; d) a preocupação com a boa qualidade dos mecanismos de resolução de conflitos, o que significa a atenção com a capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e conciliadores; e) a implementação de uma cultura de pacificação, com a cooperação dos órgãos públicos e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses, dentre outros pontos de destaque.

Imperiosa, pois, a concepção de um modelo educacional que enfatize e aperfeiçoe a habilidade do "saber negociar", de forma cooperativa, no qual as partes envolvidas tenham condições de decodificar que o conflito, além de algo natural e próprio da vida em sociedade, é algo positivo e construtivo, enriquecedor face à capacitação pessoal, tendo em vista a necessária transição da cultura da não violência para a cultura da paz.

Exsurge, pois, a mediação como mecanismo de solução de conflitos na perspectiva dos direitos humanos tendo em vista o desenvolvimento de uma cultura e de uma educação para a paz, que impõe, dentre outros, o desafio do "aprender a viver juntos", habilidade esta destacada no Relatório da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI da UNESCO[37]: "Aprender a viver com os outros desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências, realizar projetos comuns e preparar-se para gerir conflitos, no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz".

Espécie do gênero justiça consensual, a mediação surge no contexto dos mecanismos de resolução, como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos. Ao facilitar a comunicação rompida entre as partes, permitindo que os conflitantes dialoguem de forma ampla, na tentativa de resolver adequadamente o conflito existente, sem a imposição de uma decisão por terceira pessoa, tal como ocorre no processo judicial, propicia a formação do consenso, o reestabelecimento social e promove a convivência pacífica da sociedade, atuando como verdadeira estratégia política. É caracterizada como uma técnica de negociação a partir da intervenção de um terceiro, imparcial e estranho ao conflito, encontrando-se adstrita aos princípios da voluntariedade das partes, da neutralidade e imparcialidade do mediador, bem como na confidencialidade, a fim de que os envolvidos no conflito encontrem soluções mutuamente satisfatórias, a partir da capacidade de respeito mútuo, comunicação fluída, compreensão da visão do outro e aceitação da diferente percepção da realidade, a partir do consenso e do desenvolvimento de soluções criativas, preservando-se a relação entre as partes em conflito. Aqui, trabalha-se a cooperação, o respeito, a identidade e o reconhecimento do outro enquanto pessoa e ser total.[38]

Assim, destaca-se dentre os demais meios de solução de conflitos em razão de seu potencial educativo, sendo considerada uma arte, "a arte de compartir", adstrita ao protagonismo dos conflitantes, bem como lastreada no respeito, na confiança e na solidariedade, de sorte a permitir que os atores sociais envolvidos no confito, por meio da comunicação, atuem de modo cooperativo, buscando uma nova compreensão do conflito e, por via de consequência, a melhor forma de solucioná-lo.[39]

---

[37] Disponível em: http://www.comitepaz.org.br/dellors.htm. Acesso em 16/06/2016.
[38] CATARINA M; ISABEL O. **Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade.** 2009. Disponível em http://www.exedrajournal.com/docs/01/43-56.pdf. Acesso em: 2/06/2016.
[39] CATÃO, Ana Lúcia Prado. **Mediação e Judiciário: problematizando fronteiras psi-jurídicas**. 2009. 179 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26-27.

7. Considerações finais

Importante registrar a existência de um desafio em refletir a mediação como uma "cultura", qual seja, a "cultura da paz", assentada na administração das diferenças, a exigir a implementação de uma educação para a paz, a partir da implementação de práticas educativas, que contemplem, criem e estimulem a cultura da solução de conflitos não adjudicada, mas, sim, construída pelos próprios atores envolvidos.

Mister a concepção de um modelo educacional que enfatize e aperfeiçoe a habilidade do "saber negociar" de forma cooperativa, no qual os indivíduos tenham condições de decodificar que o conflito, além de algo natural e próprio da vida em sociedade, é algo positivo e construtivo, face a capacitação pessoal, tendo em vista a necessária transição da cultura da não violência para a cultura da paz.

Neste contexto, o tema em questão se reveste de importância ímpar em uma realidade globalizada cada vez mais marcada por conflitos resistidos e que enfrenta uma crise sem precedentes dos mecanismos judiciários de solução de conflitos. A solução para a desmistificação acerca dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, encontra-se adstrita à formação de uma nova mentalidade cultural, o que perpassa, indubitavelmente, a implementação de práticas educativas que contemplem e criem a cultura da solução de conflitos não adjudicada, mas, sim, obtida pela composição entre os próprios envolvidos.

Assim, necessário rompermos a cultura adversarial na qual estamos inseridos, a partir da implementação de uma nova mentalidade, capaz de decodificar a importância e a prática do desenvolvimento de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos sociais que, para serem efetivas, hão de ser implementadas já em ambiente escolar, perpassando por todo processo ensino-aprendizagem. Destarte, o êxito da mediação, depende da prática de uma educação voltada para a resolução de conflitos, que modela e ensina, de formas culturalmente significativas, uma variedade de processos, práticas e competências que ajudam a lidar com os conflitos individuais, interpessoais e institucionais e criam comunidades acolhedoras e seguras.

Referências Bibliográficas

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 16 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios à Justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. In: PELLUSO, Ministro Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.) **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional.** São Paulo: Forense, 2011.

BARBOZA, Priscila da Silva; MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; SERBENA, Cesar Antonio; WIVIURKA, Eduardo Seino. Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, n° 8, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. **Três Gerações de Direitos**. Disponível em: http://www.srbarros.com.br/pt/tres-geracoes-de-direitos.cont. Acesso em: 08/06/2016.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmistificação**. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/antonioadonias/2013/03/30/o-direito-fundamental-a-razoavel-duracao-do-processo-e-a-reforma-do-poder-judiciario/. Acesso em 23/03/2016.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 3, abril-junho 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CATÃO, Ana Lúcia Prado. **Mediação e Judiciário: problematizando fronteiras psi-jurídicas**. 2009. 179 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social). Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CATARINA M; ISABEL O. **Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade.** 2009. Disponível em http://www.exedrajournal.com/docs/01/43-56.pdf. Acesso em: 17 /03/2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

HAZARD, Geoffrey; TARUFFO, Michele. Normas transnacionais de processo civil. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 26, n. 102, p. 200, abr./jun., 2001.

KAYATH, Hind Ghassan. **O prazo razoável no processo civil**. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

LINO, Estefânia Naiara da Silva. **A tutela jurisdicional como garantia do direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil: crise de eficiência.** Curitiba: Juruá, 2009.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (UNODC). **Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial**. Tradução de Marlon S. Maia; Ariane E. Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Academia brasileira de direito processual**. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(6)%20-20formatado.pdf. Acesso em 10/06/2016.

SPENGLER,Fabiana Marion. A crise do Estado e a crise da jurisdição: (in)eficiência face à conflituosidade social. **Revista Brasileira de Direito, IMED**, vol. 7, nº 1, jan-jun 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acesso em: 02/05/2016.

TOALDO, Adriane Medianeira. A crise da jurisdição estatal e a colaboração processual como novo instrumento para a humanização do processo. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha,** ano 5, nº 9, jan/jun 2011.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 289-303
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Crianças visíveis e direito à voz como direito humano fundamental: contributos jurídico-sociais do marco legal da primeira infância para o desenho de políticas públicas participativas no Brasil.

Visible children and voice right as fundamental human rights: legal and social contributions of the first child legal framework for the drawing of participatory public policies in Brazil.

ANA CLAUDIA POMPEU TOREZAN ANDREUCCI [1]
MICHELLE ASATO JUNQUEIRA[2]
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Sumário: 1.Criança e o direito de ser: a construção jurídico e social de um conceito no Brasil. 2.Um marco legal e novos olhares para as crianças da primeira infância no Brasil. 3.Criança como sujeito de direito e cidadã: o direito à voz e à participação no Marco legal da Primeira Infância. 4. Desenhando Políticas Públicas com a participação infantil 5.Referências Bibliográficas

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a importância da nova legislação brasileira denominada Marco Legal da Primeira Infância e o direito à voz de crianças de 0 a 6 anos de idade e suas contribuições para a consolidação do direito à participação como direito humano fundamental e incentivador da produção de políticas públicas a partir da escuta do público infantil.

Palavras-Chave: Primeira Infância; Direito à voz; Direitos Humanos; Políticas Públicas.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the importance of the new Brazilian legislation called the Early Childhood Legal Framework and the right to voice of children from 0 to 6 years of age and their contributions to the consolidation of the

---

[1] Pós-Doutora em Direitos Humanos e Trabalho pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Pós-Doutoranda em Novas Narrativas na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Doutora e Mestre pela PUC/SP. Graduada em Jornalismo pela Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero e em Direito pela UPM. Professora do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da UPM. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade São Judas Tadeu. Professora Convidada do Curso de Pós Graduação Lato Sensu da ECA/USP. Participante do Grupo de Pesquisa Mulher, Sociedade e Direitos Humanos e Líder do Grupo de Estudos de Direitos da Criança do Adolescente no Século XXI , ambos da Faculdade de Direito da UPM.

[2] Doutora e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional com Extensão em Didática do Ensino Superior. Professora nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação "Lato Sensu" da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania" e do Grupo de Estados "Criança e Adolescente no Século XXI". Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Estado e Economia no Brasil". Avaliadora de diversos periódicos nacionais e autora de diversos artigos e livros jurídicos.

right to participation as a fundamental human right and an incentive for the Production of public policies by listening to the children's audience.

Keywords: Early Childhood;. Right to voice; Human rights; Publics policies.

"Nós percebemos a importância de nossa voz quando somos silenciados."

Malala Yousafzai

1. Criança e o direito de ser: a construção jurídico e social de um conceito no Brasil.

"[...] Toda criança nasce com o direito de ser. É um erro muito grave, que ofende o direito de ser, conceber a criança como apenas um projeto de pessoa, como alguma coisa que no futuro poderá adquirir a dignidade de um ser humano. É preciso reconhecer e não esquecer em momento algum, que, pelo simples fato de existir, a criança já é uma pessoa e por essa razão merecedora do respeito que é devido exatamente na mesma medida a todas as pessoas." [3]

Um divisor absoluto de conceitos. Uma nova perspectiva para crianças e adolescentes, ou simplesmente, o direito de ser. A frase acima citada reflete com maestria a importância da Constituição de 1988 que garantiu às crianças e adolescentes o status de sujeitos de direito. Importante registrar que até então, figuravam no Brasil outras narrativas sobre o público infanto-juvenil. As narrativas sociais e jurídicas partiam do conceito de "menor em situação irregular". A expressão menor - vocábulo de múltiplas acepções- guardava em si a noção de somenos importância, sinônimo de infância em perigo ou perigosa, marginalização e diminuição. A identidade do "menor" se construía - apenas e tão somente - a partir do desvio, da anomia e da necessidade de vigilância pelo Estado. Para dar conta deste cenário social, o Código de Menores de 1979 era o responsável por disciplinar juridicamente a questão.

A Constituição de 1988, ou também denominada "Constituição cidadã" pode ser assim compreendida como uma consolidação de postulados de Direitos Humanos, dignidade da pessoa humana e promoção, entre outros, de uma sociedade livre, justa e fraterna em diversos âmbitos e questões no Brasil. No âmbito dos direitos da criança e do adolescente garantiu-se uma nova compreensão o que se verifica em seu art. 227, "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Deste modo, o art. 227 da CF/88 - inspirado nos ditames da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 e fruto de grandes deliberações - traduziu um

[3]DALLARI, Dalmo de Abreu;KORCZACK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. Sammus Editorial. 3ª ed., 1986, p.21.

querer, um *mens legislatoris* dos Constituintes de 1988, em especial, garantindo às crianças e adolescentes um *status* constitucional diferenciado, responsável por desencadear políticas públicas e interpretações judiciais mais contemporâneas e que, no fim do percurso, conduzirão à igualdade e a promoção da justiça e do bem-estar social na sociedade brasileira.

Ao eleger como a base o que se convencionou nominar de "Doutrina da Proteção Integral", quis o legislador sublinhar a necessidade de proteção plena e especial ao público infanto-juvenil, a qual se justifica em virtude da maturidade física e mental em desenvolvimento.

Seguindo os ditames constitucionais, no ano de 1990 dá-se a edição do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) - conceituado como lei especial e de natureza infraconstitucional- responsável por desenhar de modo mais específico e pormenorizado, as matizes que delineiam os sujeitos de direito, reiterando em seu texto os princípios da prioridade absoluta, proteção integral, melhor interesse e sujeito de direito em desenvolvimento.

E essa é a perspectiva adotada pelo ECA, batizada tecnicamente, filosoficamente e valorativamente, de doutrina da proteção integral da criança, cabendo citar:

> Dentro dessa perspectiva, a alteridade ora identificada, consistente em aferir, de maneira concreta, o *interesse* da criança e do adolescente, aliado à *proteção integral*, qualifica a atividade que o intérprete deverá realizar para buscar o verdadeiro sentido e alcance das normas do ECA.
> O interesse maior da criança e do adolescente, portanto, consiste em princípio fundante das normas do ECA, já que pretende aferir não um interesse qualquer – mas o maior.
> E por *maior* não se imagina o tamanho ou extensão, mas em qualidade. O maior interesse, portanto, deve representar o ápice de uma investigação de maneira a aferir o que realmente será significativo, agregador e qualificativo para a criança e adolescente.
> Não se olvide, contudo, que as normas jurídicas sejam de natureza *dispositiva*, permitindo-se à criança e ao adolescente a discricionariedade de sua aplicação. Nada disso.
> A premissa é outra. É preciso não se afastar da ideia de que o ECA enfeixa uma *proteção integral* e essa operacionalidade somente atingirá a sua finalidade toda vez que, sendo possível, haja participação dos protagonistas que se busca proteger, aferindo, concretamente, qual o melhor interesse de maneira a se efetivar-lhe, de modo favorável, a defesa de seus direitos e interesses.[4]

O ECA tem por raiz estruturante o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente e sua proteção integral, e encontra terreno fértil na necessidade de fortalecimento de políticas públicas e regulamentações legais protetivas e ratificadoras dos objetivos e fundamentos do Estatuto. Neste contexto de incidência da "Doutrina da Proteção Integral" merece realce o princípio da asseverando que todos são corresponsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente, entre eles, família, comunidade, sociedade e Estado.

O princípio da prioridade absoluta encontra-se disposto constitucionalmente no art.

[4] CAMILLO, Carlos Eduarto Nicoletti Dos princípios da proteção integral e do interesse maior da criança e do adolescente como critérios de interpretação. In CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan ; FREITAS, Aline da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 20 anos. São Paulo: LTr, 2010,p.45.

227 da CF/88, bem como se estabelece nos arts. 4º e 100, parágrafo único, II , da Lei 8069/90.A garantia da prioridade consiste em receber, primeiramente, proteção e socorro, em quaisquer circunstâncias; atendimento preferencial nos serviços públicos e de relevância pública; prioridade na formulação e execução de políticas sociais públicas; destinação preferencial de recursos públicos nas áreas de atendimento à infância e à adolescência. Estabelece assim que há a primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, quer seja, judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar. É um princípio que não está aberto a indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi feita pelo legislador constituinte, em nome da Nação. À primeira vista, pode parecer injusto, mas se trata aqui de interesses a se ponderar. "Ainda que todos os cidadãos sejam iguais, sem desmerecer adultos e idosos, quais são aqueles cuja tutela de interesses mostra-se mais relevante para o progresso da nossa Nação? Se pensarmos que o Brasil é "o país do futuro" – frase de efeito ouvida desde a década de 1970 – e que este depende de nossas crianças e jovens, torna-se razoável e acertada a opção do legislador constituinte".[5]

Estabeleceu também o ECA o princípio da solidariedade entre família, comunidade, sociedade e Estado, asseverando-se que todos são co-responsáveis pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

2.Um marco legal e novos olhares para as crianças da primeira infância no Brasil.

1º semestre de 2016, o Brasil recepciona - de maneira inédita na América Latina - a chegada de uma nova legislação. Batizada de Estatuto da Primeira Infância, a Lei nº 13.257/2016 alterou o tratamento destinado à criança nos primeiros seis anos de vida e, especialmente, frisou o reconhecimento desta criança como "cidadã", buscando a articulação entre os entes federativos e a participação solidária entre Estado, família e sociedade, bem como propugnando que o fundamento constitucional da cidadania vai além da configuração do sujeito como portador de capacidade eleitoral, mas como aquele que influi nas decisões políticas. A novel legislação sublinha os 72 meses iniciais de vida, ou seja, de zero a seis anos, como um momento de extrema relevância para o desenvolvimento não apenas infantil, mas também como um marco inicial para o desenvolvimento pleno do ser humano.

O Marco Legal da Primeira Infância é um conjunto de ações voltadas à promoção do desenvolvimento infantil, desde a concepção, até os seis anos de idade. Incluindo todas as esferas da Federação com a participação da sociedade, e que prevê a criação de políticas, planos, programas e serviços que visam garantir o desenvolvimento integral de mais de 20 milhões de brasileiros nesta faixa etária.

Pesquisas científicas contemporâneas revelam que os investimentos em políticas públicas para a Primeira Infância, são os mais eficazes e que trazem mais retorno, pois apresentam inúmeros resultados para o presente e para a formação futura da criança e da sociedade. Nos primeiros anos de vida, o desenvolvimento físico, psicológico e emocional da criança ganha contornos para transformações em grandes dimensões. Antes mesmo de nascer, ainda no ventre materno, estudos

[5] AMIN, Andrea Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61.

demonstram que o desenvolvimento aquém do desejado irá trazer consequências futuras e de alto impacto na vida adulta.[6]

Seguindo tais estudos, cabe destacar que a trajetória do Marco Legal do Primeira Infância tem início no ano de 2011 com a criação da Frente Parlamentar da Primeira Infância, integrada por mais de 200 parlamentares e, que depois se agremiou à Rede Nacional Primeira Infância (RNPI), articulação nacional de organizações da sociedade civil, do governo, do setor privado, de outras redes e de organizações multilaterais que atuam, direta ou indiretamente, pela promoção e garantia dos direitos da Primeira Infância.

Salienta-se que 23 parlamentares da Frente, participaram de um Curso de Liderança Executiva em Primeira Infância, em Harvard. Em dezembro de 2013 foi apresentado o Projeto de Lei da Primeira Infância 6.998/2013 e em fevereiro foi criada a Comissão Especial da Primeira Infância com o objetivo de analisar o projeto. Deve ser ressaltado que o projeto, PL 6.998/2013, recebeu inúmeras sugestões oriundas de participação social, bem como de especialistas nos temas em debates pelo Brasil afora.[7]

O Estatuto da Primeira Infância, destaca o caráter vital de se atribuir a devida atenção aos primeiros seis anos de vida da criança, reforçando medidas para consolidar o conceito aqui explanado, que conceitua a criança no papel de cidadão, apto a influenciar os rumos do país, desenvolvimento histórico que agora recebe novos detalhamentos pela sociedade e pela cultura jurídica. Sob o ponto de vista da análise da articulação, a lei é expressa em relação a esta necessidade de que as políticas sejam formuladas e implementadas pela abordagem e coordenação intersetorial, que articula as diversas áreas, englobando também a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que garantirá a transversalidade das ações.

A preocupação mais pujante se refere não somente a disponibilizar os alicerces fundamentais para a criação de um ser humano cidadão, consciente de seu papel social e do seu direito de demandar o Estado naquilo que for oponível, como também da possibilidade marcante de oferecer a criança o direito mais inerente a ela, que é o direito de ter uma infância saudável, desenvolvendo seu aprendizado sim, mas vivenciando essa época, brincando e convivendo harmonicamente com a família e com a sociedade, uma simbiose importante para a formação mais apropriada da mesma.

O que deve ser ressaltado é que o estatuto eleva a criança à categoria de cidadã, coadunando com os instrumentos internacionais de proteção à criança e com o nosso texto constitucional, ressaltando a sua característica de sujeito de direito, o que significa tratá-la como um indivíduo atuante na esfera pública e sujeita à proteção do Estado, no presente caso, prioritária.

> Art. 3º A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.
>
> Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:
> I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã;

[6] Disponível em http://www.andi.org.br/infancia-e-juventude/pauta/marco-legal-da-primeira-infancia-e-um-passo-importante-. Acesso em 10.junho.2017.

[7] Informações disponíveis em http://psinaed.cfp.org.br/wp-content/uploads/sites/19/2016/02/Marco-Legal-da-Primeira-Inf.pdf. Acesso em 10.junho.2017.

> II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento;
> III - respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais;
> IV - reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança;
> V - articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância;
> VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços;
> VII - articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado;
> VIII - descentralizar as ações entre os entes da Federação;
> IX - promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social.
> Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil.

Toda essa engrenagem colabora para a consolidação dos princípios da proteção integral e da compreensão da criança como sujeito de direito em desenvolvimento, basilares e presentes nos marcos normativos de proteção aos direitos infanto-juvenis.

Reconhecer a criança como prioridade é um passo importante, especialmente para a consolidação do modelo responsável para fazer com que sejam cumpridos de forma efetiva os objetivos e fundamentos da República Federativa propostos no texto constitucional vigente. A cidadania se impõe mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades e que deve ter início, literalmente, no berço.

3.Criança como sujeito de direito e cidadã: o direito à voz e à participação no Marco legal da Primeira Infância

Entre as grandes conquistas trazidas pelo Marco Legal da Primeira Infância o nosso olhar reflexivo está voltado à análise do direito à voz e a participação na busca por uma criança não apenas considerada como sujeito de direito, mas sim como um sujeito cidadão. A tônica para o projeto de lei e que mereceu aprovação está afinada com o momento contemporâneo de garantir direitos de manifestação ao público infantile desde a mais tenra infância. Há assim uma preocupação não com o cidadão futuro, mas sim com a condição de cidadania da criança no hoje.

Neste sentido cabe selecionarmos os dispositivos legais nucleares para a tratativa do tema:

> Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a:

> **I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã**;
> **II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento**;
>
> **(...)**
>
> **VI - adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços**;
>
> **(...)**
>
> **Parágrafo único. A participação da criança na formulação das políticas e das ações que lhe dizem respeito tem o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã e dar-se-á de acordo com a especificidade de sua idade, devendo ser realizada por profissionais qualificados em processos de escuta adequados às diferentes formas de expressão infantil. (grifos nossos)**

A questão da cidadania e da participação não é nova, os Pactos Internacionais já sinalizam sobre a temática. Neste sentido, o artigo 13 do Pacto Internacional das Nações Unidas, relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais datado de 1966 reconhece não apenas o direito de todas as pessoas à educação, mas que esta deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, na sua dignidade; deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais; deve capacitar todas as pessoas a *participar efetivamente de uma sociedade livre*. Temos aí, portanto, um marco jurídico importante para a reivindicação da participação e da *cidadania.*

A noção de alteridade, a capacidade de estabelecer a conexão do EU-OUTRO, a construção de linguagem de identidade humana, se traduzem na *aprendizagem significativa* fundamentada na experiência existencial dos educandos e na efetivação de sua capacidade lúdico-criadora.

A comunicação colabora sobremaneira para a transmissão da chamada 'visão de mundo' da cultura a que se pertence, e a educação cumpre seu papel levando o aprendizado dos valores e dos sentimentos que estruturam a comunidade na qual vivemos. Alertando-se para o fato que somente a educação e a comunicação integrativas, na qual ocorra a formação completa do indivíduo nos seus aspectos emocional e racional, poderá resgatar a consciência autônoma.

Indispensável é o resgate da cidadania e da *res* pública, pois o sentimento de possuir a coisa pública identifica o cidadão e o faz coeso em seus direitos e em sua essência cidadã. A existência cidadã está condicionada ao sentimento de possuir e dominar a esfera pública. Nesse contexto, o direito à manifestação, à informação e à comunicação se faz presente, e representa o liame necessário para o desenvolvimento de um espírito de cidadania e pertencimento.

Edgar Morin esclarece sobre a indissociável ligação entre educação e cidadania discorrendo que: "Deve contribuir para a autoformação da pessoa (ensinar a assumir a condição humana, ensinar a viver) e ensinar como tornar cidadão. Um cidadão é definido, em uma democracia, por sua solidariedade e responsabilidade

em relação a sua pátria. O que supõe nele o enraizamento de sua identidade nacional".[8]

Indispensável acrescentar que o homem informado torna-se um agente capacitado a transformar suas questões pessoais em problemas sociais, relevantes para a sua comunidade e a comunidade para eles. Passa, a partir da formação e da informação, a compreender que os problemas pessoais e individualizados são compartilhados da mesma forma por outras pessoas e, muitas vezes, impossíveis de se resolver por uma pessoa, e que necessitam do compartilhamento das idéias e pensamentos coletivos para alteração da estrutura de toda uma sociedade.[9]

Assim, a via de acesso para a transformação encontra-se na educação política do povo, debruçando-se na importância da noção de coletividade, pertencimento, democracia e cidadania. Importante lembrar que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)[10] em seu artigo 13 reconhece não apenas o direito de todas as pessoas à educação, mas que este deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, na sua dignidade; deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais; deve capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre.

Finalmente, à medida que se universaliza a convicção de que os processos democráticos são os instrumentos para a efetiva cidadania e que a participação pressupõe uma "sociedade de informação e para informação" gerando cultura, conhecimento e pertencimento, se fortalece a solidariedade entre os cidadãos e seu engajamento conduz à plenitude da vida em sociedade.[11]

Compreendemos que não se faz uma educação de qualidade sem uma educação cidadã, uma educação que valorize a diversidade. Assim, se querermos pensar na solidez, desta e das futuras gerações, o preparo para o exercício da cidadania se torna indispensável.

Tomando por base o Eixo 4 da 8ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente são considerados como prioritários os exercícios de participação de Crianças e Adolescente em Espaços de Construção da Cidadania.

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 estabelece diretrizes protetivas para a consolidação de direitos de opinião, liberdade de expressão, manifestação e associação de crianças em prol de seus interesses traduzidos por temáticas integram seus ideários de percepção de mundo.

---

[8] MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p. 65.
[9] MILLS, C.Wrignt. A sociedade de massas *In* FORACHI, Marialice & MARTINS, José de Souza. **Sociologia e Sociedade**.LTC: Rio de Janeiro, 1997, p. 321.
[10] Importante ressaltar que apenas em 1966 conseguiu-se o consenso para a elaboração de dois pactos e, em 16 de Dezembro desse ano, a Assembléia Geral adotou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos .O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Assembléia Geral da ONU, por unanimidade, em 10 de dezembro de 1966, ressalvando o fato de que 35 ratificações foram tardias e somente conseguidas após longos dez anos, efetivamente em 3 de janeiro de 1976.
No Brasil o PIDESC foi ratificado tardiamente, apenas em 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, 6 de dezembro de 1992.
Em seu Preâmbulo, o PIDESC estabelece que o ideal do homem livre não pode ser realizado sem a criação de condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais,assim como de seus direitos civis e políticos, impondo aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana.Com a entrada em vigor, os dois pactos internacionais deram obrigatoriedade jurídica a muitas das disposições da Declaração Universal para os Estados que os ratificaram.
[11] FERREIRA, Aluízio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 82.

Nos mesmos moldes, a Constituição Brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumentos legais brasileiros, garantem à criança e ao adolescente, na condição de sujeitos de direito, a liberdade de participar diretamente das decisões importantes de sua comunidade, cidade, estado e país.

O art. 16 do ECA disciplina que toda criança e adolescente tem entre outros direitos à liberdade, o direito de se expressar e opinar, bem como participar da vida política na forma da lei. É por meio dessa abertura comunicativa que crianças, adolescentes, Estado, família, comunidade e sociedade se inter-relacionam buscando a melhoria de políticas públicas de atendimento ao público infanto-juvenil.

Consoante disposições do ECA em seu art. 3º crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ainda, em uma combinação do art. 4º e do art. 58 do Estatuto, encontramos o enaltecimento da cultura para o público infanto-juvenil e também o dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público para assegurar, entre outros direitos fundamentais o direito à educação e à cultura, respeitados os valores culturais, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, com a garantia da liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.

A cidadania se completa por meio do acesso à cultura, este garantido constitucionalmente. Não se trata de mero direito, mas sim de uma garantia outorgada ao sujeito pelo Diploma Maior, nossa Constituição, com vistas ao fortalecimento do conceito de cidadão e por sua vez do conceito de sociedade soberana e desenvolvida**.**

Nos moldes propugnados por Paulo Freire, a educação quer seja no âmbito da escola, ou no âmbito das relações familiares, deve estar voltada ao diálogo, pautado na ação e na reflexão. Nas relações de dominação, diálogo e amor estão ausentes. Diálogo é o encontro dos homens para Ser Mais para construir sua autonomia. Para que a educação promova no educando a autonomia, é essencial que ela seja dialógica, pois assim há espaço para que a criança seja sujeito, para que ele mesmo assuma responsavelmente sua liberdade e, com a ajuda da família, desenvolva-se e transforme-se.[12] O diálogo implica na transformação do mundo. A pronúncia do mundo é um ato de criação e recriação, é um ato de amor[13].

Assim, é noção cediça que a educação de crianças e adolescentes pressupõe o diálogo, a deliberação, a confiança, a responsabilidade e o respeito mútuo, consagrados que estão como sujeitos de direito e de cidadania. A educação emancipatória e dialogada é - e sempre será- a melhor forma para a educação cidadã e plena de crianças e adolescentes. A novel legislação valora-se como pressuposto axiológico pelo fortalecimento de crianças e adolescentes como signatários de Direitos Humanos Fundamentais.

O Direito à voz na contemporaneidade se faz acompanhar por novos estudos e práticas multidisciplinares indispensáveis para se compreender a criança neste novo momento histórico. À ciência que procura se atribuir significados e metodologias ao tema – com forte influência de língua inglesa e francesa- se dá o nome de Sociologia da Infância,

---

[12] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p.97.
[13] Idem, ibidem.

Anete Abramowicz, pós-doutora em Sociologia da Infância na Universidade Paris Descartes, na França e professora da UFSCar destaca que:

> o que a Sociologia da Infância se esforça em fazer é dar textura às crianças, ouvi-las, quando sabemos, de fato, que na nossa sociedade, profundamente adultocêntrica e hierárquica, a fala das crianças é totalmente ignorada. A sociedade ocidental, quando fala de infância, ou é como lembranças dos adultos ou é aquela que se quer impingir a todas as crianças. A infância é vista como um período de passagem para aquilo que, de fato, importa: ser adulto. Desta maneira, há que se saber o que pensa a criança, qual é o seu ponto de vista, suas experiências etc. Estes são alguns dos temas que pesquisadoras da Sociologia da Infância têm procurado responder.[14]

Destaca também a pesquisadora a necessidade preemente de se avaliar as múltiplas e polifônicas vozes da infância para melhor compreensão do tema "Quando você fala a infância no singular, a referência é da infância enquanto uma estrutura social, que atravessa todas as sociedades. Ou seja, infância singular. Do ponto de vista estrutural, da sociedade, estas questões dizem respeito àquilo que a sociedade pretende equacionar para a infância e devem ser equacionadas por ela: miséria, mortalidade infantil, obesidade, preconceito etc."[15]

4. Para concluir: desenhando Políticas Públicas com a participação infantil

Ao tratar de efetivação de direitos diante do Estado Democrático e Social de Direito, inevitável se mostra a análise das políticas públicas,[16] que implica estabelecer estratégias para a solução de problemas públicos, resultando em uma decisão gerada com a participação da sociedade.[17] Além disso, deve ser possível de adaptação de conformidade com o momento histórico e o local de sua implementação, na medida em que, nas palavras de Elísio Augusto Velloso Bastos, "[...] a finalidade das políticas não é fixar objetivos, mas executá-los. Quando partem do Poder Público, as políticas adquirem o adjetivo 'públicas'".[18]

Ademais, ao se relacionar as políticas públicas com a concretização dos direitos sociais,[19] em face de seu caráter prestacional, necessária se revela a análise de todo o contexto orçamentário e financeiro do Estado, demonstrando o seu caráter multifacetário e transdisciplinar.[20]

---

[14] Disponível em http://sociologia.uol.com.br/a-sociologia-da-voz-as-criancas/.Acesso em 30.jul.2017.

[15] Disponível em http://sociologia.uol.com.br/a-sociologia-da-voz-as-criancas/.Acesso em 30.julho.2017.

[16] Sobre a análise da educação no contexto atual, vale citar: LIBÂNEO, José Carlos; OLIVEIRA, João Ferreira de; TOSCHI, Mirza Seabra. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

[17] A relação entre participação e políticas públicas é projetada em: RIBEIRO, Hélcio. Constituição, participação e políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45-62.

[18] BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Direito, políticas públicas e desenvolvimento.** São Paulo: Método, 2013, p. 117-135.

[19] No que tange à efetivação de direitos sociais, é válido mencionar as seguintes obras: GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012; ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013; e SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

[20] "O orçamento público é uma ferramenta de gestão que explicita aspectos financeiros e

Quanto ao seu conceito, Maria Paula Dallari Bucci preceitua:

> Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.[21]

Para que haja a implantação de uma política pública, é imperiosa uma análise profunda de todo o contexto social e político, bem como das possibilidades e necessidades surgidas e amparadas juridicamente. Assim, há etapas imprescindíveis à sua efetivação, quais sejam:[22]

a) identificação dos problemas e demandas a serem reconhecidas para definir quais são as prioridades junto aos formuladores de políticas públicas;

b) formulação de propostas concretas entre diferentes opções de programas a serem adotados;

c) implementação propriamente dita da política, com a criação da estrutura necessária e a observância da burocracia existente, gastos de recursos e aprovação de leis;

d) avaliação da política, por meio da verificação dos resultados e do impacto, para averiguar se funciona ou não;[23] e

e) fiscalização e controle da execução da política, por meio da atuação da sociedade civil, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público.

Além disso, para que se analise a qualidade da política, há determinadas características que não devem ser esquecidas: estabilidade, adaptabilidade, coerência, coordenação, qualidade de implementação e da aplicação efetiva, consideração do interesse público e eficiência. Tais características confirmam a necessidade de configuração da política de acordo com o conteúdo histórico e as demandas sociais, na medida em que deve ser passível de adequação, o que engloba algumas das características citadas.[24]

---

alocação de recursos públicos, define objetivos, programas e projetos, prioriza ações, que devem refletir as metas daquele governante quando de sua campanha eleitoral. Em suma, busca dar respostas consideradas concretas aos problemas e demandas da sociedade em um determinado momento político, econômico e social. Neste contexto, o orçamento público é um dos principais instrumentos de planejamento de políticas, estabelecendo as ações prioritárias para o atendimento das demandas da sociedade em face às necessidades serem maiores que os recursos disponíveis no curto prazo." (FARAH JUNIOR, Moises Francisco. Orçamento público e gestão governamental. In: SILVA, Cristian Luiz da Silva (Org.). **Políticas públicas e desenvolvimento regional**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 39-68).

[21] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

[22] São os chamados ciclos das políticas públicas, conforme descrito em: DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins. **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43.

[23] DYE, Thomas R., Mapeamento dos modelos de análises das políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALIM, José Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Brasília: Ed. da UNB, 2008, p. 99-129.

[24] DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas:** princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16-17.

É importante considerar que as políticas públicas devem ser objetivo de avaliações administrativas que demonstrem o cumprimento de suas metas. Dentre as espécies de avaliações das políticas, Michael Howlett, M. Ramesh e Anthony Perl apontam as avaliações de processo, esforço, desempenho, eficiência e eficácia. Na avaliação pela busca da qualidade, cabe destacar a avaliação de desempenho e, especialmente, a avaliação da eficiência:

> A avaliação de desempenho examina antes os produtos (*outputs*) do que o insumos (*inputs*) de um programa. Exemplos de produtos podem ser leitos de hospital ou matrículas em escolas, números de pacientes atendidos ou de crianças formadas. O alvo principal da avaliação de desempenho é simplesmente determinar o que a política está produzindo, muitas vezes a despeito dos objetivos declarados. Esse tipo de avaliação produz dados ("medidas de desempenho") que são usados como insumos nas avaliações mais abrangentes e intensivas mencionadas a seguir (eficiência e eficácia).[25]

E ainda:

> [...] a avaliação da eficácia, conhecida igualmente como adequação da *avaliação de desempenho* ou *auditoria custo/benefício* (*"value for money"*), envolve um nível adicional de complexidade, além do que simplesmente computar a soma dos insumos e produtos de um programa, ela visa inclusive descobrir se um programa está fazendo o que se espera que ele faça. Nesse tipo de avaliação, o desempenho de um dado programa está fazendo o que se espera que ele faça. Nesse tipo de avaliação, o desempenho de um dado programa é confrontado com os objetivos almejados, a fim de determinar se está atingindo seus objetivos e/ou se esses objetivos precisam ser ajustados à luz das conquistas do programa. Com base nas constatações ou conclusões, pode-se fazer recomendações para alterar ou mudar os programas ou as políticas. Embora esse tipo de avaliação seja muito útil para os *policy-makers,* também é o mais difícil de se empreender.[26]

Assim, a política pública também é um processo contínuo e, como já dito, adaptável. Para tanto, existem vários instrumentos jurídicos que se inter-relacionam, nos diversos níveis governamentais e interfederativos.

As políticas públicas de cultura e produção do conhecimento devem estar consubstanciadas na construção de práticas para a igualdade, potencializando as ações comunicativas e educacionais. Ressalta-se que crianças e adolescentes não podem ser meros expectadores, pois na medida em que compreendem sua importância como sujeitos de direito, desde a tenra infância, passam a internalizar os valores da participação, da cidadania e do pertencimento a uma sociedade.

Neste sentido, importante citarmos alguns ecos selecionados do incremento de participação de crianças, bem como, organizações e institutos que vêm efetivando tal direito à voz.

---

[25] A concepção dos processos de avaliação assim definidos demonstram o caráter gerencial para a avaliação das políticas públicas. A qualidade, portanto, é vista "sob a ótica econômica, pragmática, gerencial e técnica em que a eficiência e a eficácia convertem-se em valores prioritários". Para Antonio Cabral Neto, os sistemas de avaliação promovidos pelo Estado não levam em conta as particularidades próprias das realidades a serem avaliadas. A racionalidade técnica não é suficiente para a complexidade do processo de ensino e aprendizagem. Seria preciso que se elevasse "a qualidade ao status de direito inalienável que corresponde à cidadania, sem nenhum tipo de restrição ou segmentação de caráter mercantil". (CABRAL NETO, Antonio. *Op. Cit*., p. 273).

[26] HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública:** seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 208.

Merece destaque a 10ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CNDCA) ocorrida em abril de 2016 com uma das maiores representatividades de crianças até então, sendo de 1400 participantes, um terço composto por crianças e adolescentes. A CNDCA foi convocada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) integra as Conferências Conjuntas de Direitos HumanosO objetivo é implementar a Política e o Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, a partir do fortalecimento dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente (DCA) – órgãos formados por representantes da sociedade civil e dos governos, previstos no ECA e responsáveis por discutir, fiscalizar e decidir sobre as políticas públicas voltadas a esse público e articular outras iniciativas para efetivar os direitos de crianças e adolescentes.

À época Rodrigo Torres, secretário Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, lembrou que a garantia de participação deste segmento é a primeira conquista da conferência. Ele falou que o encontro não é apenas um espaço formal, "representa uma opção e concepção do que se espera de um País". Ele destacou que neste modelo "políticas públicas não são construídas dentro de um gabinete, são resultado da escuta da sociedade".

Importante destacar que de maneira inédita na trajetória histórica das conferências, o painel "*A participação enquanto Direito Humano de Crianças e Adolescentes"* foi absolutamente composto por meninas e meninos, os quais em suas falas registraram com veemência a necessidade de escuta de crianças em projetos que lhe digam respeito, não apenas consideradas como cidadãos como estão por vir, mas sim como cidadãos que ostentam esta condição.

No mesmo sentido, conjugando direito à cidade e direito à voz podemos citar o projeto paulistano Criacidade, que tem por objetivo a transformação dos espaços urbanos a partir dos olhares e vozes de crianças**,** na elaboração e na execução das políticas públicas, projetos arquitetônicos, projetos políticos pedagógicos e gestão de espaços mais lúdicos e voltados ao público infanto-juvenil

Finalmente, e nos termos do recorte escolhido, o vídeo-documentário "A Voz das Crianças" (Voices of Children,), apresenta o trabalho do grupo internacional de escuta e participação das crianças do *World Forum Foundation*, em cinco países: Singapura, EUA, Quênia, Índia e Brasil.[27] O Documentário foi construído dentro do grupo de trabalho sobre direitos das crianças do Fórum Mundial, e teve toda a parte audiovisual produzida em parceria da COMOVA e Avante, que trabalham juntas produzindo vídeos para advocacy há mais de cinco anos.

"Todos os envolvidos se tornaram mais abertos para ouvir o que as crianças têm para dizer e dispostos a aceitar as transformações que essa escuta pode causar nas escolas, comunidades, bairros e cidades", afirma Gustavo Amora, diretor do filme e integrante da COMOVA.[28]

O documentário teve sua estréia internacional em maio de 2017, no Fórum Mundial de Educação e Cuidados com a Primeira Infância, em Auckland, Nova Zelândia, Ana Marcílio, da AVANTE destacou a pluralidade de vozes e de realidades sociais das crianças nos cinco países visitados.

---

[27] Disponível em http://primeirainfancia.org.br/documentario-a-voz-das-criancas-registra-diversidade-de-expressoes-infantis-de-cinco-paises/Acesso em 12.julho.2017.

[28] Disponível em http://primeirainfancia.org.br/documentario-a-voz-das-criancas-registra-diversidade-de-expressoes-infantis-de-cinco-paises/Acesso em 12.julho.2017.

Para fins de conclusão, deve ser dito que o conceito de criança está em franco desenvolvimento, e o Brasil, de maneira inédita na América Latina, trouxe para o Marco Legal da Primeira Infância a importância da abordagem participativa e do direito à voz, como direitos humanos fundamentais e que já passam a nortear dogmaticamente o ordenamento jurídico bem como passa a nortear a produção efetiva de políticas públicas a partir das escutas infantis.

5.Referências Bibliográficas

AMIN, Andrea Rodrigues. **Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente** In MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARIÈS, P. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AZEVEDO, Janete M. Lins de. **A educação como política pública**. 3. ed. São Paulo: Autores Associados, 2004.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre a cidadania na definição e implementação de políticas públicas. In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2013, p. 117-135.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas***:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Quadro de referência de uma Política Pública: Primieras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: SMANIO, Gianpalo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins e BRASIL, Patricia Cristina. **O Direito na fronteira das Políticas Públicas.** São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015.

CAMILLO, Carlos Eduarto Nicoletti Dos princípios da proteção integral e do interesse maior da criança e do adolescente como critérios de interpretação. In CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan ; FREITAS, Aline da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 20 anos. São Paulo: LTr, 2010.

CORSARO, W. **Sociologia da Infância**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

DYE, Thomas R., Mapeamento dos modelos de análises das políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALIM, José Francisco. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Brasília: Ed. da UNB, 2008.

FERREIRA, Aluízio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade.** Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 5, n. 57, fev. 2004.

GUIMARÃES, D. **Relações entre bebês e adultos na creche**: o cuidado como ética. São Paulo: Cortez, 2011.

JUNQUEIRA, Michelle Asato. Avaliação da Educação Básica no Brasil*:* a política pública na busca da qualidade*.* In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina. (Orgs.). **O Direito na fronteira das Políticas Públicas.** São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015.

KRAMER, S. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no Brasil: Educação Infantil e/é fundamental. In: **Educação e Sociedade**. Campinas, v. 27, n. 96 – Especial, p. 794-818, out. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v27n96/a09v2796>. Acesso em: nov. 2014.

MILLS, C.Wrignt. A sociedade de massas *In* FORACHI, Marialice & MARTINS, José de Souza. **Sociologia e Sociedade**.LTC: Rio de Janeiro, 1997.

MELO, Lis Albuquerque; COLAÇO, Veriana de Fátima Rodrigues.PASCUAL, Jesus Garcia.Crianças. **Orçamento participativo e teoria da atividade:** algumas reflexões. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672011000400006. Acesso em 10.julho.2017.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; JUNQUEIRA, Michelle Asato; TOLEDO, Laís Lara Moreno de. A educação integral em tempo integral. In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan.**;** CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: 25 anos. São Paulo: LTr, 2015.

REHEM, Faní Quitéria Nascimento; FALEIROS, Vicente de Paula. A educação infantil como direito: uma dimensão da materialização das políticas para a infância. **Revista Diálogo Educacional**, Curitiba, v. 13, n. 39, p. 691-710, mai./ago. 2013.

ROCHA, S. **A pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo**. 6a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEN, A. **Development as Freedom**. New York: Anchor Books, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A concretização da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes por meio de políticas públicas. In CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, 20 anos. São Paulo: LTr, 2010.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 7 Extraordinario (2017), pp. 305-325
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Aplicação da justiça restaurativa: uma análise da experiência luso-brasileira

Application of restorative justice: an analysis of the luso-brazilian experience

Jardel de Freitas Soares[1]
Clara Moreira Carvalho[2]
UFCG (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Justiça restaurativa. 3. Justiça restaurativa no Brasil. 4. Justiça restaurativa em Portugal. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: A experiência recente demonstra que o sistema penal retributivo classicamente adotado não está mais conseguindo alcançar os objetivos que propunha, de modo que mesmo as penas mais severas não se mostram mais capazes de coibir a prática de crimes. O presente trabalho visa apresentar a evolução da aplicação da Justiça Restaurativa no trato de casos envolvendo condutas danosas e notadamente ilícitas no âmbito do sistema de Portugal e do Brasil. Conclui-se, portanto, pela eficácia geral das práticas restaurativas, ainda que suas aplicações sofram variações de acordo com o projeto e sistema jurídico no qual estejam inseridas.

Palavras-Chave: Crimes. Justiça Restaurativa. Portugal. Brasil.

Abstract: The recently experience evidence classic criminal system adopted is no longer able to reach the objectives it proposed, and even the most several penalty is not able to restrain the practice of crimes. The present work aims to present an evolution of the application of restorative justice, not dealing with cases involving damages and especially illicit behavior, within the framework of the Portugal and Brazil system. It was concluded, thus, the general efficacy of restorative practices even though their applications may be change with the project and with the legal system they are inserted.

Keywords: Crime. Restorative. Justice. Portugal. Brazil.

1- INTRODUÇÃO

Há alguns séculos, quando o sistema retributivo foi galgando sua posição de destaque sobre as demais formas de resolução de conflitos, entendia-se este modelo como sendo o mais moderno e eficaz possível. Contudo, este modelo de justiça criminal aplicado com primazia nos diversos Estados que compõem o cenário mundial já demonstra sinais de não ser capaz de promover a reintegração do ofensor ou mesmo de coibir as condutas ilícitas. O encarceramento como forma de sanção para a maioria dos casos de condutas desviantes não apresenta mais resultados realmente satisfatórios.

Diante deste cenário de incertezas e violência crescente surgiram os movimentos de justiça restaurativa, ganhando mais força a partir dos estudos

[1] (Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA; Doutor em Recursos Naturais pela UFCG; professor efetivo de Direito Penal e Criminologia da UFCG)
[2] (Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFCG)

promovidos por Howard Zehr e pelas experiências positivas observadas, em especial na Nova Zelândia.

O incentivo internacional na busca de formas alternativas para resolução de conflitos e o desenvolvimento de projetos restaurativos em diversas regiões do globo fez com que o interesse nessa área começasse a chamar a atenção de cada vez mais estudiosos em diferentes países.

Com este trabalho pretende-se expor o desenvolvimento da justiça restaurativa no Brasil e em Portugal, entendendo em quais aspectos estes países se aproximam e em quais divergem a fim de entender se este novo modelo de justiça está encontrando espaço nos dois países e em qual medida está sendo eficaz.

Em sentido mais amplo, objetiva-se comparar a experiência luso-brasileira no campo da justiça restaurativa. Analisando de forma mais restrita, este objetivo deverá ser fracionado em três outros, de modo a permitir um melhor desenvolvimento daquele, são eles: identificar as práticas de justiça restaurativa em sede de direito comparado com amplo desenvolvimento do tema; discutir as ações de implantação da justiça restaurativa já existentes no Brasil, bem como as que ainda encontram-se em andamento, e; analisar a prática da justiça restaurativa existente em Portugal, identificando seus aspectos positivos a fim de comparar com a realidade brasileira.

Para que estes objetivos sejam alcançados, o estudo será segmentado em três pontos principais: situar a desenvolvimento geral da justiça restaurativa ao longo das décadas; expor os aspectos restaurativos adotados pelo sistema brasileiro; e mostrar como se deu o desenvolvimento em Portugal.

Perante tais argumentos, surge a seguinte problematização: considerando-se o desenvolvimento das práticas restaurativas no âmbito do direito comparado, seria esta a melhor alternativa a ser adotada na realidade do sistema jurídico luso-brasileiro?

Deve-se mencionar, ainda, que se fez uso do método dedutivo a fim de constatar se os conceitos gerais estão sendo observados nos programas e legislações em análise.

A explanação do tema proposto será realizada tomando como base teorias e conceitos já consagrados por estudiosos da justiça restaurativa, obtidos mediante o estudo da literatura disponível em livros, artigos científicos e revistas da área. A partir do referido material discutir-se-á os pontos mais relevantes acerca das normativas e aplicações práticas do sistema restaurativo em diversos países e de forma mais abrangente no Brasil e em Portugal.

2- JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante da insatisfatória eficácia do sistema atual utilizado em matéria criminal[3], preocupado em sobrepor a punição daquele que ofende suas regras às necessidades da vítima que sofreu direta ou indiretamente com a conduta ofensiva, teve início a busca por uma mudança de paradigma de modo a alcançar uma forma mais eficaz de atuação perante uma violação.

Observou-se que à medida que o Estado ganhava força e tomava para si a prerrogativa de julgar e punir todos aqueles que ousassem transgredir suas

[3] Para Soares (2014): "As fases do Sistema Penal Retributivo nasceram junto com o Direito Penal, pois na medida em que o *ius puniendi* foi sendo aplicado a Ciência Criminal passou a ser estudada e moldada as necessidades do direito de punir. A natureza deste sistema é principalmente retribuir por meio de uma sanção penal o mal causado pelo criminoso, em regra, condenando-o e privando-o de sua liberdade. Por outro lado, observa-se que mesmo com a evolução das Escolas Penais no sentido de aplicação de uma pena mais humana, ainda prevalece atualmente o caráter de uma vingança Estatal pelo crime cometido. O Direito Penal é utilizado como *prima facie,* e não como deveria, *ultima ratio*. Há uma má utilização do Direito Penal e das sanções por parte do Estado, o poder punitivo é tratado como o único meio de combater a criminalidade e as injustiças sociais. As penas, segundo o modelo atual, possuem um significado de apoderamento sobre os conflitos criminais e impede as partes envolvidas de buscarem resoluções de seus problemas". (destaque do autor)

normas, a comunidade ia, aos poucos, perdendo sua capacidade e autonomia para solucionar os conflitos ocorridos em seu próprio seio.

Através do pretexto de coibir a vingança por parte daqueles que se sentissem atingidos pelas atitudes do ofensor, Zehr (2008) defende que a justiça foi aos poucos sendo entendida como a regular obediência ao processo previamente estipulado em lei. O crime deixou de ser entendido como uma ofensa ao indivíduo efetivamente lesado, passando o Estado a ostentar a condição de vítima.

Um dos objetivos mais importantes do processo de justiça criminal é justamente demonstrar que a conduta praticada não encontra aprovação na sociedade. Contudo, com o passar do tempo, este aspecto foi sendo esquecido – mesmo que de forma inconsciente – em meio à obsessão em simplesmente aplicar uma punição ao transgressor. Tal atitude repercute de forma a não considerar, ainda que brevemente, as necessidades da vítima, da sociedade e até do ofensor.

À primeira vista pode não parecer algo alarmante, entretanto, tal falha acaba por não conseguir atingir o objetivo anteriormente mencionado – expressar desaprovação da conduta. O transgressor acaba por não captar a mensagem de desaprovação, podendo, inclusive, sentir-se injustiçado com a punição a ele imposta. Esta poderia ser uma das causas de ineficácia do modelo tradicional de justiça criminal e do considerável índice de reincidência.

Passou-se, então, a observar o modo como algumas culturas indígenas tratavam um evento considerado danoso às partes diretamente envolvidas e, de forma reflexa, à toda a comunidade da qual aqueles fazem parte. O povo maori, na Nova Zelândia, em detrimento da forma tradicional adotada pelo sistema penal 17 ocidental, comumente reunia os envolvidos para discutir o ocorrido e, juntos, decidir qual seria a forma mais eficaz de restabelecer o *status quo*.

Apesar de ter buscado inspiração em práticas consolidadas nas culturas indígenas, especialmente do Canadá e Nova Zelândia, o estudo da justiça restaurativa é relativamente recente. Em virtude dessa contemporaneidade, ainda não há completo consenso entre os estudiosos no que tange a definição do seu conceito.

A Organização das Nações Unidades (ONU) através da Resolução 2002/12 do seu Conselho Econômico e Social define justiça restaurativa[4].

Howard Zehr (2008) defende que a justiça restaurativa foca nos danos e as consequentes necessidades da vítima, da comunidade e também do ofensor, envolvendo todos estes indivíduos em processos inclusivos e cooperativos que buscam corrigir os males e tratar das obrigações resultantes do dano[5].

---

[4] Todo processo no qual a vítima e o ofensor e, quando for adequado, qualquer outro indivíduo ou membros da comunidade afetada pelo crime participam ativamente na resolução de questões provenientes do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. (tradução nossa).

[5] De acordo Salmaso (2016, p.18) com esta linha de pensamento quando expõe da seguinte maneira: "são possíveis muito mais a partir do "fazer" do que do "pedir", e, ainda, que soluções eficazes não virão com propostas O que emerge, com maior força, como "clamor popular", externado e/ou alimentado pela mídia, é a necessidade incessante de "respostas penais duras", com a edição de leis que prescrevam punições das mais severas aos transgressores, no que se inclui a ideia da redução da maioridade penal. Em outras palavras, prega-se a ampliação do poder estatal de punir como a única proposta viável para debelar os problemas relativos às pessoas – em especial, aos jovens – envolvidas em situações de violência e em conflito com a lei. Mesmo acreditando que as mudanças simplistas como a mudança das leis, não pretendo, aqui, deixar críticas àqueles que pugnam pela ampliação do poder estatal de punir, mesmo porque, boa parte dessas pessoas, preocupadas com o atual quadro social, estão se esforçando para pensar sobre instrumentos capazes de defender a própria sociedade, ainda que, para isso, consciente ou inconscientemente, proponham a manutenção das estruturas que são causas e propulsoras da transgressão. (destaque no original)

Recentemente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 225/16 a fim de dispor a respeito da política de Justiça Restaurativa no Brasil, mais especificamente no âmbito do Judiciário. No citado documento apresenta a definição do que seria considerado Justiça Restaurativa[6].

Muitas podem ser as definições da justiça restaurativa, mas todas elas possuem pontos em comum: trata-se de um processo de caráter eminentemente voluntário em que as partes são dotadas de maior autonomia para decidir a resolução mais benéfica para restabelecer o status existente antes da transgressão. Convém ressaltar, ainda, apesar da liberdade no estabelecimento da forma de restauração dos danos, os direitos da pessoa humana jamais poderão ser desconsiderados.

2.1 PRINCÍPIOS

Todas as matérias a serem estudadas têm como base princípios norteadores a fim de manterem uma estruturação coerente do estudo feito, bem como direcionar a pesquisa sobre ela realizada[7].

Assim como as demais matérias, a justiça restaurativa é regida por princípios. Tais princípios auxiliam na persecução dos seus objetivos e impedem a descaracterização da proposta central dessa forma de justiça. Neste trabalho iremos expor aqueles considerados mais importantes.

2.1.1 Consensualidade

Este princípio está intimamente relacionado ao princípio da voluntariedade, contudo, com este não se confunde. Tendo em vista a maior autonomia dada às partes no âmbito do processo restaurativo, é preciso que exista consenso entre elas no tocante aos fatos ocorridos, vontade de participar do processo e, espera-se, na elaboração de um acordo.

Partindo do pressuposto de que o processo restaurativo busca, dentre outras coisas, empoderar os envolvidos no evento transgressor, nada pode ser decidido de forma arbitrária, quer seja por alguma das partes, quer seja pelo facilitador[8].

2.1.2 Voluntariedade

---

[6] Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:
I – é necessária a **participação do ofensor**, e, quando houver, **da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso**, com a presença dos **representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato** e de um ou mais **facilitadores restaurativos**;
II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em **técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos** próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;
III – as práticas restaurativas terão como foco a **satisfação das necessidades de todos os envolvidos**, a **responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso** e o **empoderamento da comunidade**, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. (destaque nosso).

[7] Dentre as muitas definições existentes de princípios, é possível citar a apresentada pelo constitucionalista Bulos (2014, p. 506): "Princípio jurídico – mandamento nuclear do sistema, alicerce, pedra de toque, disposição fundamental, que esparge sua força por todos os escaninhos do ordenamento. Não comporta enumeração taxativa, mas exemplificativa, porque, além de *expresso*, também pode ser implícito".

[8] Lopes (2013, p. 24-25) entende que este princípio "diz respeito à concordância de opiniões sobre um tema e decorre do princípio da voluntariedade, tendo em vista que se as partes não se voluntariam para participar do método restaurativo, não estará presente entre eles a consensualidade".

Para que o processo restaurativo seja possível é preciso que os envolvidos optem por vivenciá-lo de forma livre e desembaraçada. Desta forma, faz-se necessário que sejam informados de todas as implicações que possam decorrer do processo, quais são suas regras e possíveis reflexos no processo judicial – se já estiver em curso.

A voluntariedade é indispensável para processo restaurativo. Se vítima e ofensor não estiverem minimamente dispostos a apresentar seus pontos de vistas e ouvir o do outro, não há como cogitar a possibilidade de sucesso com o procedimento.

Em publicação da Organização das Nações Unidas (2006, p. 34) são mencionados dois direitos que as partes têm e que influenciam de modo direto na sua decisão de participar voluntariamente[9]

Ressalte-se que a vontade dos participantes é levada em consideração durante todo o transcurso do processo, ou seja, posicionar-se de forma positiva no início não significa estar obrigado a ir até o fim[10].

Primar pela inclusão unicamente de participantes dispostos é importante, pois se estes forem inseridos a contragosto no procedimento restaurativo, haverá uma barreira quase intransponível para que os objetivos deste método sejam alcançados, dentre eles a conscientização das consequências decorrentes do ato transgressor.

2.1.3 Confidencialidade

Levando-se em consideração a natureza íntima que as discussões dentro do processo restaurativo podem ter, manter seu conteúdo em sigilo é de suma importância. Todos os participantes devem comprometer-se com a confidencialidade[11] das informações divulgadas no decorrer das sessões, não podendo nenhuma delas ser expostas ao público e nem ser usadas como provas em processo civil ou no âmbito da justiça penal retributiva.

Prova disto é a impossibilidade de utilização no processo de justiça tradicional da confissão obtida no transcorrer do procedimento restaurativo. Ainda neste sentido, o descumprimento do acordo não poderá ser usado como forma de agravar a situação do ofensor caso sua situação volte a ser objeto de discussão judicial.

2.1.4 Celeridade e Imparcialidade

Visando obtenção de um desfecho com êxito, a imparcialidade deve ser observada em todo o transcorrer do processo restaurativo. Não é concebível imaginar um acordo benéfico para ambas as partes se durante o procedimento uma delas foi beneficiada pelo facilitador.

Segundo Lopes (2013), o facilitador deve agir de modo a auxiliar de forma isonômica a todos os envolvidos, pois proceder de maneira diversa seria influenciar a discussão e impor seus julgamentos, atrapalhando as possibilidades de se atingir o objetivo proposto pela justiça restaurativa.

---

[9] **O direito de serem completamente informadas:** Antes de concordar em participar do processo restaurativo, as partes devem ser completamente informadas de seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências das suas decisões.
O direito de não participar: Nem vítima, nem ofensor devem ser coagidos ou induzidos por meios injustos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados restaurativos. O consentimento deles é requerido. Crianças podem precisar de aconselhamento e assistência especial antes de serem capazes de formar um consentimento válido e informado. (tradução nossa).

[10] Neste sentido, Waquim (2011, p. 62): "Segundo os teóricos restaurativos, a participação voluntária do ofensor no processo expressa a sua compreensão do dano cometido, bem como sua vontade de repará-lo, demonstrando, assim, a obediência às normas sociais e o reconhecimento dos direitos da vítima".

[11] A ONU (2006, p. 34) defende que: "discussões em sede de processos restaurativos que não sejam conduzidos publicamente devem ficar em sigilo e não deverão ser posteriormente divulgadas, salvo consentimento das partes".

No tocante ao princípio da celeridade, pode-se citar que em virtude da ausência das inúmeras formalidades características da justiça retributiva, o processo restaurativo tende a ser mais célere. Contudo, sua velocidade dependerá do caminhar das sessões restaurativas, das partes e do método adotado pelo facilitador.

2.2 OS SUJEITOS INTEGRANTES

O processo de Justiça Restaurativa caracteriza-se pela confidencialidade e participação voluntária e ativa da vítima, do ofensor, seus familiares e comunidade afetada direta ou indiretamente. Deve-se ressaltar, ainda, a atuação de um facilitador apto a mediar e possibilitar que a sessão logre êxito – o que não significa necessariamente um acordo.

2.2.1 A vítima

Dentro do sistema retributivo a vítima é tratada como uma espécie de objeto necessário ao processo penal, dando início à persecução penal ou narrando os fatos necessários para a elucidação das circunstâncias do crime. Desta forma, atua de forma meramente passiva e sem apresentar relevância real para o poder decisório.

Conforme oportunamente pontuado por Howard Zehr, apesar de ao longo do processo tradicional a vítima ser usada a fim de impor sanções ao ofensor, as necessidades daquela não são levadas em consideração e as decisões a beneficiam pouco ou de forma nenhuma.

Através da referida objetificação da vítima, o sistema tradicional retributivo acaba por ignorar as reais necessidades daquela. De modo geral, Zehr (2008) aponta que as vítimas precisam saciar sua "sede de respostas", de oportunidade para expressar e validar suas emoções e sentimentos, ser novamente empoderadas, vivenciar uma experiência de justiça, serem informadas e, em certos aspectos, consultadas, possibilitando envolverem-se no processo de forma mais ativa.

A mudança no papel desempenhado pela vítima é reflexo de uma nova forma de encará-la. Assumindo que as violações ocasionadas pela conduta criminosa acarretam em conflitos nas relações interpessoais e em obrigações a serem cumpridas pelo ofensor, o procedimento de Justiça Restaurativa proporciona à vítima a oportunidade de desempenhar uma participação mais positiva na decisão concernente ao modo como o ofensor deverá reparar o dano.

2.2.2 O ofensor

Assim como ocorre com as vítimas, a justiça restaurativa altera a visão passiva que se tem do ofensor quando sujeito no processo criminal tradicional. Aqui, segundo lições de Zehr (2008), estimula-se a percepção da verdadeira responsabilidade do ofensor, qual seja a compreensão de que seu ato ocasionou danos a outrem e de que deverá responsabilizar-se pelos resultados de suas ações procurando adotar medidas capazes de reparar tais danos.

Diferentemente do que costuma ocorrer no âmbito da justiça retributiva, o incentivo a assunção da responsabilidade desconstrói as racionalizações frequentemente criadas pelos ofensores a fim de justificarem suas condutas delituosas.

A construção de um processo em que existem claros antagonistas – Estado acusador vs. Réu – incentiva uma fuga da assunção da responsabilidade por parte do ofensor, fazendo com que este busque livrar-se o máximo possível da punição. Prioriza-se a atribuição de culpa a assunção de responsabilidade pelo dano causado e o passado em detrimento da restauração dos danos para alcançar um melhor futuro.

2.2.3 A comunidade

À primeira vista, é fácil ser levado a crer na existência de apenas duas figuras envolvidas na violação: ofensor e vítima. De fato, estes são os personagens que sofrem diretamente com a ação, mas as consequências dela decorrentes não ficam a eles restritas. Quando ampliamos a visão e passamos a enxergar a situação

de maneira mais clara, fica evidente o impacto que a incidência da transgressão gera no corpo da comunidade. Ainda que não sofra diretamente com o crime, seu sentimento de segurança padece e necessita de reparação.

Assim como acontece com o ofensor, a comunidade também passa a criar estereótipos a respeito do transgressor de modo a marginalizá-lo e desumanizá-lo. Esta visão pode ser facilmente observada pela sua não rara objeção à aplicação de garantias e direitos fundamentais aos que transgridam as normas, especialmente em casos de crimes graves.

A comunidade no processo restaurativo, conforme Silva (2007), exerce efeitos importantes no tocante a construção do seu próprio empoderamento e identificação das necessidades geradas pela violação. Menciona, ainda, a importância de a comunidade tomar para si parte da responsabilidade e oferecer suporte à vítima, bem como ao ofensor para que ambos possam desenvolver suas habilidades e superar o evento. Tudo isto trará como consequência maior enaltecimento dos valores defendidos pela própria comunidade e fortalecimento dos vínculos abalados pelo episódio danoso.

[12]Todo o exposto corrobora com a afirmação feita por Silva (2007) no sentido de que o modelo de justiça restaurativa propõe a redemocratização do controle penal, uma vez que o crime possui uma dimensão pública que não deve ser ignorada. Se este objetivo, redemocratização, for alcançado, entende que as decisões tomadas através desse sistema serão realmente legítimas e emancipatórias.

2.2.4 O facilitador

O processo restaurativo precisa da presença de um facilitador imparcial e competente para que possa auxiliar as partes, assegurando-se de que os desequilíbrios de poder por ventura existentes sejam neutralizados e que todos terão oportunidade para expor igualmente seus anseios, angustias e sugestões para a questão.

O facilitador assemelha-se ao juiz no que tange à obrigação de conduzir as sessões com imparcialidade. Contudo, diferentemente deste último, não cabe ao facilitador impor uma solução para o conflito, pois as partes deverão comunicar-se entre si e, juntas, chegarem a um acordo sem qualquer espécie de vício em suas vontades[13].

3- JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Diante do crescimento inegável da violência, do desrespeito aos direitos civis e da consequente incapacidade apresentada pelo sistema criminal brasileiro no que tange a administração dos conflitos sociais, vem-se buscando desenvolver um meio de tornar o sistema mais eficaz, além da elaboração de meios alternativos de resolução que sejam capazes de minimizar os efeitos colaterais do sistema retributivo e da violência existente. Pallamolla (2009) entende que a justiça restaurativa, na condição de um meio mais democrático de aplicação da justiça, está intrinsecamente relacionada ao processo que visa reformulação judicial brasileira de modo a alcançar uma legislação e estruturas jurídicas mais próximas de um contexto considerado democrático, permitindo uma maior participação social.

---

[12] Em seu trabalho, Lopes (2012, p. 43) aponta mais uma importante atuação da comunidade: "A comunidade assume a sua parcela de responsabilidade, descobrindo como contribuiu, involuntariamente, para o crime e se comprometendo a promover mudanças factíveis e adequadas, em cada caso, para evitar a reprodução dos fatores que levaram ao crime ou facilitaram a sua ocorrência".

[13] Pallamolla (2009, p. 90), interpretando o art. 18 da Resolução 2002/12 da ONU, define o facilitador como sendo "um terceiro imparcial que deve basear-se nos fatos do caso e nas diferentes necessidades das partes, o que pode requerer que, eventualmente, o facilitador tente corrigir certos desequilíbrios existentes (de idade, poder, etc.)".

Sabe-se que existe a predominância do princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública, sempre que houver indícios de autoria e materialidade, entretanto, isto não significa ser possível afirmar que a justiça restaurativa seja incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Prova disto é a flexibilização destes princípios supra a partir da entrada em vigor da Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

Com a edição da Lei n.º 9.099/95 e criação dos Juizados Especiais Criminais, possibilitou-se que penas alternativas ao cárcere fossem aplicadas em determinados casos, sendo possível, inclusive, haver transação penal e suspensão condicional do processo.

Até o presente momento não há legislação em vigor que verse especificamente sobre a aplicação da justiça restaurativa através do ordenamento jurídico nacional, contudo, esta barreira formal não impede que projetos restaurativos sejam desenvolvidos e colocados em prática mediante a convergência de objetivos propostos tanto pelo Judiciário, quanto por outras entidades, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil e algumas escolas.

O conjunto normativo apresentado pela Lei n.º 9.099/95 e as inovações acrescidas pela Constituição Federal de 1988, segundo Gomes Pinto (2011), foram responsáveis por permitir a aplicação, ainda que tímida, do princípio da oportunidade no sistema jurídico pátrio. Desta forma, ainda que não exista legislação específica versando sobre o modelo restaurativo de justiça, sua aplicação é possível em nosso país.

Assim como a lei supracitada, recentemente a Lei n.º 12.594 de 2012, apesar de não regulamentar e nem detalhar como se daria o procedimento restaurativo, apresenta-o como forma prioritária para lidar com a execução de medidas socioeducativas[14].

Observa-se que com o passar dos anos e percepção do sucesso obtido pelos projetos restaurativos na administração de conflitos, a busca por soluções restaurativas vem crescendo a ganhando mais visibilidade em território brasileiro. Ainda não é possível afirmar que a maioria da população defende tais práticas, pois se utilizando de uma lente simplista e desinteressada pelos aspectos mais complexos da transgressão, talvez ainda vejam a imposição de dor como única forma aceitável para que o ofensor "pague sua dívida". Contudo, os estudiosos do assunto e os próprios resultados apresentados pela justiça restaurativa ao longo dos anos estão conseguindo comprovar sua eficácia e, aos poucos, diminuir a resistência dos mais céticos.

A paulatina mudança na percepção relativa à resolução dos conflitos está sendo responsável pela maior atenção que Legislativo e Judiciário estão dando ao trazer projetos de leis e resolução versando sobre a justiça restaurativa no Brasil.

---

[14] Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, **favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos**;
III - **prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas**;
IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
IX - **fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo**. (destaque nosso)

3.1 RESOLUÇÃO N.º 225/16 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Diante da atual lacuna legislativa e sentindo a necessidade de fornecer alguma forma de padronização mínima para os procedimentos de justiça restaurativa que já estão em curso e que virão a ser colocados em prática no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a recentíssima Resolução n.º 225/16.

A resolução em análise apresenta algumas semelhanças com o projeto de lei n.º 7.006/2006 na medida em que versa sobre aspectos básicos para o regular andamento de um processo restaurativo eficiente, levando em consideração as recomendações da ONU, as garantias previstas pela Constituição Federal de 1988 e demais regras existentes no ordenamento jurídico pátrio, bem como todos os aspectos referentes aos fenômenos da violência e do conflito.

Como forma de definir quais práticas serão objeto da resolução, seu artigo 1º já informa no que consiste a justiça restaurativa, apresenta seus atores e seu objetivo. Interessante destacar o cuidado que se adotou em especificar quais elementos deveriam estar presentes para que determinada prática pudesse ser considerada como tendo um enfoque restaurativo[15].

Os princípios regentes do modelo restaurativo também não foram negligenciados e, além dos já mencionados na ocasião do primeiro capítulo deste trabalho monográfico, destacam-se a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a participação, o empoderamento e a urbanidade (artigo 2º).

Ao estabelecer que devam ser juntadas aos autos apenas breves anotações a respeito da sessão, quais sejam os nomes das partes e o plano de ação do acordo por elas estabelecido, o § 4º do artigo 8º busca a garantia do sigilo e confidencialidade necessários ao bom andamento de um procedimento restaurativo. Referido sigilo só poderá ser relativizado em situações excepcionais em que tal ressalva seja acordada expressamente entre as partes, seja exigida em lei ou em casos de situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes.

Curiosa é a possibilidade de as partes poderem optar pela solicitação de homologação ou não do plano de ação do acordo pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa nos casos em que ainda não houve judicialização do conflito (artigo 12).

A resolução também se preocupa em elencar algumas exigências para que um profissional possa atuar como facilitador em uma sessão de justiça restaurativa, sem descuidar de estabelecer suas atribuições e restrições (artigos 13 a 15). Tal preocupação se justifica na medida em que o facilitador desempenha papel deveras importante no transcurso da sessão. Embora não possa influir nas decisões e impor sua visão aos participantes, é do facilitador o ônus de equilibrar as relações, possibilitando empoderamento de ambas as partes no processo.

Sabe-se que a justiça restaurativa, dentre outros objetivos, busca fazer com que a comunidade possa participar de forma mais ativa na resolução do conflito e a reparação dos danos causados pela conduta delituosa. Uma forma de obter tal participação é justamente através de incentivo para que membros da comunidade se interessem e possam se sentir capazes de atuarem como

---

[15] Art. 1º [...]
§ 1º [...]
V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:
a) **participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades**;
b) **atenção às necessidades** legítimas **da vítima e do ofensor**;
c) **reparação dos danos sofridos**;
d) **compartilhamento de responsabilidades e obrigações** entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido. (destaque nosso)

facilitadores nas sessões, portanto, acertada é a seguinte prescrição incluída na resolução[16].

Notável interesse em alcançar uma justiça restaurativa realmente eficiente pode ser percebido ao se deparar com um capítulo inteiramente voltado a formas de avaliação e monitoramento de tais práticas (Capitulo VII da Resolução). Ao externar a necessidade de acompanhamento do andamento dos projetos restaurativos, fica-se perceptível o cuidado para que os procedimentos restaurativos permaneçam fieis aos seus princípios e tenta-se reduzir as chances de descaracterização da justiça restaurativa, bem como localizar os erros para que possam ser corrigidos.

A resolução aparenta ser um meio relevante e eficiente de promover maior padronização das práticas restaurativas já em curso no Brasil sem tolher-lhes a autonomia. Além disto, deve ser considerado que o cuidado do CNJ em externar as práticas restaurativas através de resolução mostra o interesse deste órgão na expansão do meio restaurativo e incentiva a instauração de novos projetos com estes objetivos nos estados e tribunais que a elas ainda não aderiram.

3.2 PROJETO DE LEI Nº 7.006/2006

Desde 2006 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 7.006/2006 que visa a regulamentação do uso de procedimentos restaurativos no sistema de justiça criminal, nos de casos de ocorrência de crimes e contravenções penais. Assim como ocorreu em outros países, no Brasil a proposta de lei relativa à justiça restaurativa só apareceu após a implantação de projetos-piloto que, conforme será posteriormente explanado, adotaram tais procedimentos e obtiveram resultados consideravelmente favoráveis.

Pallamolla (2009, p. 177) alerta para que a cautela não seja negligenciada no momento de discussão da formulação de uma legislação regulando o tema. A autora aponta, ainda, dois possíveis resultados a partir da padronização do procedimento: "se por um lado legislar sobreo tema pode impulsionar seu uso e padronizá-lo, por outro existe o risco de limitar-se a diversidade de seus programas". Fato é que o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados e já obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), estando atualmente apensado ao Projeto de Lei n.º 8.045/10 e aguardando nova movimentação.

Tendo em vista a relevância e impacto que seus mandamentos irão representar para os procedimentos de justiça restaurativa já em curso e projetos que futuramente serão implementados, mostra-se interessante a análise dos principais pontos da proposta.

Já em seu artigo 1º apresenta que os procedimentos de justiça restaurativa poderão ser aplicados de forma facultativa e complementar ao sistema criminal atualmente existente, para os casos em que tenha ocorrido a prática de crime ou contravenção penal. Convém destacar que não há menção a quais crimes ou contravenções poderão ser tratados mediante este procedimento restaurativo, não havendo, portanto, restrição aos casos de menor potencial ofensivo.

Ao conceituar a justiça restaurativa para efeitos deste Projeto de Lei, o artigo 2º apresenta uma definição bastante próxima das defendidas nesta pesquisa[17].

---

[16] Art. 17. Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de facilitadores deverão observar conteúdo programático com número de exercícios simulados e carga horária mínima, conforme deliberado pelo Comitê Gestor da Justiça Restaurativa, contendo, ainda, estágio supervisionado, como estabelecido pelas Escolas Judiciais e Escolas da Magistratura. Parágrafo único. **Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça**. (destaque nosso).

[17] Art. 2° - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato

Também se pretende positivar os efeitos que um acordo devidamente realizado durante as sessões restaurativas terá, estabelecendo quais serão as obrigações assumidas pelas partes a fim de que as necessidades dos envolvidos pela transgressão sejam adequadamente sanadas (artigo 3º).

Seguindo os ditames da ONU e dos próprios princípios regentes da matéria, há a observância da necessidade de participação voluntária, entrevistas preparatórias com as partes (bastante importantes para que a equipe interdisciplinar e facilitadores possam entender os envolvidos na questão) e encontros visando promover a resolução do conflito (artigo 7º).

Interessante destacar a atenção dada à formação da equipe que deverá conduzir os núcleos de justiça restaurativa. O Projeto de Lei, acertadamente, atenta para a criação de uma equipe interdisciplinar e de facilitadores capacitados. Entretanto, Pallamolla (2009) pondera a falta de previsão de incentivo para capacitação de facilitadores oriundos da própria comunidade, acreditando que seria uma medida interessante e apta a transmitir a mensagem de que a justiça restaurativa necessita da participação comunitária e não é apenas mais um serviço pertencente ao Judiciário.

Não obstante profissionais das áreas de psicologia e serviço social sejam expressamente mencionados para a composição da equipe interdisciplinar, esta não ficará a eles restritos. Profissionais de Direito serão de grande valia no tocante a análise dos processos e os administradores poderão contribuir com a gestão do núcleo, por exemplo.

Chama atenção a previsão de modificação no art. 107 do Código Penal, Decreto-lei n.º 2.848/40, visando evitar a incidência do *bis in idem* ao prever que o cumprimento de acordo restaurativo é causa de extinção de punibilidade. Pallamolla (2009) entende que prever tal possibilidade sem que tenham sido definidos à quais delitos poderão ser aplicados possibilita ao magistrado grande discricionariedade para aplicação ou não do dispositivo.

O projeto prevê o acréscimo do "Capítulo VIII – Do Processo Restaurativo" ao Decreto-lei n.º 3.689/41, incorporando ao próprio Código de Processo Penal (CPP) a possibilidade de aplicação e as regras que deverão ser seguidas no Âmbito do sistema restaurativo[18].

Esta previsão, contudo, poderá sofrer alguma alteração em decorrência do Projeto de Lei n.º 8.045/10 que visa a revogação do CPP.

O projeto não negligenciou os princípios regentes do sistema restaurativo. Destacaram-se os princípios da "voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, informalidade, confidencialidade, interdisciplinaridade, cooperação, responsabilidade, mútuo respeito e boa fé" (artigo 9º).

Além das alterações propostas aos Códigos Penal e Processual Penal, o projeto prevê mudanças nos artigos 62, 69 e76, da Lei n.º 9.099/95[19]. Embora não

---

delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

[18] Sobre estas regras, Pallamolla (2009, p. 186): "Não há dúvidas que este artigo [art. 16 do projeto que visa introduzir o Capitulo VIII, art. 556, ao CPP] falha em condicionar a decisão do encaminhamento do caso à justiça restaurativa à personalidade e aos antecedentes do ofensor, bem como às circunstâncias e consequências do crime ou contravenção penal. Tal disposição consistirá em barreira praticamente intransponível aos ofensores reincidentes e que tenham cometido delitos com emprego de violência. Nota-se, também, que tais requisitos reproduzem a lógica punitiva do processo penal e perpetuam um direito penal do autor, sendo, portanto, imprescindível suprimi-los.

[19] Os artigos passariam a apresentar o seguinte texto:

"Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 69 [...]

detalhe como deverá transcorrer o processo, a alteração sugerida deixa evidente o incentivo que se pretende dar ao encaminhamento dos casos aos núcleos de justiça restaurativa como alternativa ao processo criminal tradicional.

3.3 JUSTIÇA RESTAURATIVA EM AÇÃO: ESTUDO DE CASOS

A ausência de legislação regulamentando a prática restaurativa não foi suficiente para impedir a criação e desenvolvimento de projetos-piloto em alguns estados brasileiros. Alguns direcionaram o projeto para a aplicação em escolas e outros para um contexto onde normalmente haveria a submissão ao sistema retributivo criminal, especialmente em casos envolvendo crianças e adolescentes infratores.

Para que se possa ter uma visão mais ampla da aplicação dos projetos restaurativos no Brasil, este trabalho irá mostrar exemplos que estão sendo "colocados em prática" em diferentes regiões do país. O objetivo do presente trabalho não é estudar a fundo todos os projetos de justiça restaurativa que estão sendo aplicados do Brasil, portanto, utilizar-se-ão alguns exemplos a fim de ter-se um panorama geral da aplicação deste novo procedimento.

3.3.1 Porto Alegre, Rio Grande do Sul

No ano de 2005 a comarca de Porto Alegre, especificamente a 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude, foi escolhida pelo projeto "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro" para sediar um dos projetos-piloto de justiça restaurativa no Brasil. A iniciativa nasceu de parcerias realizadas entre órgãos e entes interessados numa resolução que pudesse ser considerada mais satisfatória no trato de conflitos. Alguns dos parceiros são: a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS); a Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça; o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD); a Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO); o Programa Criança Esperança, promovido pela Rede Globo; a Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal; além de mais 17 instituições representativas do Sistema de Justiça, do Governo Estadual, da Prefeitura Municipal de Porto Alegre, Conselhos Setoriais, organizações da sociedade civil e academia (Flores e Brancher, 2016).

No ano de 2006 criou-se um espaço denominado "Central de Práticas Restaurativas" visando a promoção de práticas restaurativas em processos judiciais quando ainda estão no início de sua tramitação, com apoio do Centro Integrado de Atendimento da Criança e do Adolescente (CIACA).

Adotaram-se, conforme dados apresentados por Silva (2007), os seguintes critérios para que um processo pudesse ser encaminhado ao sistema restaurativo: admissão de autoria do ato infracional por parte do adolescente (vale lembrar que esta admissão não se configura em confissão no caso de eventual regresso do processo ao sistema tradicional); possibilidade de identificação da vítima e; não ser caso envolvendo homicídio, latrocínio, estupro ou conflitos familiares. O transcorrer do processo restaurativo assemelha-se bastante aos que são utilizados em programas de justiça restaurativa na Nova Zelândia, de forma que apresenta três etapas fundamentais: pré-círculo, círculo restaurativo e pós-círculos.

A primeira fase é destinada à explicação do que é a justiça restaurativa, o que os envolvidos podem dela esperar, as implicações que poderá ter no âmbito do processo tradicional, verificação dos interesses e necessidades e resolução das demais dúvidas que possam ocorrer às partes.

Em seguida, tendo aceitado participar, passa-se à fase dos círculos restaurativos. Este é o momento em que os envolvidos têm a chance de apresentar

---

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.
Art. 76 [...]
§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá oficiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

ao outro os seus sentimentos e as mudanças que o delito infligiu em suas vidas, também é o momento de juntos buscarem arquitetar um plano que seja satisfatório para atender as necessidades de todos e que possibilite a superação do ocorrido. Não existindo acordo, inexiste espaço para a terceira fase.

Existindo acordo, o ofensor deverá ser encaminhado ao Programa de Execução de Medidas Socioeducativas para que o cumprimento do acordo seja acompanhado. A última fase acontece após lapso suficiente para o cumprimento do acordo, normalmente 30 dias após encerramento do círculo.

O projeto de Porto Alegre optou por dar ênfase ao trato de relações conflituosas nas quais o jovem figure como ofensor. Acredita-se que a adoção de práticas restaurativas possa fazer com que o espírito de reintegração do jovem infrator, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tenha mais efetividade, uma vez que possibilita a restauração dos vínculos rompidos com a prática delituosa e uma luta para não estigmatização deste jovem perante a comunidade na qual se encontra inserido.

A experiência restaurativa vem trazendo bons frutos na capital gaúcha. Prova disto foi a inclusão, em 2012, da Justiça Restaurativa no Mapa Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

Registre-se que após a aprovação do parecer de autoria da Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ), instituiu-se o Programa de Justiça Restaurativa para o Século 21 que tem como objetivo central, segundo Ferreira Flores e Leoberto Brancher (2016, p. 107-108) "promover estratégias de pacificação social baseadas na difusão dos princípios e no desenvolvimento das práticas restaurativas para prevenção e transformação construtiva de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial".

3.3.2 Núcleo Bandeirante, Distrito Federal

Uma característica relevante a ser mencionada sobre este projeto é a de ser voltado para os crimes cometidos por adultos, não aos atos infracionais cujos autores sejam crianças ou adolescentes.

Conforme informações fornecidas pelo website do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), no ano de 2005 o projeto-piloto começou a ser efetivado no âmbito dos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante, sendo aplicado em casos de delitos de menor potencial ofensivo, tendo em vista que nestes casos podem ser admitidos os institutos da composição civil e da transação penal.

Estando em funcionamento desde o início dos movimentos em favor de reforma no judiciário e introdução das práticas restaurativas, no ano de 2011 recebeu um "upgrade" através da Resolução n.º 5 de 19 de maio de 2011 do TJDFT e deixou de ostentar a condição de projeto. Após a edição da mencionada resolução o núcleo de justiça restaurativa passou a integrar o Sistema Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, passando a fazer parte da própria estrutura do tribunal.

Para que um processo seja trabalhado com base nesse método é preciso que o magistrado, com anuência do Ministério Público, encaminhe-o ao núcleo de justiça restaurativa. Caberá, então, aos facilitadores e demais membros do núcleo informar aos envolvidos na transgressão em que consiste o processo restaurativo e quais são os efeitos que poderão irradiar no processo criminal em curso. Só após a obtenção do consentimento absolutamente voluntário dos envolvidos, vítima e ofensor, é que o procedimento poderá ter o início propriamente dito.

Waquim (2011) explicita que existem três fases do processo, contadas a partir do encaminhamento feito pelo magistrado, são elas: o acolhimento, o encontro privado e os encontros restaurativos. A autora explica de forma pormenorizada quais são os objetivos de cada uma dessas fases.

A primeira fase (de acolhimento) é voltada para transmitir confiança às partes e deixá-las mais informadas possíveis sobre o tema da justiça restaurativa. A segunda fase, também chamada de encontros privados, é utilizada para que as partes possam exprimir seus sentimentos, interesses e questões relativas ao delito

de forma individual, ou seja, sem a presença do polo oposto do conflito. É ainda nesta fase que os facilitadores buscam o empoderamento dos envolvidos, especialmente da vítima, para que estes se sintam aptos a participar do encontro restaurativo sem se sentirem coagidos.

Por fim, a terceira fase é a do encontro restaurativo. Este é o momento em que os envolvidos, vítima, ofensor e, quando cabível, a comunidade, encontram-se diretamente e podem apresentar seus sentimentos, medos, o impacto que o delito impôs em suas vidas e propor uma solução para a situação conflituosa. Neste momento em especial o facilitador precisa estar ciente de sua função, não se envolvendo mais do que necessário na discussão, utilizando técnicas de mediação que possibilitem às partes sentirem-se empoderadas e solucionarem o conflito com o mínimo de interferência externa.

Espera-se que o processo culmine na elaboração de um acordo capaz de suprir as necessidades dos envolvidos, mas se não chegarem a um consenso o caso seguirá de volta ao procedimento penal tradicional no juizado.

Sabe-se que o foco do núcleo é a resolução de crimes de menor potencial ofensivo, todavia, Waquim (2011) destaca a ocorrência de um caso envolvendo a conduta típica de estupro presumido (artigo 213, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro). No caso relatado, o procedimento restaurativo ocasionou em um acordo respeitando as necessidades de todos os envolvidos, mostrando a possibilidade de eficácia do modelo até em casos mais graves. Importante relatar que o acordo não afastou o prosseguimento do processo na via tradicional de justiça, apesar de ter sido levado em consideração pela juíza responsável quando da determinação da pena.

4- JUSTIÇA RESTAURATIVA EM PORTUGAL

Como já visto oportunamente no primeiro capítulo deste trabalho, os movimentos para estudo e aplicação da justiça restaurativa começaram a serem debatidos em países da América do Norte e Oceania entre as décadas de 1960 e 1980.

O continente europeu só passou a tê-la em pauta de forma mais significativa a partir da década de 1990. Isto não significa dizer que nada era debatido a respeito, basta observar os documentos produzidos pela ONU, União Europeia e o Conselho da Europa a respeito da implementação de medidas capazes de assistir às vítimas de crimes, todos emitidos entre os anos de 1985 e 1999.

Segundo Santos (2013), o primeiro passo legislativo dado por Portugal em direção à adoção do procedimento restaurativo se deu no ano de 1999 através da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a Lei Tutelar Educativa. Neste momento priorizou-se a introdução das medidas no âmbito de processo envolvendo menores.

A escolha legislativa de utilizar os conceitos restaurativos primeiramente no trato com os jovens não foi inovação portuguesa. A própria Nova Zelândia iniciou seus trabalhos com jovens infratores e assim também o fizeram outros países da Europa. Entende que este fenômeno encontra fácil explicação na forma que se interpretam os fatos ilícitos cometidos por aqueles. Enquanto ao adulto é atribuída toda a responsabilidade pelos seus atos, ao jovem há certa relativização. O fato de entender-se que o caráter e a personalidade do juvenil ainda se encontram em formação e de haver mais chances de moldá-lo também pode ser considerado um fator importante.

Passou-se mais de uma década até que nova lei fosse aprovada instituindo formalmente a mediação penal no sistema criminal português (Lei n.º 21 de 12 de junho de 2007), que será mais bem analisada no decorrer deste trabalho monográfico.

Ressalte-se que a edição desta lei foi realizada de modo a cumprir com determinação imposta pela Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho da União Europeia. Portugal, deve ser mencionado, foi um dos últimos países a implementar esta determinação. Além da mediação penal discriminada pela lei, há

a adoção em território lusitano de projetos de natureza restaurativa sem vinculação diretamente legalista. O mais recente, Building Bridges, será apresentado em tópico apartado.

Merece destaque, ainda, o programa "Mediação vítima-infractor e justiça restaurativa" desenvolvido mediante parceria realizada entre a Escola de Criminologia da Faculdade de Direito, Universidade do Porto, e o Ministério Público do Porto, entre os anos de 2004 e 2008. Antes mesmo da edição da Lei n.º 21/2007, o projeto já estava em andamento e já começava a apresentar bons resultados.

4.1 PROJETO BUILDING BRIDGES

O projeto Building Bridges é consideravelmente recente e não há muitos autores que tratem especificamente dele, mas os dados a ele relacionados são facilmente encontrados no website oficial do projeto e das organizações responsáveis por sua implementação. Há disponível em website, inclusive, vídeos dos painéis realizados no transcurso da I Conferência Ibérica de Justiça Restaurativa, ocasião em que seus resultados foram apresentados ao público interessado.

Primeiramente, se faz relevante situar o projeto no âmbito da organização da qual faz parte. O Building Bridges é baseado nos conceitos fundamentais do Sycamore Tree Project, um programa de justiça restaurativa idealizado e implementado pela organização Prision Fellowship International. A Confiar tornou-se a representante portuguesa da organização e tornou as ações do Building Bridges reais, mediante a realização de parcerias importantes e financiamento pela União Europeia.

Atualmente sete países europeus fazem parte do projeto (Alemanha, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Portugal e República Tcheca), além das instituições de pesquisa da University of Hull (Reino Unido) e Makam Research (Áustria).

O Concelho de Cascais foi o escolhido para implementação do projeto em Portugal, tendo desenvolvido seus trabalhos especialmente no Estabelecimento Prisional do Linhó. Na ocasião da I Conferência Ibérica de Justiça Restaurativa, ocorrida em julho de 2016, veiculou-se que Cascais estaria se tornando a "capital portuguesa da Justiça Restaurativa", uma vez que lá foi desenvolvido este projeto pioneiro no território lusitano.

O projeto Building Bridges consiste em um programa no qual um grupo de vítimas e ofensores são levados a reunirem-se a fim de terem a oportunidade de dialogarem sobre as experiências que tiveram ao vivenciar a prática do ato ilícito. Apesar de ser possível que participem do grupo ofensores que praticaram a mesma espécie delitiva da qual a vítima foi alvo, ela não irá ser colocada diante dos seus próprios ofensores.

Através da participação neste programa as vítimas podem externar a experiência de vitimização que vivenciaram, expondo seus sentimentos e as mudanças que suas vidas tiveram a partir do momento do crime. Comunicar-se com ofensores poderá auxiliá-las a transcender a fase de vitimização, encontrando a reparação que lhes faz necessária e sentindo-se apoiadas.

Ofensores também são beneficiados com a participação nestas práticas, pois estes têm a chance de refletir o impacto que seu comportamento criminoso pode ter na vida de outras pessoas, notadamente as vítimas, possibilitando uma mudança de pensamento e posterior mudança de atitude. É através do desenvolvimento de valores como respeito e empatia que se busca fazer com que eles possam sentir-se responsáveis pelos atos praticados.

No manual "Building Bridges Guidebook", disponibilizado no website oficial do projeto, há explicações gerais de quais são seus objetivos, seus princípios e como deverá ser posto em funcionamento. O padrão descrito poderá sofrer alterações de acordo com a cultura do país que adotá-lo a fim de alcançar o melhor resultado restaurativo possível.

Segundo ditames do manual, o número de vítimas e ofensores deve ser equivalente em todas as sessões a serem realizadas. Tal determinação pode ser facilmente compreendida na medida em que facilita a interação dos participantes da sessão.

Este projeto destaca a importância da vítima no processo de reabilitação do ofensor sem transformá-la num meio para obtê-lo. Preocupa-se, inclusive, em determinar objetivos específicos relativamente às vítimas.

Compreende-se a vítima como sujeito cujas necessidades devem ser tão atendidas quanto as dos ofensores. As sessões buscarão, portanto, sanar tais carências e ajudar a superar a ação criminosa.

Com relação à experiência específica portuguesa, Moleiro (2015) informa que foram criados dois círculos restaurativos distintos, um com a participação de cinco (5) ofensores que já cumpriram sua pena e outro com cinco (5) ofensores que ainda se encontram na prisão do Linhó. Estes últimos decidiram integrar voluntariamente os círculos mesmo não lhes sendo oferecidas qualquer espécie de vantagem ou atenuantes.

O trabalho de seleção das vítimas que participariam deste projeto piloto foi realizado em conjunto com a Associação Portuguesa de Apoio às Vítimas (APAV).

Vítimas e ofensores participaram, com auxílio de um facilitador, de oito sessões de duas horas ao longo de semanas onde puderam apresentar seus pontos de vista e experiências com a vivência do crime.

Os resultados imediatos do projeto foram divulgados por Jorge Monteiro, Diretor-Geral dos Serviços Prisionais, durante a apresentação de seu painel na I Conferência Ibérica de Justiça Restaurativa. Nesta oportunidade, separou a avaliação em três dimensões: cultural, técnica e científica.

Na primeira, observou-se o início de uma mudança do ponto de vista cultural permitida pela possibilidade de integrar vítima, ofensor, comunidade prisional e sociedade onde antes havia apenas uma visão de punição e estrito cumprimento legal. Na segunda dimensão, entende que houve promoção da reabilitação e transmissão das noções de reintegração e reinclusão. Por fim, há indicadores que informam que este tipo de projeto estimula a mudança nas estruturas mal adaptativas precoces dos indivíduos, diminui as crenças disfuncionais que legitimam o comportamento humano e operam a reestruturação cognitiva ao nível das discussões que promovem e que apontam no sentido de da diminuição do risco de violência e da reincidia.

4.2 LEI DE MEDIAÇÃO PENAL (LEI N.º 21/2007)

Conforme já mencionado em tópico precedente, a mediação penal para adultos foi instituída em Portugal através da Lei de Mediação Penal (Lei n.º 21/2007), sendo um importante passo para que o país respeitasse os ditames da Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia.

O artigo 2.º ocupa-se em determinar quais serão os crimes que admitirão a aplicação do procedimento de mediação penal[20].

[20] Artigo 2.º Âmbito
1 - A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular.
2 - A mediação em processo penal só pode ter lugar em processo por crime que dependa apenas de queixa quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património.
3 - Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não pode ter lugar nos seguintes casos:
a) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos;
b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual;
c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência;
d) O ofendido seja menor de 16 anos;
e) Seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo.

De forma geral, poderão ser encaminhados para a resolução alternativa, qual seja a mediação penal, os crimes particulares e alguns semipúblicos (espécie semelhante aos crimes de ação penal pública condicionada à representação no Brasil). A escolha destas espécies de crime justifica-se na medida em que os crimes públicos, além de serem indisponíveis, não possuem uma vítima identificável e o Estado não pode atuar como parte no processo de mediação.

A lei veda a possibilidade de aplicação da mediação penal aos casos em que seja admitida a utilização dos procedimentos sumário ou sumaríssimo. Contudo, Brandalise (2015) destaca que esta opção legislativa não parece justificável, uma vez que, nestes procedimentos são aceitas hipóteses de suspensão provisória do processo além do consenso quanto à condenação.

Ao longo do trabalho foi reiterada a indispensabilidade da voluntariedade para que ocorra o procedimento restaurativo. O preenchimento deste requisito é de fácil observação quando se trata de uma transgressão onde figure apenas um ofensor e uma vítima, restando esclarecer qual deverá ser o posicionamento adotado no caso de existirem duas ou mais vítimas. Interpretando o artigo 3.º, n.º 6, da Lei n.º 21/2007, Santos (2013) entende que deverá haver consenso entre todas as vítimas para que a mediação possa ser realizada sem incorrer em risco de possibilitar dupla punição ao transgressor.

Diferentemente do que ocorre no caso de múltiplas vítimas, Brandalise (2015) explica ser possível o encaminhamento à mediação penal quando há mais de um ofensor e inexiste consenso entre eles. Tal permissibilidade pode ser facilmente compreendida, uma vez que, aqui não há que se falar em possibilidade de ocorrência de *bis in idem*, pois o ofensor não estará à mercê de nova sanção após o devido cumprimento do acordo.

Visando o princípio da celeridade o artigo 5º, n.º 1 e 2, apresenta o limite temporal para a duração da mediação penal. Findo o prazo de três meses, podendo ser prorrogado por até dois meses, ou inexistindo acordo o mediador deverá dar ciência ao Ministério Público para que o processo penal possa ter seguimento.

O artigo 6º versa sobre o eventual acordo que os envolvidos poderão elaborar. Os sujeitos têm ampla liberdade para discutirem os termos do acordo, entretanto, deverão respeitar os limites previstos neste artigo, bem como os Direitos Humanos. Interessante, ainda, a preocupação em estabelecer um período limite para cumprimento do acordo.

A existência de prazo legal para que o acordo seja cumprido é positiva na medida em que impede a imposição de deveres por tempo indeterminado. Contudo, nos casos em que é esperada reparação econômica, este mesmo prazo poderá atrapalhar o ofensor que deseja reparar o dano causado, mas não dispõe da totalidade do capital necessário em tão curto período.

O artigo 5º, n.º 3, da legislação portuguesa inova ao determinar ser de competência do Ministério Público a homologação do acordo realizado em sede de mediação penal. Fala-se de inovação na medida em que na maioria dos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, esta função é de responsabilidade do juiz, cabendo ao Ministério Público unicamente emitir seu parecer.

Apesar da inicial estranheza que possa causar esta opção, Brandalise (2015) explica ser fácil entendê-la tendo-se em vista que o Ministério Público é o responsável pela ação penal e que a mediação penal tem lugar antes de ser dado efetivo início do processo criminal tradicional. Desta forma, o caso se encerra antes mesmo de chegar ao gabinete do magistrado.

Mesmo deixando claro que a mediação se destina à tentativa de proporcionar às partes a chance de encontrarem um acordo apto a reparar os

---

4 - Nos casos em que o ofendido não possua o discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa ou tenha morrido sem ter renunciado à queixa, a mediação pode ter lugar com intervenção do queixoso em lugar do ofendido.

5 - Nos casos referidos no número anterior, as referências efectuadas na presente lei ao ofendido devem ter-se por efectuadas ao queixoso

danos causados pela conduta ilícita (artigo 4º, n.º 1), a lei faculta àquelas fazerem-se presentes acompanhadas por seus defensores (artigo 8º).

Como forma de incentivar a aceitação da mediação pelas partes, o artigo 9º dispensa o pagamento de quaisquer custas processuais a ela relacionada. Medidas desta natureza suprimem barreiras econômicas que porventura pudessem surgir para os sujeitos que se interessassem pela prática, mas não dispusessem de capital para suportá-la.

Os últimos artigos da legislação em estudo destinam-se a determinação de quem poderá ser considerado apto a desempenhar a função de mediador penal e como este deverá se portar no desempenho de sua atividade. Note-se que dedicar espaço para estabelecer regras que possibilitem apenas aos mais capacitados alcançarem a posição de mediador reflete a importância que este sujeito representa para um processo realmente eficaz.

Por fim, mostra-se interessante mencionar que, mesmo com a edição da lei, a mediação penal não foi estabelecida de forma geral em Portugal. García-Cervigón (2010) defende que a mediação penal de adultos é uma realidade recente no país e observa que sua implantação está ocorrendo de forma gradual e seguindo o sistema já adotado nos casos de mediações familiar e laboral.

4.3 ANÁLISE COMPARATIVA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO LUSO-BRASILEIRO

Tendo em vista que Brasil e Portugal apresentam grandes semelhanças em vários aspectos dos sistemas jurídicos adotados internamente, mostra-se interessante realizar uma comparação, ainda que breve, das experiências que os países vivenciaram e vivenciam no que tange a implantação da justiça restaurativa.

Uma das diferenças mais perceptíveis entre os dois países repousa no fato de que o Brasil permanece sem uma lei estabelecendo as hipóteses de aplicação da justiça restaurativa em qualquer das suas formas. Até o presente momento, a Resolução n.º 225/2016 do CNJ é o mais próximo que o sistema brasileiro chegou de uma padronização. Em contrapartida, a legislação lusitana já apresenta normas moldando a aplicação da mediação em âmbito criminal, desde o ano de 2007.

Faz-se relevante mencionar que os projetos de justiça restaurativa brasileiros vêm apresentando resultados positivos. Isto indica que mesmo diante da lacuna legislativa não está sendo experimentado um prejuízo que pudesse justificar afirmar uma superioridade na aplicação dos projetos portugueses frente aos brasileiros.

Uma das diferenças mais significativas entre a experiência brasileira e lusitana está relacionada ao momento de encaminhamento do caso ao procedimento restaurativo. Em Portugal só poderá ser direcionado à mediação penal os casos que se encontrem na fase de inquérito, conforme prescrito no artigo 3º, n.º 1 da Lei n.º 21/2007. No Brasil inexiste tal restrição. De fato, o artigo 7º da Resolução n.º 225/2016 do CNJ deixa claro que o encaminhamento poderá ser realizado em qualquer fase do processo e amplia, inclusive, o rol de "legitimados" para requerê-lo.

Outro ponto que merece destaque é o relacionado ao sujeito competente para homologação do eventual acordo resultante das sessões restaurativas. Enquanto o Brasil segue a linha tradicional e confere tal poder ao magistrado, em Portugal é o Ministério Público o responsável por fazê-lo. A motivação para esta escolha legislativa já foi devidamente explicada em momento oportuno.

Apesar de parecer não ter muita relevância, o fato de a estrutura das grades curriculares das faculdades de Direito portuguesas terem o cuidado de incluírem disciplina voltada para o estudo da justiça restaurativa e mediação já demonstra o valor que tais práticas para lá representam. No Brasil o mesmo cuidado não é dispensado ao assunto, inexistindo momento específico para estudo desta matéria ao longo da trajetória dos graduandos.

Diferenças existem, mas não significa dizer que um sistema se sobrepõe ao outro. Em verdade, as diferenças são poucas quando nos deparamos com a quantidade de semelhanças compartilhadas e é o que será feito em seguida.

Os dois países realizaram alterações legislativas que oportunizaram a aplicação dos ideais restaurativos nos casos envolvendo jovens (adolescentes e crianças). Estas mudanças, ainda que timidamente, permitiram o desenvolvimento de soluções que ultrapassavam a ideia de punição e possibilitavam uma "mudança de lentes" no trato com esses indivíduos.

Há reconhecimento da importância que o princípio da confidencialidade tem na aplicação do procedimento restaurativo. O sistema luso-brasileiro entende serem confidenciais todas as informações expostas durante as sessões restaurativas, tornando impossível usá-las como prova em processo que relacionado a elas se desenvolva. Esse posicionamento permite que os sujeitos se sintam mais à vontade para participar do procedimento restaurativo.

Ao definirem quais práticas ilícitas poderiam ser resolvidas em ambiente restaurativo, ambos os países optaram pelas de menor potencial ofensivo.

Sabendo o papel importante que o facilitador/mediador desempenha no tanger das sessões, nota-se a preocupação dos dois sistemas em selecionar os profissionais mais distintos, além de buscar a promoção de cursos visando maior qualificação deles.

Entende-se a sessão restaurativa como um momento onde se busca possibilitar que as partes empoderadas encontrem a melhor forma para resolução do conflito, sem que recorram à decisão de um terceiro ou à impessoalidade de se fazer representado por um defensor. Entretanto, na experiência luso-brasileira não consta qualquer óbice à participação dos advogados, se assim desejarem as partes.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da exposição de diferentes realidades de emprego dos métodos restaurativos, compreendeu-se a influência exercida pela cultura do país que os adota e como isso reflete na aplicação dos projetos e elaboração de normas regulando a matéria. No entanto, através da pesquisa foi possível observar que há grandes semelhanças entre os ordenamentos jurídicos luso-brasileiros no que tange à aplicação da justiça restaurativa.

Percebeu-se que Portugal tomou a dianteira no quesito relativo à elaboração de uma legislação especificamente relacionada à aplicação de métodos de justiça restaurativa. Ainda no ano de 2007 este país já apresentava normas de mediação em matéria penal em seu corpo normativo. Situação oposta foi observada no Brasil, que até o presente momento carece de um diploma normativo apto a designar quais práticas poderão ser consideradas como restaurativas e como deverão ser aplicadas.

Observou-se que a existência de norma expressa tratando da mediação penal em Portugal possibilitou a restrição do seu momento de aplicação. A ausência de norma brasileira mostrou-se positiva neste aspecto, na medida em que amplia as possibilidades de encaminhamento do caso aos centros de justiça restaurativa.

Entendeu-se que, de certa forma, a experiência restaurativa portuguesa reflete as orientações oriundas da União Europeia, sendo esta uma forma de influência direta do bloco sobre o país. No Brasil inexiste fenômeno semelhante, ainda que se considerem os documentos da ONU.

Das comparações feitas em sede de análise dos dois sistemas de justiça restaurativa, foi possível constatar que há muitas semelhanças entre eles. Parte disto se justifica na medida em que os princípios e conceitos gerais relativos à matéria fazem parte de documentos internacionais assinados por ambos os países.

Analisando a evolução da incorporação do sistema restaurativo ao ordenamento luso-brasileiro averiguou-se que também se deu preferência à aplicação desse novo sistema no trato de transgressões onde o jovem figurasse como sujeito, mais especificamente na qualidade de ofensor. Só foi observada uma extensão das práticas restaurativas, em regra, em momento a posteriori.

Verificou-se que as condutas de menor potencial ofensivo foram priorizadas para a aplicação nos projetos em ambos os países. Referida preferência explicitou o receio ainda existente na condução de casos em que tenha ocorrido o emprego de algum tipo mais contundente de violência.

Observou-se que os dois países ainda apresentam uma tradição muito recente na aplicação da justiça restaurativa para resolução dos conflitos existentes em seus territórios. Todavia, ser recente não significa dizer que inexistem dados possibilitando uma análise da eficácia do método.

Do estudo da aplicação dos projetos e de todo o conjunto normativo de ambas as nações se entendeu que este método alternativo de resolução de conflitos apresenta bons resultados e indica ter potencial para desenvolver-se cada vez mais.

Por fim, percebeu-se que o incentivo à busca pelo sistema restaurativo produz bons frutos, entretanto, deve-se haver um trabalho mais contundente no sentido de tornar mais conhecidas pela população as práticas alternativas ao sistema criminal clássico. É preciso existir uma promoção da mudança de mentalidade a fim de que a cultura retributiva e da culpa possa dar espaço à uma cultura mais preocupada em reparar danos, restabelecer laços e com uma verdadeira responsabilização.

6- REFERÊNCIAS

BRANCHER, Leoberto e FLORES, Ana Paula Pereira. "Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225" (Coord.) Cruz, F. B. da. CNJ, Brasília, 2016.

BRANDALISE. Rodrigo da Silva. *Algumas observações sobre a justiça restaurativa na Europa e a mediação penal de adultos portugueses*, Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.594 de 2012, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm> acesso em: 02 dez. 2016.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, **"**Estatuto da Criança e do Adolescente" disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> acesso em: 14 set. 2016.

_____. PL 7.006/2006, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785> acesso em: 12 jan. 2017. _____.

_____. PL 8.045/2010, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> acesso em: 12 jan. 2017.

"BUILDING BRIDGES". *Restorative Dialogues between Victims and Offenders. A Guide to Establishing and Running the Building Bridges Programme* (Dir.) Gerry Johnstone e Esther Klaassen, JUST/2013/JPEN/AG Programme of the European Union, 2015 (Revisado em 2016).

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2014.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Resolução Nº 225 de 31/05/2016", disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127> acesso em: 13 jan. 2017.

CONFIAR. Associação de Fraternidade Social. "Building Bridges: Diálogos restaurativos entre vítimas e ofensores" disponível em: <http://www.confiar-pf.pt/pt/building-bridges/> acesso em: 02 jan. 2017.

_____. "Building Bridges" disponível em: <http://restorative-justice.eu/bb//> acesso em: 02 jan. 2017.

LOPES, Cristiano Távora Martins. "Justiça Restaurativa: Um novo horizonte na política criminal contemporânea brasileira" disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/67445> acesso em: 17 nov. 2016.

MPPR - Ministério Público do Paraná, "Resolução 2002/12 da ONU" disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf> acesso em: 05 mai. 2017.

MOLEIRO. Raquel. "Reparar vidas que o crime quebrou" disponível em: <https://www.ulisboa.pt/wp-content/uploads/11jul_ICS.pdf> acesso em: 17 set. 2016.

ONU - Organização das Nações Unidas. "Handbook of Restorative Justice Programmes (Criminal Justice Handbook)" disponível em: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf> acesso em: 13 jan. 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*, IBCCRIM, São Paulo, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. "Justiça restaurativa: coletânea de artigos" disponível em: <https://www.ufpe.br/ppgdh/images/documentos/jrestaurativa.pdf> acesso em: 12 dez. 2016.

PORTUGAL. Disponível em: "Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho" disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1459&tabela=leis> acesso em: 13 jan. 2017.

SALMASO, Marcelo Nalesso. "Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz". *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225* (Coord.) Cruz, F. B. da, CNJ, Brasília, 2016.

SANTOS, Leonel Madaíl dos. "Justiça restaurativa. A mediação em processo penal em Portugal até 2012" disponível em: <http://hdl.handle.net/11144/324> acesso em: 13 ago. 2016.

SILVA. Karina Duarte Rocha da. "Justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil" disponível em:< http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/jr_e_sua_aplicacao_no_brasil__karina_duarte.pdf >acesso em: 28 mai. 2017.

SOARES, Jardel de Freitas. "A justiça restaurativa no Brasil: o conflito penal e os direitos humanos". *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2014, disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47173&seo=1> acesso em: 22 maio 2017.

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal. "Resolução 5 de 18 de maio de 2011" disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2011/00005.html> acesso em: 10 jan. 2017.

WAQUIM, Amanda Almeida. "Possibilidade da justiça restaurativa no sistema penal brasileiro" disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/1899> acesso em: 14 nov. 2016.

ZEHR, Howard. *Trocando lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, Palas Athena, São Paulo, 2008.